

## Doctrina

# ¿Para cuándo el defensor para el pueblo?



**Alfredo Silverio Gusman**

Presidente de la Sala II de la Cámara Federal en lo Civil y Comercial. Profesor Universitario de Derecho Administrativo y Derecho Constitucional.

**SUMARIO:** I. Introducción.— II. *Status* constitucional de la Defensoría del Pueblo. La problemática de su legitimación procesal.— III. Otras particularidades relativas a su legitimación para activar procesos judiciales.— IV. Trabas a la actuación del Defensor del Pueblo (I). Desde el Poder Legislativo.— V. Trabas a la actuación del Defensor del Pueblo (II). Desde la postura inicial de la Corte Suprema de Justicia a la progresiva apertura hacia el reconocimiento de su legitimación.— VI. Trabas a la actuación del Defensor del Pueblo (III). Desde la política. Supresión fáctica del ente de control.— VII. Alguna consecuencia puntual de la desidia de las fuerzas políticas con representación parlamentaria.— VIII. A título de colofón.

### I. Introducción

Es indiscutible que suele haber una escasa representación de los dispersos intereses de los ciudadanos en el proceso político en general y en el proceso de toma de decisiones en particular. Muchas son las razones de esa falla —que se ha observado no solo en nuestra región (1)—, cuyo análisis excedería el objeto de este estudio (2).

Para intentar contrarrestar ese cuadro, uno de los institutos útiles es el Defensor del Pueblo, que, bajo la denominación de *Ombudsman*, nace en Suecia en el siglo XVIII con el objeto de vigilar al Consejo Real y, en 1809, adquirió jerarquía constitucional como un organismo auxiliar del Parlamento (3).

En nuestro país, luego de la restauración definitiva de la democracia, empezó a discutirse acerca de la conveniencia de instalar una figura similar, que los españoles incorporaron al salir de su propia dictadura en la Constitución de 1978, con cierta eficacia (4).

La necesidad se acrecentó en la década del noventa, ante el cambio de paradigma de las funciones del Estado. Había una preocupación latente acerca de qué iba a suceder con el ciudadano, administrado, vecino, usuario; en un escenario en el que se percibía cierto repliegue del Estado y de reposicionamiento del mercado. En ese contexto, el diseño del Defensor del Pueblo adquirió interés como uno de los reaseguros para intentar reducir

asimetrías y en protección, entre otros objetivos, de la “ecuación salarial de los usuarios”, expresión que emplea el Segundo Informe Anual (1995) de la Defensoría del Pueblo de la Nación. Dicha ecuación, por cierto, en los últimos tiempos tantas veces se ha visto resquebrajada, entre otras razones, por no contar con un Defensor que pueda intentar poner las cosas en su quicio litigando ante los tribunales.

En Argentina, la jerarquía normativa de la Defensoría del Pueblo fue *in crescendo*, desde su inicial creación por decreto reglamentario 1786/1993, antecedente inmediato de la sanción de la ley 24.284 que dio marco legal a la institución y, al año siguiente, se la incluye en la Constitución Nacional. En un trabajo que publiqué en los albores del funcionamiento de la por entonces novedosa figura, hice una descripción de la evolución de este ente y abrigué muchas expectativas respecto de su labor (5). Es triste hoy contemplar, ante el desmantelamiento fáctico de este órgano de control a partir de su actual acefalía, como hemos involucionado.

Ciertamente, como lo dejé entrever en dicho ensayo, la importación de conceptos e instrumentos provenientes del derecho extranjero a nuestro régimen no es garantía de que en el ámbito doméstico vayan a aparejar similares resultados que en su tierra de origen. Inspirarse en las soluciones que se han diseñado para otros países no es lo criticable, en cambio, la censura es apropiada cuando no se miden potenciales contradicciones con el orden jurídico vernáculo. Con relación a la Defensoría, no debió soslayarse el estudio de cómo cuaja un órgano proveniente del derecho continental europeo dentro de un régimen mayormente

impactado por el sistema constitucional norteamericano, que adscribe a un modelo difuso de revisión judicial y a un régimen federal de gobierno, en el que cada Estado —e incluso hasta cada municipio— mantiene la posibilidad de crear defensorías del pueblo con cierto grado de legitimación procesal (6). Vale recordar las polémicas y conflictos que provocó la instalación del Defensor del Pueblo europeo y las objeciones de los defensores homólogos de cada país miembro.

No es casual entonces que se hayan presentado dificultades, no superadas por la indiferencia del Congreso. Entre otras, las relativas a los efectos, expansivos o no, de las decisiones recaídas en causas en las que interviene la Defensoría del Pueblo y, en definitiva, la ausencia de un régimen legal que regule el trámite de las acciones colectivas (7).

### II. *Status* constitucional de la Defensoría del Pueblo. La problemática de su legitimación procesal

El análisis constitucional del tratamiento dispensado al Defensor del Pueblo nos obliga a centrarnos en dos artículos que han generado polémica y cuya exégesis no es del todo sencilla.

Por un lado, nos encontramos con el art. 86, que establece los lineamientos del ente. Recalca su rol de defensor y protector de las personas ante actos u omisiones de la Administración Pública y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas. Hasta este pasaje, la Constitución es prístina, y permite

extender el ámbito de actuación del Defensor no solo a los entes y órganos que conforman la Administración Pública Nacional, sino también al ejercicio de funciones materialmente administrativas llevadas a cabo por los restantes poderes, la realizada por los entes privados que ejercen funciones públicas (como los concesionarios de servicios públicos privatizados) y por los entes públicos no estatales (en cuanto utilicen las potestades públicas que se le han delegado) (8).

A continuación, empero, comienzan las dudas para el intérprete constitucional, pues de un modo un tanto lacónico, el art. 86 expresa: “El Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal (...)”, para luego continuar desarrollando los requisitos para su designación, sin otras aclaraciones en cuanto al alcance de esa legitimación.

Por otra parte, en lo que concierne a la acción de amparo, en particular a su faceta colectiva, el art. 43 reconoce legitimación al Defensor del Pueblo para intervenir contra cualquier forma de discriminación, para proteger el medio ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor “(...) así como a los demás derechos de incidencia colectiva en general (...)”.

Tengamos en cuenta que no estamos ante una cuestión baladí, sino que es clave en cuanto a los resultados de la gestión de la Defensoría y, sobre todo, ante la realidad local. En los países nórdicos donde se desarrolló el instituto, por lo general no es necesaria una sentencia condenatoria contra la Administración para que esta modifique sus

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

(1) Ver, en ese sentido, BUTLER, Henry - DRAHOZAL, Christopher - SHEPHERD, Joanna, “Economic Analysis for Lawyers”, Carolina Academic Press, 2014, 3ª ed., p. 134/135.

(2) Me remito a las causas de la crisis de representatividad que, en momentos de pleno auge del proceso privatizador, expuse en “La reestructuración tarifaria telefónica. Los procedimientos de audiencia e información pública”, publicado en LA LEY, 1997-C, 1390. Quince años más tarde, con el retorno del estado empresario, advertí que el cuadro no había mejorado (GUSMAN, A.S., “La audiencia pública como instrumento de participación democrática”, pub. en

Compendio Jurídico, Nº 60, marzo de 2012, Ed. Errepar-Erreius).

(3) Conf. SABSAY, Daniel - ONAINDIA, Jose, “La Constitución de los Argentinos. Análisis y comentario de su texto luego de la reforma de 1994”, Erreius, Bs. As., 2020, 8ª ed. actualizada, p. 262.

(4) Art. 54.

(5) “Tres años de existencia de la Defensoría del Pueblo de la Nación”, *Revista de la Federación Argentina de Colegios de Abogados*, Segunda época Nº 3 - diciembre 1997, p. 10.

(6) Al respecto viene al caso recordar el caso “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/ Secretaría de Comunicaciones” (Fallos: 329:4542, con

la disidencia de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni), en el que la defensora porteña cuestionó el acto de la autoridad nacional que permitía el cobro del servicio de informaciones 110. La Corte no le admite la legitimación pretendida, con un discutible argumento basado en que el estatuto constitucional local no pudo apoderar al ente ciudadano para actuar ante la jurisdicción federal.

(7) Pese a la exhortación de la Corte Suprema de Justicia expresada hace ya doce años en el caso “Halabi”, que más adelante analizaré. Sin demérito de las importantes medidas de corte ordenador adoptadas por el Alto Tribunal, ante la laguna normativa, en las acordadas 32/2014 y 12/2016, la sanción de un régimen legislativo

se torna a esta altura impostergable. Para verificar una de las tantas dificultades que esa carencia genera, ver el fallo de la Sala I del fuero civil y comercial federal recaído en la causa de la Corte Suprema, “Consumidores Financieros Asociación Civil para su Defensa c/Ivercom Multi-com y otros”, 06/12/2019.

(8) En los dos últimos supuestos, el radio de actuación de la Defensoría del Pueblo se circunscribiría, utilizando la lograda fórmula del Tribunal Supremo español, a los casos en que dichos entes actúan “en lugar de la Administración” (conf. sentencia del 03/11/1988 (Ar. 9264), citada por FERNANDEZ RAMOS, Severiano, “El derecho de acceso a los documentos administrativos”, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 409).

### Nota a fallo

#### Uso de software sin licencia

Indemnización por el valor de los productos indebidamente

utilizados. Restitución de ganancias obtenidas por la demandada. Multa por temeridad y malicia. Disidencia parcial.

CNCiv., sala I, 03/03/2021. - Microsoft Corporation c. Mattina Hnos. S.A.C. s/ daños y perjuicios.

#### Daños y piratería intelectual: restitución de ganancias obtenidas ilícitamente

Federico P. Vibes

5

#### Panorama | Corte Suprema

11

prácticas disvaliosas, teniendo una fuerza de persuasión suficiente una amonestación o recomendación del Defensor para lograr las correcciones del caso. En estos países la sola inclusión del nombre de un funcionario cuestionado en los informes anuales del *Ombudsman* es suficiente descalificación para que el sujeto se vea moralmente obligado a dimitir en su cargo. En cambio, en nuestro medio, la realidad es muy diferente. Muchas veces, las personas, sobre todo las de situación más vulnerable, no tienen otra alternativa concreta para acceder al goce de sus derechos que no sea enjuiciar a la omisión de los poderes públicos, sobre todo en materia prestacional. El litigio judicial se ha transformado, en las últimas décadas, en un ámbito propicio para hallar respuestas en buena medida satisfactorias para paliar problemáticas puntuales, aunque con menores expectativas si lo reclamado se relaciona a fallas más estructurales (9). Por eso es vital la firmeza en cuanto a la legitimación reconocida para que el ente de contralor haga escuchar su voz ante los tribunales, instando la acción en defensa de los derechos encomendados. De hecho, en el período inmediato anterior a su desarticulación institucional —que se comentará *ut infra* en el acápite 6—, la Defensoría tuvo una prolífica actuación ante los tribunales (10).

Entonces, me parece que lo dispuesto en el art. 43 no puede interpretarse de un modo que coarte el significativo ámbito de actuación reconocido al Defensor en el art. 86. Sin dejar de llamarme la atención la generosidad en la legitimación dispuesta en esta última norma, es evidente que tal ha sido la voluntad del constituyente, cuya inconsecuencia o falta de previsión, por cierto, no cabe presumir (11). Nos guste o no, sea más o menos complejo de articular, lo concreto es que la Constitución no estableció distinciones en el art. 86 y, por lo tanto, se debe acatar su mandato. No me parece una interpretación adecuada limitar las posibilidades de actuación judicial del Defensor al campo de la legitimación concedida por la acción de amparo que, como bien sabemos, es una vía de conocimiento limitado e improcedente en asuntos cuya viabilidad requieren mayor debate y prueba. Debe estar entre las potestades del ente de control definir cuál estrategia de proceso a entablar es la más conveniente para la tutela de los intereses confiados a su custodia.

No quiero finalizar este encuadre constitucional de la Defensoría del Pueblo sin llamar la atención sobre la importancia que nuestra norma básica le atribuye a esta institución, desde el momento que el art. 86 prevé que para su designación se precisan los dos tercios de los miembros presentes de cada una de las cámaras, exigencia que no está contemplada en el art. 120 para el nombramiento de los titulares del Ministerio Público Fiscal y del Ministerio Público de la Defensa.

(9) Tal como se apreciará en el punto 6 de este aporte, cuando analice un litigio entablado justamente para promover que el Congreso cumpla con el deber de designar al Defensor del Pueblo (“Asociación por los Derechos Civiles y otros”, fallada por la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal el 18/08/2016). En otra oportunidad reflexioné sobre los incumplimientos de las normativas que garantizan derechos a las personas con diversidad funcional y, a la vista de los resultados de los litigios iniciados, llegué a las mismas conclusiones que ahora. Conf. mi aporte “Políticas de acceso al empleo público para personas con capacidades diferentes”, en AA.VV., “El Estado Constitucional de Derecho y el Derecho Administrativo”, Ediciones RAP, 2017, p. 191 y sig.

(10) Entre 2005 y 2009, el Defensor inició 26 causas judiciales y participó en 52 juicios (datos extraídos de SABSAY, D. y otro, “La Constitución de los Argentinos...”, ob. cit., p. 262).

(11) Conf. CS, Fallos: 319:3148 (“Análisis Monges”); 329:5826.

(12) Sentencia del 24/02/2009, Fallos: 332:111.

(13) Advértase que la mayoría del tribunal reproduce

### III. Otras particularidades relativas a su legitimación para activar procesos judiciales

Sabido es que a partir del caso “Halabi” (12), la Corte extrae del art. 43 de la Constitución una clasificación tripartita entre las categorías de legitimados: a) Los derechos individuales; b) Los derechos de incidencia colectiva que se refieren a intereses colectivos; y c) Los derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos (13).

Con relación a la primera categoría, los derechos sobre bienes jurídicos individuales son ejercidos por su titular, por más que existan numerosas personas afectadas. Nada incumbe hacer al Defensor del Pueblo.

La segunda categoría —derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos— apunta a procurar, justamente, la defensa de un bien colectivo, indivisible, que no es susceptible de apropiación individual, como lo es el medio ambiente, el patrimonio cultural e histórico, etc. En estos casos no es posible distribuir una cuota parte de afectación entre los miembros de la comunidad en que se origina la agresión. La defensa de este colectivo claramente corresponderá al Defensor del Pueblo, extremo que, en materia ambiental, está expresamente previsto en la ley aplicable 25.675 cuando de recomposición del hábitat se trata (14).

La última categoría —los intereses individuales homogéneos—, se refiere al caso de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de usuarios y consumidores o ciertos casos de discriminación. El hecho lesivo es uno solo, instantáneo o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y, por lo tanto, es identificable una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño (15). En estos casos, también corresponde la intervención del Defensor del Pueblo, al igual que las asociaciones involucradas. Si bien, salvo en regímenes específicos como el ya mencionado en materia ambiental y en la ley de defensa del consumidor 24.240, no se cuenta con una previsión normativa expresa para respaldar ese aserto —en materia de derecho privado, la cláusula que así lo reconocía propuesta por la Comisión Redactora del Código Civil y Comercial (art. 14) fue suprimida del texto por el Poder Ejecutivo—, de todos modos la respuesta no puede ser otra. Se está en presencia de derechos de incidencia colectiva que son casi imposibles de ser tutelados por la vía del litigio tradicional, debido al escaso significado de lo que se pueda reclamar, cuya bagatela desincentiva la promoción de una demanda individual (16). Al reconocerse legitimación a sujetos representativos de clase, aunque distintos al real afectado, se busca evitar aquello que se conoce como la moda-

la disidencia del Juez Lorenzetti en el caso “Mujeres por la vida” (Fallos: 329:4593) con el aditamento de parte del voto de Maqueda en la causa “Defensor del Pueblo”, publicado en Fallos: 330:2800. Ver Cons. XIII de “Halabi” y X del voto del juez Maqueda en “Defensor del Pueblo”.

(14) La ley 25.675 General del Ambiente merecería, en atención a las profundas innovaciones que contiene, un análisis especial. Baste apreciar el abandono del principio procesal dispositivo que hace el art. 32, reconociendo amplias facultades al Juez; o el efecto *erga omnes* que el art. 33 atribuye a la sentencia, con la salvedad del supuesto del rechazo por cuestiones probatorias. Pero, a mi modo de ver, el mayor mérito de la norma es la prolijidad que dispensa al reconocer legitimación, de acuerdo con las distintas situaciones que pueden producirse: 1) Si se trata de hacer cesar los efectos nocivos colectivos, cualquier persona —y, claro está, también el Defensor del Pueblo— puede demandar, sin exigírsele ningún grado de vecindad o proximidad con el agente contaminante. Se advierte que, en este punto, la ley impresiona como más generosa que el propio art. 43 de la Constitución Nacional; 2) Si se trata de recomponer el daño ambiental, tienen legitimación el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones no gubernamentales de defensa

lidad de “pequeños daños a muchas víctimas” (17).

Pues bien, en los casos en los que interviene el Defensor del Pueblo en resguardo de derechos de incidencia colectiva, tengo para mí que la sentencia que se dicte extiende sus alcances a todo el colectivo representado (18), pues de otro modo carecería de sentido la razón de ser de este ente. ¿Para qué introducir una figura con legitimación para demandar, si lo que se decide en el pleito que inició no va a ser aprovechable por los miembros de la clase afectada, obligando a cada uno de ellos a iniciar un nuevo proceso de conocimiento pleno? A guisa de ejemplo, supongamos que el Defensor del Pueblo obtiene una sentencia que invalida un incremento tarifario de un servicio público domiciliario. ¿Podría seriamente proponerse que esa anulación solo opera en la sede del edificio en que finca la Defensoría?

Otro debate interesante que es necesario plantear es si, en los juicios que inicia el Defensor del Pueblo, este se encuentra eximido de acreditar un perjuicio concreto para los derechos de incidencia colectiva que pretende representar. El tema no es menor, pues si la respuesta es afirmativa, como algunos postulan (19), estaremos en presencia de una acción popular. En cambio, la negativa nos conduce a continuar exigiendo la configuración del requisito del caso judicial como habilitador del conocimiento de los tribunales respecto a los actos de los restantes poderes.

A mi juicio, compatibilizando las normas en juego, no abrigo dudas de que por más que se trate de una legitimación anómala, para el ejercicio de sus atributos de activar un pleito resulta insoslayable que el Defensor aduzca algún concreto perjuicio, sea actual o potencial, a los derechos de incidencia colectiva cuya protección procura obtener. No se trata de un defensor de la legalidad objetiva. También para el juzgamiento de las acciones y omisiones estatales que persiga el Defensor del Pueblo es necesario la existencia de un caso judicial (arg. art. 116 de la Constitución Nacional; arts. 2 y 3 de la ley 27, art. 21 de la ley 48), concebido como aquel en el que se pretende la determinación concreta de los derechos en juego (20), extremo que debe ser observado rigurosamente para la preservación del principio de la división de los poderes (21) y evitar la llamada sobrejudicialización de los procesos de gobierno (22).

### IV. Trabas a la actuación del Defensor del Pueblo (I). Desde el Poder Legislativo

Como todo lo nuevo, la inclusión de la Defensoría del Pueblo generó prevenciones y suspicacias. Por lo tanto, se le pusieron pie-

ambiental, e incluso el propio Estado nacional, provincial o municipal; 3) Por último, para las acciones indemnizatorias solo se encuentra legitimada la persona directamente damnificada por el hecho dañoso.

(15) Ver considerando XII de “Halabi”; GUSMAN, Alfredo Silverio, “La cosa juzgada en las sentencias que resuelven acciones colectivas. Reflexiones y balance a tres años de “Halabi”, LexisNexis Jurisprudencia Argentina del 29/02/2012.

(16) Así lo interpretó la Corte en el considerando 12 del caso “Halabi”. Ver también, aunque referido a la legitimación de las asociaciones, pero plenamente aplicable a la intervención del Defensor del Pueblo, CS, “Padec c/Swiss Medical”, 06/03/2014.

(17) Conf. BUTLER - DRAHOZAL - SHEPHERD, “Economic Analysis...”, p. 48, ya citado.

(18) Ver GUIRIDLIAN LAROSA, Javier, “La legitimación del Defensor del Pueblo y el carácter expansivo de los efectos de la sentencia en un reciente caso jurisprudencial”, en *Revista Argentina Régimen de la Administración Pública* 290, p. 47.

(19) Conf. MAIORANO, Jorge, “La legitimación del Defensor del Pueblo para cuestionar judicialmente las deci-

dras en el camino, algunas de las cuales paso a precisar con mayor grado de detalle.

En primer lugar, desde el Congreso de la Nación, a más de veintiséis años del evento constituyente que jerarquizó al ente, no se ha sancionado la ley especial que reclama la última parte del art. 86 de la Constitución, lo que deriva en que siga vigente la normativa previa al suceso estatuyente de 1994, que es la ley 24.284, con las modificaciones insertadas en la ley 24.379 y el lamentable injerto de la ley 27.442 al que me referiré al finalizar este aporte. Ese régimen está previsto para un modelo de Defensor del Pueblo bien diferente del que emerge de los arts. 43 y 86 de la Constitución, que consagran un paradigma superador del diseñado en la ley. De hecho, en el molde legislativo siquiera se menciona la legitimación judicial del Defensor. Es más, el art. 16 *in fine* del régimen legal margina del ámbito de actuación de este controlador tanto a los organismos de defensa y de seguridad, como al Poder Judicial y al Poder Legislativo. Tengo para mí que estas exclusiones ya no pueden aducirse a tenor de lo dispuesto en el sistema ideado en los arts. 43 y 86 de la Constitución (23). Como muestra, mal podría el Defensor cumplir el mandato constitucional de defender y proteger los derechos humanos si tiene vedada su competencia en los ámbitos castrenses y de seguridad.

De todos modos, como veremos a continuación, aún después de la reforma constitucional, las exclusiones impuestas en el art. 16 bien que han sido esgrimidas por fallos castros de su ámbito de actuación judicial. Sobre todo la del art. 21 de la ley, que impide al Defensor continuar con su intervención si alguna persona interesada articula acción judicial o recurso administrativo, impedimento que a esta altura deviene, a mi modo de ver, incompatible con la trascendencia que ha adquirido la defensa de los derechos de incidencia colectiva, tanto en el art. 43 de la Constitución como en la interpretación que le ha dispensado la Corte en el caso “Halabi” (24).

### V. Trabas a la actuación del Defensor del Pueblo (II). Desde la postura inicial de la Corte Suprema de Justicia a la progresiva apertura hacia el reconocimiento de su legitimación

Otro camino para cercenar el desempeño del novel ente ha sido socavar su legitimación, a partir de pronunciamientos de la Corte Suprema anteriores a la reforma de la integración del Tribunal de la cumbre acontecida en la primera década de este siglo. En rigor, el destinatario de este desplante jurisprudencial no ha sido la figura del Defensor del Pueblo en exclusiva. El Alto Tribunal hacía de cuenta que el art. 43 de la Constitución Nacional, en lo que a procesos colectivos se refiere, no existía. Respecto del Defensor, la Corte, subvirtiendo la pirámide del art. 31 de la Ley Fundamental, consideraba que era

siones de la Administración”, *Revista de Derecho Público*, N° 2, ps. 11/49.

(20) CS, “Halabi”, 24/02/2009, AR/JUR/182/2009, considerando 9, ya citado; GUSMAN, Alfredo Silverio, ob. cit., “El control judicial de la Administración. Actualidad jurisprudencial en materia de legitimación procesal”, en Autores Varios, “Cuestiones de Control de la Administración Pública. Administrativo, Legislativo y Judicial”, Ediciones RAP, p. 159.

(21) CS, Fallos: 317:341, “Iannuzzi c/Entre Ríos”; 18-12-2012, “Comunidad Aborigen de Santuario Tres Pozos c/ Pcia. de Jujuy”, 21/10/2008.

(22) Conf. SCALIA, Antonin, “The doctrine of standing as an essential element of the separation of powers”, en *Suffolk University Law Review*, 1983, p. 881. El autor se desempeñó por varias décadas como Juez de la Suprema Corte de Estados Unidos. Sobre legitimación profesaba un criterio que, en lo personal, me parece un tanto restrictivo. Suele ser citado por nuestra Corte Suprema en aquellos fallos que no reconocen legitimación en los demandantes, como los que acabo de citar en la anterior nota al pie.

(23) Conf., en el mismo sentido, SPOTA, Alberto Antonio, “El Defensor del Pueblo”, ED, t. 170, p. 987.

(24) Fallos: 332:111.

más importante la ley anterior a la Constitución que la Constitución misma, siendo la cláusula legal que excluía del ámbito de actuación del ente al Poder Judicial y la que vedaba su participación en los procesos iniciados por los afectados, las excusas preferidas aducidas para neutralizar sus acciones.

Para monitorear la evolución jurisprudencial, corresponde formular un pequeño *racconto* de los casos más importantes registrados.

Durante 1995, en causas previsionales en trámite ante la Corte Suprema que registraban considerables demoras, se presentó el Defensor del Pueblo exhortando al Alto Tribunal a resolverlas y ser tenido como parte. En la causa “Frias Molina” (25), la Corte desestimó ambas pretensiones, con fundamento en que no está legalmente autorizado para investigar la actividad concreta del Poder Judicial y, menos aún, a promover acciones o formular peticiones ante el órgano jurisdiccional respecto de actuaciones de cualquier tipo desarrolladas en el ámbito de dicho poder.

En 1997, con motivo de la privatización de los aeropuertos, un grupo de diputados inició acción de amparo oponiéndose a esa decisión, causa conocida como “Jorge Rodríguez”, a la que adhirió la Defensoría del Pueblo. Se obtuvo una medida cautelar favorable en primera instancia y la cuestión referida a la legitimación del Defensor fue reconocida tanto en la instancia de origen como en la Alzada. Con posterioridad hubo una presentación del por entonces Jefe de Gabinete de Ministros por la vía del salto de instancia ante la Corte Suprema (para la época carente de reglamentación legal), tribunal que deja sin efecto la cautelar otorgada con fundamento en la falta de legitimación de los legisladores actores, sin dedicar un solo párrafo a la legitimación del Defensor del Pueblo (26).

En el caso “Consumidores Libres” (27) (1998), acción a la que había adherido el Defensor del Pueblo, la Corte también le deniega legitimación remitiéndose a la ley reglamentaria anterior a la reforma constitucional, llegando a sostener que otorgarle esa calidad sin bases objetivas que permitan afirmar un perjuicio inminente, importaría conferirle el privilegio de accionar sin que concurren los presupuestos básicos de la acción, ejerciendo una función exorbitante y abusiva, por fuera del estado de derecho. Pareciera que el Defensor del Pueblo era visto como un enemigo del Tribunal.

El siglo XXI, en cuanto a la temática se refiere, comienza con el planteo del Defensor pidiendo amparo contra el incremento de la alícuota del Impuesto al Valor Agregado respecto de la medicina prepaga. Otra vez se le enrostra la ley 24.284 y el hecho de que los adherentes a tales planes y las empresas ya habían interpuesto litigios, lo cual —se adujo— obstaba a su desempeño en la causa.

El primer éxito en la Corte Suprema, o al menos así resultó en los hechos, se obtuvo cuando el Defensor del Pueblo, en el contexto de la crisis del 2001, demandó a distintos prestadores de servicios públicos y obtuvo como medida cautelar en el fuero civil y comercial federal la prórroga del plazo de vencimiento para abonar las facturas correspondientes. Una concesionaria presentó recurso extraordinario contra esa providencia precautoria, que fue denegado por el Supremo Tribunal invocando la ausencia del requisito de sen-

tencia definitiva. Ciertamente, bien podría la Corte haber continuado acometiendo contra la legitimación del Defensor para llevar a cabo tales planteos, como lo hizo con anterioridad, pero en este proceso afortunadamente no se introdujo en esa cuestión (28). No es un dato menor el contexto del fallo, época de severa crisis económica y fuertes cuestionamientos a alguno de los jueces que por entonces integraban la Corte.

No se tardó en retomar los pronunciamientos contrarios a la legitimación del Defensor del Pueblo. Tal lo sucedido en un amparo interpuesto contra una ley que obligaba a los profesionales que superaban cierto monto de facturación a asumir la condición de inscriptos en el Impuesto al Valor Agregado (29) y cuando buscó la suspensión general de las ejecuciones hipotecarias de vivienda única (30), desestimados con sustento en la ley reglamentaria que excluye de su ámbito de competencia al Poder Judicial y no exime al Defensor de demostrar su carácter de titular de la relación jurídica sustancial. Más allá de que, tal vez, la legitimación del Defensor para interponer tales acciones era discutible, debo decir que inquietan los argumentos empleados por la sentencia. En particular aquel que conduce a exigir de este controlador, para habilitarlo a demandar, una suerte de derecho subjetivo propio, inconciliable con la legitimación extraordinaria o anómala que en realidad porta conforme a la Constitución. Por cierto, con un criterio tan obtuso acerca de la legitimación del Defensor, sus potestades de control sobre la Administración eran inviables de poner en práctica.

Un enfoque diferente comienza a visualizarse a partir de la renovada integración de la Corte, como consecuencia del proceso de recambio de varios de sus jueces iniciado en 2003. El primer caso en donde se advierte esta nueva tendencia se da en 2005 y es en una acción ordinaria intentada por el Defensor del Pueblo contra normas que disponían el reajuste de las tarifas de gas, obteniendo protección cautelar a favor de los usuarios. La mayoría de la Corte Suprema desestima el recurso extraordinario por no dirigirse contra una sentencia definitiva, sin abrir juicio acerca de la legitimación del Defensor, dejando firme la cautelar obtenida. Sin embargo, la minoría —integrada por los jueces Petracchi, Zaffaroni, Lorenzetti y por su propio voto Maqueda (31)—, de todos modos, ingresa al análisis del asunto y concluye —en contra de lo dictaminado por el Procurador General de la Nación—, que el Defensor se encuentra habilitado para iniciar cualquier tipo de proceso judicial, con sustento en el mentado art. 86 de la Constitución.

Durante 2007, el cimero tribunal hace lugar a una acción de amparo articulada por el ente en análisis contra el Estado Nacional y la Provincia de Buenos Aires tendiente a garantizar la entrega oportuna y regular de un medicamento oncológico (32). También le reconoce legitimación al Defensor en un amparo interpuesto contra el Estado Nacional y la Provincia del Chaco en procura de que se adopten medidas positivas a favor de pueblos originarios en situación de extrema vulnerabilidad situados en la provincia codemandada, otorgando protección cautelar sin objetar la legitimación del actor (33). En cambio, en el caso “Defensor del Pueblo de la Nación” (34), en el que este ente de control interpone una acción de amparo contra las restricciones a las disponibilidades bancarias instauradas a fines del 2001, la Corte le niega legitimación

por considerar que no se trataba de la defensa de un derecho de incidencia colectiva sino de derechos patrimoniales de cada depositante respecto de su imposición que, en todo caso, debían ser reivindicados por sus titulares. Dice el voto mayoritario que no hay un derecho de incidencia colectiva sino un problema común, destacando que la legitimación reconocida en el artículo constitucional 43 “(...) no se ha dado para la defensa de todo derecho sino como medio para proteger derechos de incidencia colectiva.” Percátese el hecho sugestivo de que la sentencia no es suscripta por el juez Lorenzetti; este último, en su calidad de doctrinario, critica la decisión recaída, calificándola como una de las más serias limitaciones al desarrollo y utilización de los procesos colectivos (35). El juez Maqueda, si bien le rechaza al Defensor legitimación para actuar en defensa de los ahorristas, no descarta que haya supuestos en los que pueda accionar en tutela de intereses patrimoniales particulares afectados.

Llegamos entonces al año 2014, en el que la Defensoría obtuvo un logro rotundo, aunque como paradoja, tal vez, haya sido el comienzo de su deterioro por haberse ganado el temor de los poderes políticos partidarios. Había demandado a una empresa concesionaria del transporte en ferrocarriles y al Estado Nacional, para que se preste el servicio en forma digna y eficiente y se garantice el acceso y desplazamiento de personas con capacidades diferentes. De la lectura del fallo de la Corte que se pronunció en ese año se desprende que el tema de la legitimación para demandar siquiera fue planteado, lo que da una pauta de que el camino aperturista finalmente emprendido en la jurisprudencia, como lo confirma el posterior fallo “Cepis” (36), afortunadamente ya no tenía retorno (37). Hete aquí, a mi juicio, una de las mezquinas razones que llevan a la clase política argentina a la recalitrante negativa a normalizar la institución.

Como se ve, el Defensor del Pueblo nacional, ante las trabas que desde el principio la Corte Suprema le opuso a su legitimación, tuvo que hacerse camino al andar, hasta llegar a un punto en donde, finalmente, se le reconoció la aptitud para demandar con sustento en las normas constitucionales, sin perjuicio de la verificación de la representación invocada que habrá de concretarse en cada caso.

## VI. Trabas a la actuación del Defensor del Pueblo (III). Desde la política. Supresión fáctica del ente de control

A esta altura, no puedo dejar de condenar el desmantelamiento de la Defensoría del Pueblo, institución de raíz constitucional que, desde hace doce años, se encuentra vacante y, desde hace ocho, directamente acéfala.

Si bien las dificultades para consensuar los funcionarios que estarán al frente de la Defensoría no son exclusivas de nuestro país, de hecho en España estuvo vacante desde el 2010 hasta el 2012, en que nominaron a una exdiputada del Partido Popular como Defensora y a otro exdiputado del Partido Socialista Obrero Español como Defensor Adjunto primero; la desidia de los poderes políticos partidarios en nuestro país, desarticulando un régimen de control establecido en la Constitución, es intolerable.

Recordemos que el art. 86 exige para su nombramiento el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de cada una de

las cámaras. Luego de la renuncia del último Defensor en 2009, la Comisión Bicameral del Congreso, en lugar de proponer un nuevo funcionario para el cargo, optó por prorrogar los mandatos de los defensores adjuntos hasta diciembre de 2013. Dicha medida podría ser cuestionable por una posible extralimitación de la competencia de la mencionada Comisión, pues la ley 24.284 establece que los adjuntos son designados a propuesta del Defensor del Pueblo.

Desde fines de 2013 y hasta el día en que se escribe esta ponencia, la Defensoría se encuentra acéfala, a cargo de su Secretario General que la administra pero que, entre otras graves limitaciones, no se encuentra habilitado para iniciar nuevas causas judiciales.

Varias organizaciones no gubernamentales se presentaron ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, solicitando una audiencia temática para abordar el asunto, que se concretó el 28/10/2014. Lamentablemente, la respuesta del Congreso no fue postular personas idóneas para el cargo e intentar acordar las designaciones, sino tramitar un proyecto de ley claramente inconstitucional, por medio del cual se buscaba autorizar a la Comisión Bicameral, por simple mayoría, a nombrar un Defensor Adjunto que duraría en el cargo hasta la elección del nuevo Defensor del Pueblo. No es difícil advertir una maniobra para sortear las mayorías especiales requeridas por la Constitución y dejar al frente del ente a un funcionario que comulgue con las directrices del sector gobernante. Por fortuna semejante iniciativa naufragó y, además, a tenor del escrutinio llevado a cabo por la Corte Suprema en el posterior caso “Abarca” (38) respecto de cómo debería nominarse el Defensor del Pueblo, tampoco hubiera sido convalidado por la jurisprudencia.

Algunas de aquellas asociaciones promovieron acción de amparo contra ambas cámaras del Congreso tendiente a que se ponga fin a la omisión inconstitucional de designar al Defensor del Pueblo, invocando el derecho de toda la comunidad, sobre todo de los grupos más postergados, de contar con un ente que defienda y proteja sus derechos. Se trata de la causa 1774/2015 “Asociación por los Derechos Civiles y otros”, fallada por la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal el 18/08/2016, precedente en el que el Tribunal procedió a ejercitar el control judicial de una inconstitucionalidad por omisión. Con énfasis, descartó que las atribuciones constitucionales de las demandadas les permitan optar entre designar o no designar al titular de la Defensoría. Advirtió la sentencia que esa carencia causa perjuicio a los más vulnerables, al no encontrarse el organismo a cargo de un funcionario que goce de las inmunidades que conlleva su nombramiento (39) y por coartar el acceso a la Justicia, dada la amplia legitimación —ya analizada en este aporte (40)— en resguardo de los derechos de incidencia colectiva que la Constitución otorga al Defensor. La parte dispositiva, como no podía ser de otra manera, se limita a exhortar al Congreso Nacional al cumplimiento de la obligación de designar Defensor del Pueblo según lo previsto en el art. 86 de la Constitución, condenando a que se informe sobre el cumplimiento de las pautas establecidas en el art. 2 de la ley 24.284 para el nombramiento definitivo.

Transcurridos cinco años desde esa sentencia —que, por cierto, fue consentida por las demandadas—, sin observarse el man-

(25) Conf. Fallos: 318:384; 319:1828. Una certera crítica al criterio de la Corte puede verse en el trabajo precitado de SPOTA.

(26) Fallos: 320:2851. Se trata del precedente también conocido como “Aeropuertos”, o “Jefatura de Gabinete de Ministros”.

(27) Pub. en LA LEY, 1998-C, 602.

(28) Fallos: 325:2037.

(29) Fallos: 326:2777.

(30) Fallos: 326:3639.

(31) Quien aduce que la voluntad final del constituyente plasmada en el art. 86 ha sido no limitar ni restringir la legitimación del Defensor del Pueblo.

(32) Fallo del 24/04/2007.

(33) Resuelta el 18/09/2007.

(34) 28/06/2007, Fallos: 330:2800.

(35) Ver LORENZETTI, Ricardo, “Justicia Colectiva”, p. 52.

(36) “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad c/Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo”, 18/08/2016, que será analizado en el acápite 8.

(37) “Defensor del Pueblo de la Nación c/T.B.A. y otro”, 24/06/2014, LA LEY, 2014-D, 295.

(38) Fallo del 06/09/2016, pub. en LA LEY del 09/09/2016.

(39) Similar a la de los legisladores, de conformidad con el art. 12 de la ley 24.284.

(40) Que, tal como se vio en el punto 2 de este ensayo, surge del juego armónico de los artículos constitucionales 43 y 86.

dato constitucional y, a esta altura, también judicial, cuesta resignarse a que no haya sido más que una victoria pírrica, que no conmovió la indiferencia de nuestros congresistas. Lamentablemente y sin dejar de alabar el esfuerzo del tribunal en intentar avanzar en el cumplimiento de lo resuelto (41), el Poder Judicial carece de las herramientas para hacer que los bloques legislativos estén a la altura de las circunstancias y nominen los postulantes idóneos a designar para el cargo.

Durante fines de 2017, la Comisión Bicameral de la Defensoría del Pueblo llegó a un acuerdo para elevar una terna de candidatos a ambas cámaras del Congreso (42), de la cual se pretendía seleccionar a un postulante sin previa audiencia pública, lo que provocó muchas críticas. De todos modos, la falta de acuerdos políticos hizo fracasar esa propuesta y, ante el recambio legislativo luego de las elecciones de medio término, volvió todo a fojas cero. Producido dicho recambio, tampoco se avanzó; en rigor se retrocedió, pues ante la siguiente renovación de bancas que se acercaba a fines de 2019 siquiera pudieron ponerse de acuerdo acerca de cómo iba a constituirse la Comisión Bicameral Permanente de Defensoría del Pueblo, ni sobre quién la iba a presidir, decisiones que fueron postergadas con la funcional —y, a esta altura, crónica— excusa del próximo recambio legislativo. Al día de la fecha de entrega de esta obra a editorial, dicha Comisión seguía sin constituirse, según puedo recabar de la página oficial del Congreso argentino, aunque sí cuenta con una planta de asesores no se sabe bien con qué fin ni tampoco se lo informa.

Debe señalarse que la cuestión fue abordada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas —que interpreta el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)—, en cuyo último informe periódico sobre nuestro país (que data del 28-09-2018), lamentó "... que la vacante del Defensor del Pueblo, quien tiene responsabilidades clave para los derechos económicos, sociales y culturales, no se haya resuelto a pesar de una recomendación de este Comité en 2011

(41) El 17/09/2019 la jueza Ailan que tiene a su cargo el trámite de la causa en la primera instancia, volvió a intimar a las cámaras legislativas para que informen el plazo en que procederán al cumplimiento total y efectivo de la sentencia dictada por la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal. Ante la falta de respuesta satisfactoria, se reiteró la intimación a ambas cámaras el 10/12/2020. Solo lo contestó la Cámara de Diputados, oportunidad en que señaló en concreto que la intimación fue girada a las áreas pertinentes (ver escrito presentado el 28/12/2020, por cierto, Día de los Inocentes).

(42) Res. 6/17 de la Comisión Bicameral Permanente de la Defensoría del Pueblo.

(43) "Centro de Estudios para la Promoción de la Igual-

(E/C.12/ARG/CO/3, párr. 7) (art. 2, párr. 1)". A su vez, el órgano supranacional recomendó "... al Estado parte para que active el mecanismo de selección y proceda a la nominación del Defensor del Pueblo..." a través de un "... proceso claro, transparente y participativo de selección y nominación". Los legisladores volvieron a hacer oídos sordos ante ese nuevo requerimiento.

### VII. Alguna consecuencia puntual de la desidia de las fuerzas políticas con representación parlamentaria

Los resultados perjudiciales han quedado a la vista, entre otros campos, en lo que concierne a la defensa de los usuarios. La Corte Suprema, en el fallo "Cepis" (43) en el que dispuso anular los incrementos en las tarifas de gas para los usuarios residenciales, intimó al Congreso Nacional a que cubriera el cargo de Defensor del Pueblo, pues dicha vacancia afecta el acceso a la Justicia de un número indeterminado de usuarios, dado que el art. 86 de la Constitución le reconoce a ese funcionario legitimación para la tutela de los derechos de incidencia colectiva.

Por mi parte, advierto que el considerando en que formula dicha intimación no resultó ser un *obiter dictum* o una sentencia de tipo exhortativa más. Estimo que el tribunal cimero estaba anticipando lo que un par de semanas después resolvería en el caso "Abarca" (44), amparo en el que se había puesto en tela de juicio el incremento de las tarifas de electricidad. En este último veredicto la Corte denegó legitimación a los actores y también al Secretario General de la Defensoría del Pueblo bonaerense que, en representación de esa institución, pretendió actuar en dichos autos en calidad de tercero. Sostuvo que el mencionado funcionario no se encontraba legalmente habilitado para poner en ejercicio las atribuciones del Defensor del Pueblo local, en virtud de que el cargo se encontraba vacante.

Ante el vacío generado por la acefalía en el cargo, algún fallo ha optado por propiciar un

dad y la Solidaridad c/Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo", 18/08/2016.

(44) Citado en nota al pie 36.

(45) Conf., CNFed. Contencioso administrativo, sala V, "Sola", 23/11/2017, voto del juez Tracey al que adhiere el juez Gallegos Fedriani.

(46) Tampoco se sancionaron otros instrumentos legislativos que, por su propia esencia, permitirían mayor intervención popular en la función judicial, como las leyes de acciones colectivas y la regulación del amparo colectivo.

(47) De tal modo el Congreso no se hizo eco del reclamo doctrinario (conf. GUSMAN, Alfredo Silverio, "Medidas preventivas en defensa de la competencia", LA LEY, 2014-C, 720) de crear una fiscalía especializada en materia de com-

petencia, que funcione en la propia órbita del Ministerio Público Fiscal, para que actúe en los procesos judiciales, con legitimación para interponer la impugnación prevista en los arts. 66 y 67 y para requerir las medidas preventivas indicadas en el art. 44. Sin lugar a dudas, la creación de esta Fiscalía, desde el rol de custodio de la legalidad y del interés público económico; hubiese sido una mejor opción al momento de encarar la problemática del mercado, la defensa de las sanas prácticas mercantiles y los abusos de las posiciones dominantes, que un Defensor Adjunto de la Competencia y los Consumidores, como crea en el seno de la Defensoría del Pueblo el art. 86 de la norma en análisis.

### VIII. A título de colofón

A esta altura podemos mencionar que la tan mentada supuesta brecha no existe en este punto. A nivel nacional las fuerzas políticas mayoritarias no han resistido a la tentación de amortiguar un órgano de contralor y ambas se encuentran en mora con la institucionalidad. Tanto los presidentes Fernández de Kirchner (durante el período 2009-2015) como Macri (2015-2019) han gobernado sin el escrutinio de un Defensor del Pueblo, tal como lo requiere la propia Constitución.

La anomalía republicana relativa a la Defensoría del Pueblo permanece en el olvido. Resulta paradójico que desde los otros poderes se critique al Poder Judicial, entre otras razones, por la falta de participación popular en sus procesos, pero, a su vez, no se ocupen de cubrir el cargo que justamente permitiría la correcta representación popular ante los tribunales, atento a la legitimación reconocida en la Constitución (46).

Ante el injustificado retraso de una década sin haber podido nombrar Defensor del Pueblo, sorprende que la ley de defensa de la competencia 27.442, como si todo estuviese en su lugar en la institución, modifique la ley de la defensoría del pueblo 24.482 —a la que, conforme lo expuesto en el acápite 4, tantas reformas sustanciales debería haberse hecho antes— y cree una Defensoría Adjunta de la Competencia y los Consumidores en el seno de la Defensoría del Pueblo, con el pretendido objeto de defender a consumidores y empresas frente a conductas anticompetitivas "... o decisiones administrativas que puedan lesionar sus derechos o bienestar" (sic) (47). El legislador, con absoluta hipocresía, continúa atribuyéndole competencias, como si no se percatase de que el ente, por su propio desinterés en llenar el cargo, descansa en el pan-

petencia, que funcione en la propia órbita del Ministerio Público Fiscal, para que actúe en los procesos judiciales, con legitimación para interponer la impugnación prevista en los arts. 66 y 67 y para requerir las medidas preventivas indicadas en el art. 44. Sin lugar a dudas, la creación de esta Fiscalía, desde el rol de custodio de la legalidad y del interés público económico; hubiese sido una mejor opción al momento de encarar la problemática del mercado, la defensa de las sanas prácticas mercantiles y los abusos de las posiciones dominantes, que un Defensor Adjunto de la Competencia y los Consumidores, como crea en el seno de la Defensoría del Pueblo el art. 86 de la norma en análisis.

(48) Cuyo eco cruzó el océano y fue adoptada en la última frase del art. 2º de la Constitución francesa.

teón de los anales constitucionales al encontrarse acéfalo desde hace ocho años. Sí, evidentemente, el Congreso se hace el distraído, pues hasta le prohíbe al Defensor del Pueblo de la Nación que hubiese ocupado el cargo entre el 1º de enero de 2010 hasta la entrada en vigencia de la ley 27.260 ingresar sus bienes al régimen de sinceramiento fiscal, como si no tuviera presente que durante ese lapso no nombró a nadie para cubrir esa investidura.

Parfraseando la idea de democracia que proclamara Abraham Lincoln en el célebre discurso de Gettysburg (48), sumo mi voz (49) a quienes reclaman una defensoría del pueblo, por el pueblo y para el pueblo y hago votos para que el Congreso, de una vez por todas, designe a la personalidad idónea para ejercer un cargo que tiene como misión, nada menos, que la defensa de los derechos humanos y de incidencia colectiva. Sobre todo, los de quienes, por su condición de vulnerabilidad, no tienen quien los defienda (50).

Cita on line: TR LA LEY AR/DOC/1665/2021

### Más información

[Mendieta, Ezequiel N.](#), "Daños punitivos y acciones colectivas: el rol del Ministerio Público Fiscal de la Nación y del Defensor del Pueblo de la Nación. Situación actual y su regulación en el Código de Derecho del Consumidor", RC-CyC 2020 (julio), 246, AR/DOC/795/2020

[Ripamonti, María Alejandra.](#) "La legitimación del defensor del pueblo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", LA LEY, 2019-C, 1104, AR/DOC/2706/2018

### Libro recomendado

[Tratado de Derecho Constitucional Argentino y Comparado](#)  
Autor: Manili, Pablo Luis  
Edición: 2021  
Editorial: La Ley, Buenos Aires

(49) Durante 2019 la Asociación de Abogados de Buenos Aires en conjunto con el Instituto Latinoamericano del Ombudsman-Defensoría del Pueblo (ILO) emitió una exhortación para que el Congreso Nacional designe un nuevo Defensor del Pueblo (conf. [www.aabadigital.org/blog-de-abogados/reclamo-por-la-defensoria-del-pueblo](http://www.aabadigital.org/blog-de-abogados/reclamo-por-la-defensoria-del-pueblo)).

(50) Conf., en idéntico sentido, el artículo de quien fuera Defensor del Pueblo fundacional, Jorge MAIORANO, en "¿Quién podrá defendernos? Una deuda con la institucionalidad", en *DPI Diario Consumidores y Usuarios* N° 61 del 15/02/2016.

## Nota a fallo

### Uso de software sin licencia

**Indemnización por el valor de los productos indebidamente utilizados. Restitución de ganancias obtenidas por la demandada. Multa por temeridad y malicia. Disidencia parcial.**

1. - Resultaría injusto condenar a quien llevó a cabo una conducta ilícita —además, dolosa, pues quien instala *software* "pirateado" lo hace a sabiendas y con intención de producir ese resultado en la realidad— a abonar un precio menor al que debió haber pagado en su oportunidad. Adoptar un temperamento diverso im-

plicaría contrariar la máxima "nemo auditur propriam turpitudinem allegans" y significaría, lisa y llanamente, un premio y un incentivo a un accionar intencionalmente contrario a derecho. [1]

2. - Quien está en aptitud de usar una copia no autorizada de programas de computación no solo se sitúa en posición análoga al "poseedor de mala fe", es "poseedor vicioso", porque, al menos frente al titular o licenciado del *software*, ha llegado a esa aptitud usuaria clandestinamente o mediante abuso de confianza.
3. - Así como el poseedor de mala fe y el poseedor vicioso deben entregar lo percibido o lo que pudieron percibir, o quien

recibe en pago de mala fe devuelve los frutos producidos o que pudo producir la cosa, quien usa programas obtenidos ilícitamente está obligado a devolver los frutos producidos o que pudo producir, tanto sean ganancias o ahorros.

4. - No se sabe cuánto tiempo usó la demandada ilícitamente estos programas "truchos" para su giro comercial. Es indudable que fue un buen tiempo. La parte actora no ha cuantificado este ahorro ilícito, lo que hace que el juez deba manejarse con suma prudencia. Me parece mínimamente equitativo establecer la obligación restitutoria en un quince por ciento del importe de los programas. Debería admitirse el rubro *restitución de ga-*

*nancias ilícitamente obtenidas* y condenar adicionalmente a la demandada al pago correspondiente en dólares más intereses.

5. - Comparto la postura de la demandante con relación a la obstrucción por parte de la demandada, en forma deliberada y maliciosa, de la realización de la prueba anticipada ordenada en el respectivo expediente. Además del corte de luz que impidió la continuación de la constatación, ha quedado acreditado que maniobró para intentar borrar rastros del *software* que utilizaba ilícitamente, desinstalando los productos e instalando otros, dos días después de la primera constatación y antes de la segunda. La conducta obs-

truccionista de la demandada, a la hora de cumplir con la manda judicial oportuna y regularmente dispuesta, da lugar a la multa por temeridad y malicia.

6. - No corresponde que la demandada restituya las ganancias que habría obtenido gracias a la utilización de los programas de computación instalados sin licen-

cia (del voto en disidencia parcial de la Dra. Iturbide).

**CNCiv., sala L, 03/03/2021. - Microsoft Corporation c. Mattina Hnos. S.A.C. s/ daños y perjuicios.**

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/1001/2021]

#### Jurisprudencia vinculada

[1] Ver también. Entre otros: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G 28/04/2006 "Microsoft Corporation c. Anselmi Gerencia de Riesgos S.A.", RCyS 2006-VIII, 58 AR/JUR/2002/2006.

#### Costas

A la demandada vencida

Véase el texto completo en p. 8

# Daños y piratería intelectual: restitución de ganancias obtenidas ilícitamente



## Federico P. Vibes

Abogado (UBA). Profesor de posgrado invitado en la Universidad Austral y en la Universidad Argentina de la Empresa. Autor y coautor de los libros "Derecho del entretenimiento" (Ad-Hoc, 2014), "Derechos de propiedad intelectual" (Ad-Hoc, 2009), "La cuarta pantalla" (Lectorum Ugerman, 2008) y "El nombre de dominio de Internet" (La Ley, 2003).

**SUMARIO:** I. Introducción.— II. El fallo.— III. Restitución de ganancias obtenidas ilícitamente, enriquecimiento sin causa y daños punitivos.— IV. Conclusiones.

### I. Introducción

El caso que derivó en la sentencia bajo comentario representa un lugar común en muchas empresas, que se sienten atraídas por utilizar programas de computación "truchos", en lugar de adquirir las licencias correspondientes de los dueños de la propiedad intelectual de tales programas de computación. Sabido es que con la asistencia de algún profesional o técnico en computación muchas empresas pueden obtener fácilmente la instalación de decenas o cientos de programas de computación apócrifos. Quienes actúan de esta manera especulan en que no los detecten, y en el peor de los casos, si los descubren —razonan— deberán pagar lo que hubieran pagado desde un comienzo si hubiesen elegido obrar de manera honesta.

La sentencia bajo comentario (1) demuestra que este razonamiento especulativo de quienes optan por usar programas de computación piratas podría resultar equivocado, y, sobre todo, muy oneroso e inconveniente. Por eso, tal como desarrollaremos a continuación, es muy bienvenido este fallo de la Sala L de la Cámara Civil de Apelaciones.

### II. El fallo

Como anticipamos en la introducción, el caso que motivó el dictado de la sentencia bajo comentario nos habla de una empresa de cierta magnitud, a la cual se le encontraron 36 computadoras con programas "truchos", sin sus correspondientes licencias de uso, todo ello en infracción a los derechos de propiedad intelectual del gigante de la informática Microsoft.

Al entablar su demanda *Microsoft* solicitó una indemnización vinculada a varios rubros. Por un lado, solicitó que se dicte una condena que ordene restituir a Microsoft el valor de los productos ilícitamente instalados en las computadoras de la empresa demandada. Pero, además, solicitó la restitución de las ganancias ilícitamente obtenidas por el demandado, el daño a la imagen y reputación y, finalmente, solicitó la aplicación de una multa en concepto de daño punitivo.

El juez de primera instancia tuvo por probada la infracción a los derechos intelectuales de Microsoft sobre los programas informáticos y admitió la pretensión de la accionante respecto de la restitución del valor de los productos comercializados. Sin embargo, rechazó el resto de los rubros incluidos en la demanda por *Microsoft*.

El fallo de primera instancia fue apelado por ambas partes, y así llegó a manos de los jueces de la Sala L de la Cámara de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal. Tras analizar la cuestión, todos los magistrados de la Sala L coincidieron en que se estaba en presencia de una infracción al derecho de autor que recae sobre los programas de computación de *Microsoft*, y que la empresa demandada debía indemnizar a la accionante restituyendo el valor de los productos pirateados. Sin embargo, en lo relativo a la cuestión vinculada con la restitución de ganancias derivadas del acto ilícito, los jueces manifestaron una diferencia de criterios que es interesante analizar.

Antes de ingresar en el análisis de los diferentes votos de los magistrados de la Sala L, es importante aclarar que el caso fue resuelto bajo el Código Civil de Vélez, por tratarse de hechos que ocurrieron con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial. Según se desprende del fallo, las medidas dictadas en el expediente de prueba anticipada que dio inicio al pleito se realizaron a comienzos de 2011 (lo cual habla además del arduo periplo que deben recorrer los afectados por este tipo de ilícitos hasta lograr una sentencia favorable).

Aclarado lo anterior, analicemos ahora el fallo.

En primer lugar emitió su voto la doctora Iturbide, quien dio por verificado el ilícito y propuso la condena indemnizatoria en contra del demandado, aunque adoptando una postura contraria al reconocimiento del rubro "restitución de ganancias obtenidas por el infractor" solicitado por la parte actora. Para fundamentar sus razones, la doctora Iturbide se remite a otro precedente de 2019 (2), y puntualmente, a las consideraciones esgrimidas por el doctor Carranza Casares en dicha cau-

sa, quien expuso su postura contraria al reconocimiento de este rubro por entender que la regla en materia de responsabilidad civil es que la víctima del daño debe ser indemnizada por el valor del perjuicio sufrido ("el daño padecido es el límite del resarcimiento").

Por otro lado, la doctora Iturbide también comparte con su colega de la Sala G que no existe en nuestro derecho vigente una norma como la establecida en la Ley de Derechos de Autor de los Estados Unidos que determine que el demandado debe restituir a la víctima las ganancias obtenidas por su accionar ilícito (3), lo cual sería un impedimento para acceder al reconocimiento de dicho rubro en la sentencia.

El siguiente magistrado en dar su voto fue el doctor Liberman. A diferencia de su colega preopinante, el doctor Liberman considera admisible el rubro vinculado a la "restitución de ganancias" dentro de la reparación que merece el afectado por la infracción a sus derechos de propiedad intelectual. En su voto, el doctor Liberman se remite al precedente "Microsoft c/ Anselmi" (4), en el que tuvo actuación como juez de primera instancia, y que fue luego ratificado por la Sala G de la Cámara Civil (5). En tal sentido, al momento de analizar el rubro vinculado a la restitución de las ganancias obtenidas ilícitamente, este magistrado resalta que no se trata de aplicar una "pena privada", sino que se impone la mera y simple obligación de restituir la ganancia o ahorro obtenidos ilícitamente. Para llegar a tal conclusión, encuentra justificativo en el principio general del derecho que veda engrandecer ilícitamente el patrimonio propio a costa de los derechos de otro. Y agrega que este principio general de derecho no solo es aplicable como fuente subsidiaria, sino que se trata de una institución jurídica recogida en cantidad de preceptos legales del Código Civil de Vélez (6).

La doctora Pérez Pardo coincide con el criterio enunciado por el doctor Liberman y es así que queda conformada la mayoría necesaria en lo relativo al rubro "restitución de las ganancias obtenidas en forma ilícita. Es decir que la condena que resuelve la Sala L involucra no solamente una indemnización por el valor de los productos pirateados, sino que

además admite una reparación adicional en función de los beneficios económicos que el demandado obtuvo —los cuales son estimados prudencialmente por el tribunal bajo los términos del art. 165 del Código Procesal Civil y Comercial—.

### III. Restitución de ganancias obtenidas ilícitamente, enriquecimiento sin causa y daños punitivos

Como hemos comentado en el punto anterior, en general, la postura contraria a la restitución o reconocimiento de las ganancias obtenidas ilícitamente a favor de la víctima del daño se funda en el principio de reparación plena o integral, que establece que la indemnización tiene como límite el daño padecido por la víctima (7). Según esta interpretación —en nuestra humilde opinión, interpretación errónea—, las ganancias que obtiene el dañador no serían parte de la "obligación resarcitoria", y, por ende, reconocerlas la víctima del daño generaría un enriquecimiento sin causa en esta última.

Es este el criterio que surge del voto de la doctora Iturbide, quien al momento de argumentar las razones por las cuales deniega el rubro "restitución de ganancias obtenidas ilícitamente, cita a su colega el doctor Carranza Casares: "... lo cierto es que en nuestro derecho la regla es que se indemniza el valor del perjuicio sufrido por la víctima, no el beneficio obtenido por el agente que actuó en forma ilícita. El daño padecido es el límite del resarcimiento..."

Sin embargo, al desmenuzar un poco este argumento, caemos en la cuenta de que esta conclusión encuentra algunas inconsistencias y, por lo tanto, merece ciertos reparos, si se la contrasta con otros principios y normas del Código Civil de Vélez.

#### III.1. Restitución de ganancias obtenidas ilícitamente y daños punitivos

La restitución de las ganancias obtenidas ilícitamente es una figura que se vincula con lo que algunos han llamado el "ilícito lucrativo" (8), "daño lucrativo" (9) o "culpa lucrativa" (10). Todos estos conceptos hacen

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

(1) Ver CNCiv., sala L, "Microsoft Corporation c. Mattina Hnos. S.A.C.", 03/03/2021, AR/JUR/1001/2021.

(2) Ver CNCiv., Sala G, "Microsoft Corporation c. Área 099 SAs/ daños y perjuicios", 18/02/2019, AR/JUR/626/2019.

(3) Ver art. 504 (a) (1) de la Copyright Act de Estados Unidos.

(4) Ver JNCiv. Nro. 31, "Microsoft Corporation c. Anselmi Gerencia de Riesgos S.A.", 09/11/2005, AR/JUR/8755/2005.

(5) Ver CNCiv. Sala G, "Microsoft Corporation c/ An-

selmi Gerencia de Riesgos SA", 28/04/2006, AR/JUR/2002/2006.

(6) El doctor Liberman cita los arts. 788, 2438 y 2439 del Código Civil de Vélez, y resalta que "... así como el poseedor de mala fe y el poseedor vicioso deben entregar lo percibido o lo que pudieron percibir, o quien recibiera en pago de mala fe devuelve los frutos producidos o que pudo producir la cosa, quien usa programas obtenidos ilícitamente está obligado a devolver los frutos producidos o que pudo producir, tanto sean ganancias o ahorros... Esta obligación de restitución nace del orde-

namiento jurídico en general, la equidad, la buena fe, y puede verse como aplicación del principio que veda enriquecerse a costa de otro..."

(7) Según nos enseña Pizarro, el principio de reparación plena o integral tiene cuatro reglas fundamentales: (i) el daño debe ser fijado al momento de la decisión; (ii) la apreciación debe formularse en concreto; (iii) la indemnización no debe ser inferior al perjuicio sufrido; y (iv) la indemnización no debe ser superior al daño padecido (ver, PIZARRO Ramón, "La reparación del daño patrimonial derivado de conductas antijurídicas lucrativas. Situa-

ción actual. Perspectiva", disponible en <http://secretarias.unc.edu.ar/acaderc/doctrina/articulos/artpizarro>).

(8) Ver PIZARRO, Ramón, ob. cit., nota 7.

(9) Ver PICASSO, Sebastián, "Sobre los denominados daños punitivos", LA LEY, 2007-F, 1154.

(10) La culpa lucrativa existe cuando un sujeto, luego de hacer un cálculo de costo-beneficio, decide cometer una conducta ilícita porque las consecuencias legales de su accionar no son lo suficientemente gravosas como para disuadirlo de llevar adelante dicha acción (ver, CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, "Los Da-

referencia a la situación en la cual alguien comete un acto lesivo del derecho de otro, y como consecuencia de ese daño, obtiene un beneficio económico. Se trata de una cuestión que ha suscitado controversia a lo largo de las últimas décadas, y pensamos que, de alguna forma, una posible causa de la resistencia a su reconocimiento se vincula con otro tema aún más polémico, que es el daño punitivo. Este último debate fue y sigue despertando acaloradas discusiones entre los civilistas (11), donde se puede identificar muy nítidamente a aquellos que son contrarios a la incorporación del daño punitivo dentro de nuestro sistema normativo de responsabilidad civil (12), y aquellos que promueven la adopción de la figura (13). Y creemos que es posible que la polémica relativa al daño punitivo haya influido en el análisis de esta cuestión sobre el ilícito lucrativo, sobre todo a nivel judicial, por cómo fue desarrollándose dicha polémica en nuestro ámbito local.

Al mirar un poco la evolución doctrinaria de la cuestión del daño punitivo, creemos que esta posible “influencia” a la que nos referimos en el párrafo anterior se haya originado en el proyecto de unificación del Código Civil y Comercial de 1998. Como comenta Martinotti en un interesante artículo en el que analizó la cuestión a la luz de dicho proyecto (14), esta iniciativa impulsada por prestigiosos juristas (15), incluyó en su art. 1587 la figura del daño punitivo bajo los siguientes parámetros: “El tribunal tiene atribuciones para aplicar una multa civil a quien actúa con grave indiferencia respecto de los derechos ajenos o de los intereses de incidencia colectiva. Su monto se fija tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial los beneficios que aquel obtuvo o pudo haber obtenido con su conducta, y tiene el destino que le asigne el tribunal por resolución fundada”.

En efecto, puede verse que los lineamientos del “daño punitivo” en el Proyecto de 1998 estaban relacionados con las ganancias o beneficios que obtenía o pudo haber obtenido quien provoca el daño (“...su monto se fija tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial los beneficios que aquel obtuvo o pudo haber obtenido con su conducta...”) (16).

El proyecto de 1998 fue finalmente desechado, y con ello también el cuestionado “daño punitivo” incluido en su art. 1587. Pero la polémica sobre el daño punitivo había comenzado casi una década antes, a

partir de un artículo de Karut (17) —favorable a la admisión del daño punitivo—, al que siguieron réplicas de Bustamante Alsina, Diego Martinotti (18), Carlos Camps (19), Alfredo Rovira (20) y otros.

Entre las críticas que mereció el instituto del “daño punitivo”, una de ellas fue cuestión relativa a la indemnización como justo límite del daño sufrido, que como ya dijimos, deriva del principio de reparación plena o integral. Se sostuvo entonces que admitir el daño punitivo implicaría aceptar que la víctima del daño se enriquezca sin causa, más allá del daño sufrido (21), lo cual va en contra de la máxima que indica que “el responsable debe resarcir todo el perjuicio causado, pero solo el perjuicio causado” (22).

Y tal como anticipamos, esta cuestión sobre los límites de la responsabilidad civil también es un argumento que se utiliza para denegar a la víctima del daño el reconocimiento de las ganancias obtenidas ilícitamente obtenidas por el dañador.

Sin embargo, como surge del fallo comentado, y en especial del voto del doctor Liberman, también existe otra corriente de opinión —con la cual coincidimos—, que entiende que este principio de la reparación plena —del cual deriva esto del daño como límite de la indemnización— es algo que debe ser valorado a la luz de otro principio cardinal, que es aquel que postula que nadie puede enriquecerse a costa de otro. Este es un principio que deriva de numerosas normas del Código de Vélez (23); y como señala Pizarro (24), encierra dos situaciones: (i) la noción clásica del enriquecimiento sin causa (*actio in rem verso*), que requiere un correlato entre el enriquecimiento del demandado y el empobrecimiento de la víctima; y (ii) el enriquecimiento “injusto”, donde hay un enriquecimiento del dañador, pero no existe un empobrecimiento correlativo del afectado por el acto ilícito.

De modo que, en este punto, tal como han señalado distinguidos autores, el hecho de que nuestro sistema de responsabilidad civil tenga como principio que se indemniza solo el daño causado, no implica que tal principio sea infranqueable. Por el contrario, es un principio que —tal como suele ocurrir en el Derecho— admite excepciones, y no debería ser tomado como un verdadero “dogma” (25).

Como veremos a continuación, creemos que no es adecuado establecer una iden-

idad entre el daño punitivo y el llamado “ilícito lucrativo”, porque son dos figuras distintas (26). Por lo tanto, el argumento sobre el enriquecimiento sin causa puede ser atendible para ciertos supuestos de “daño punitivo”, pero no ser aplicable en casos de “ilícito lucrativo” en los que se produce un “enriquecimiento injusto”, como el que ocurre en materia de piratería de *software*.

Si analizamos la cuestión con detalle, podemos identificar tres supuestos donde se plantea el dilema de la restitución de ganancias obtenidas ilícitamente:

Supuesto 1: Cuando las ganancias ilícitas se generan por incumplimiento de normas sin afectación de un derecho individual.

Supuesto 2: Cuando se generan ganancias ilícitas mediante el uso de un bien que es propiedad de la víctima.

Supuesto 3: Cuando se generan ganancias ilícitas en el marco de un daño provocado a la víctima, pero no mediante el uso de un bien que es propiedad de la víctima.

En el primer supuesto, que es un ejemplo típico de aplicación de daños punitivos, el sujeto pasible de la multa civil incumple una norma general que provoca un efecto negativo en la comunidad, y eso le provoca una ganancia. Según los partidarios del daño punitivo, la multa civil aquí funcionaría como “castigo ejemplar” y llevaría a otros a evitar incurrir en esa conducta. Chamatropulos (27) nos brinda un ejemplo de esto: una empresa decide no cumplir con la normativa de protección del medioambiente, porque sabe que su accionar ilícito le reportará ganancias que van a superar las posibles multas que prevé la regulación aplicable en materia de protección ambiental. Como se puede ver, en este caso, el elemento vinculado a las ganancias obtenidas por el sujeto dañador incide de manera diferente al caso que comentamos, porque no son ganancias que se obtienen mediante el uso del “bien” cuya propiedad pertenece a la víctima del daño (28).

Luego tenemos el caso en el cual el sujeto que provoca el daño lo hace utilizando un bien que pertenece a la víctima. Es el caso típico del infractor de derechos intelectuales que se aprovecha del uso de un programa de computación, de una marca o de una patente, para llevar adelante una actividad económica en la cual obtiene un

beneficio económico que se ve —en parte— facilitado por las ventajas que le reporta el aprovechamiento de ese bien intangible ajeno.

Y, por último, tenemos el caso del sujeto que provoca un daño, pero no utiliza un bien que pertenece a la víctima en el acto lesivo. Ejemplo: yo realizo una obra de canales hídricos en mi campo, que mejora el rinde de mis cultivos, pero por deficiencias en la construcción de esos canales hídricos, genero una inundación y por consiguiente un daño en el campo de mi vecino. Aquí hay una ganancia obtenida por quien provoca el daño, pero ese daño no se provoca mediante el uso de un bien del afectado (el dueño del campo vecino). Si en este caso se ordena judicialmente la restitución de las ganancias obtenidas “en relación” a un acto ilícito (culposo), pensamos se podría argumentar que se produce un “enriquecimiento sin causa” en la víctima, porque en este caso, a diferencia de lo que ocurre en el supuesto 2, no hay una correlación entre el acto ilícito y el beneficio del agente que provoca el daño.

Es decir que son disímiles las situaciones que se pueden presentar en torno a esta cuestión, y el argumento del “enriquecimiento sin causa” no siempre es adecuado. Por lo menos en el supuesto número 2, no lo es.

Es por eso que en casos como este pensamos que la solución más adecuada es aplicar el principio del Código Civil que consagra que nadie puede enriquecerse a costa de otro (29). Porque, así como debe reponerse a la víctima al momento anterior al hecho dañoso (art. 1083 del Código Civil de Vélez), lo mismo corresponde hacer con los ofensores, borrando las ventajas obtenidas mediante el hecho ilícito (30).

### III.2. Restitución de las ganancias obtenidas ilícitamente y aplicación analógica en casos de piratería intelectual

El argumento que el fallo comentado utiliza para justificar la restitución de ganancias obtenidas ilícitamente por el demandado es la aplicación del principio general del derecho que predica que nadie debe enriquecerse a costa del otro. Coincidimos plenamente con ese criterio. Pero además de dicho criterio, existe otro argumento complementario, no utilizado en esta sentencia, pero sí en otros fallos vinculados a casos de piratería marcaría y en materia de patentes, en los cuales se aplicó por analogía (31). Nos referimos al criterio que se ha

ños Punitivos en la Argentina”, Errepar, Buenos Aires, p. 62). La finalidad de este instituto (culpa lucrativa) es evitar que el sujeto que ocasiona un daño a otro obtenga con su conducta un margen de beneficios considerables y se vea tentado a cometer nuevamente el mismo o similar ilícito.

(11) Esta polémica en torno a los daños punitivos comenzó a fines de la década del ochenta. El tema es altamente controvertido y ha motivado decenas de artículos y acaloradas discusiones en muchos congresos y seminarios (ver, CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, ob. cit. nota 10, p. 77 y ss.).

(12) Entre los que se manifiestan en contra de los daños punitivos se incluyen Bustamante Alsina, Diego Martinotti, Alfredo Rovira, Sebastián Picasso, Fernando Racimo, Carlos Camps y Jorge Mayo.

(13) Entre quienes están a favor de la adopción del instituto del “daño punitivo” en nuestro ordenamiento legal podemos identificar a Alfredo Kraut, Ramón Pizarro, Félix Trigo Represas, Augusto Sobrino, Federico Álvarez Larrondo y al ya citado Demetrio Alejandro Chamatropulos. También hay algunos autores que proponen soluciones intermedias. Aida Kemelmajer de Carlucci consideró que la víctima debería poder elegir entre una indemnización por el daño padecido, o las ganancias obtenidas ilícitamente por el demandado. Matilde Zavala de González y Rodolfo González Zavala admiten el daño punitivo pero limitado a los supuestos de culpa lucrativa (ver, CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, ob. cit. nota 10, p. 77 y ss.).

(14) Ver MARTINOTTI, Diego, “Los daños punitivos en el Proyecto de Código Civil de 1998”, LA LEY, 2001-F, 1317.

(15) Autores del Proyecto: Atilio Alterini, Héctor Alegria, Jorge Alterini, María Josefa Méndez Costa, Julio César Rivera y Horacio Roitman.

(16) Ver KRAUT, Alfredo, “Faceta preventiva y sancionatoria del derecho de daños. La culpa como agravación de la responsabilidad objetiva”, JA 1989-III, 909.

(17) Ver BUSTAMANTE ALSINA Jorge, “Los llamados ‘daños punitivos’ son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil”, LA LEY, 1994-B, 1243.

(18) Ver MARTINOTTI, Diego, ob. cit. nota 14.

(19) Ver CAMPS, Carlos, “De los daños punitivos al enriquecimiento sin causa en el derecho civil ambiental”, JA 2001-I-1105.

(20) Ver ROVIRA, Alfredo, “El proyecto de reforma a la ley de defensa del consumidor: un obstáculo al desarrollo económico”, JA 2007-I-1172.

(21) Ver BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, ob. cit. nota 17.

(22) Ver PICASSO, Sebastián, “Sobre los denominados daños punitivos”, LA LEY, 2007-F, 1154.

(23) El Código Civil de Vélez no contiene un precepto general que regule la teoría del enriquecimiento sin causa. Sin embargo, además de la nota al art. 784, que indica con notable contundencia que “...el principio de equidad, que siempre es principio en nuestro derecho civil, no permite enriquecerse con lo ajeno...”, existen numerosas normas que siguen esta premisa: arts. 589, 728, 792, 907, 1165, 2427, 2440, 2441, 2301, 2302, 230, 2568 a 2591, 3900 y 3901 (ver SALVAT, Raymundo,

“Tratado de Derecho Civil Argentino”, t. VII, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1946, p. 167). Por otro lado, como comentan Trigo Represas y López Cabana, la tolerancia jurídica al hecho de que el dañador obtenga beneficios o ventajas mediante su acto ilícito ha preocupado desde siempre, y de ahí que el legislador haya prestado especial cuidado al tema en ámbitos específicos (ver, CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, ob. cit. nota 10, p. 153). Por eso, no sorprende que esta idea estuviera presente en todos los artículos del Código Civil citados anteriormente.

(24) Ver PIZARRO, Ramón, ob. citada nota 7.

(25) Ver CHAMATROPULOS, Alejandro Demetrio, ob. cit. nota 10, p. 148. En igual sentido, ver PIZARRO, Ramón, ob. cit. nota 7.

(26) Como bien señala Chamatropulos, si bien el instituto del daño punitivo incluye numerosos supuestos donde se busca sancionar la llamada “culpa lucrativa”, el elemento vinculado a las ganancias obtenidas por parte del infractor no se da en todos los casos. Nos dice este prestigioso jurista tucumano: “si bien los casos de culpa lucrativa serán los casos más numerosos de aplicación de daños punitivos, es inconcebible reducir el instituto solo a estas situaciones...” (Ver, CHAMATROPULOS, Alejandro Demetrio, ob. cit. nota 10, p. 64 y ss.). Tan así es, que la introducción de este instituto en la Ley de Defensa del Consumidor —mediante la modificación introducida por la Ley 26.361— no incluye como requisito para su aplicación este elemento relativo a los “beneficios” o “ganancias” que obtenga o haya podido obtener el sujeto pasivo de la esta multa civil. Dicha

norma se limita a tomar en cuenta “la gravedad del hecho” y “las circunstancias del caso”: “Art. 52 bis: Al proveedor que no cumpla con sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan...”.

(27) Ver CHAMATROPULOS, Alejandro Demetrio, ob. cit. nota 10, p. 63.

(28) Si la multa civil aplicada que se aplica tiene como destino al sujeto que inició la demanda contra la empresa, aquí sí se podría producir un “enriquecimiento sin causa”, y es atendible el reparo de quienes sostienen que esto va en contra del principio de reparación plena o integral. Esto no ocurriría si la multa civil se destina a un fondo de protección ambiental, o al propio Estado.

(29) Ver BORDA, Guillermo, “Tratado de Derecho Civil”, Obligaciones, t. II, p. 484.

(30) Ver ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde - GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo, “Indemnización punitiva”, en “Responsabilidad por daños en el tercer milenio (Homenaje a Atilio A. Alterini)”, Lexis Nexis - Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, Lexis Nro. 1010/002933.

(31) Art. 16 del Código Civil de Vélez: “Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso”.

utilizado para equiparar a los bienes intangibles con las cosas, y de esta forma, considerar que los frutos o utilidades que se generan con los bienes que son de propiedad de la víctima le corresponden a esta última. Esta analogía se construyó a partir del art. 2522 del Código de Vélez que establece: “La propiedad de una cosa comprende virtualmente la de los objetos que es susceptible de producir, sea espontáneamente, sea con la ayuda del trabajo del hombre; como también de los emolumentos pecuniarios que pueden obtenerse de ella, salvo el caso que un tercero tenga el derecho de gozar de la cosa y la excepción relativa del poseedor de buena fe”.

Esta aplicación analógica del art. 2522 ha sido utilizada por diversos tribunales en casos de infracción de marcas registradas (32), en los que se ha ordenado la “restitución de utilidades” o “restitución de frutos” obtenidos por el infractor marcario (33). También se ha resuelto algo similar en casos de infracción de patentes y modelos industriales (34). Y a nivel doctrinal también se ha vinculado el tema relativo a la restitución de frutos civiles en casos de explotación indebida de “la imagen” de una cosa (35).

Y a pesar de que el fallo comentado no hace una referencia puntual a otras normas del Código Civil de Vélez, ni sigue la línea jurisprudencial mencionada, si debemos mencionar que, en su voto, el doctor Liberman, señala que esta idea o principio tendiente a evitar que el que provoca un daño ilícitamente se enriquezca a costa de otro, a través de la retención de las ganancias obtenidos mediante el acto ilícito, está flotando en muchos pasajes del viejo Código Civil.

### III.3. ¿Restitución o reconocimiento de ganancias obtenidas ilícitamente?

En cierto modo, cuando hablamos de “restitución de ganancias obtenidas ilícitamente” en materia de bienes inmateriales, como sucede en el presente caso, en realidad, estamos refiriéndonos más a un “reconocimiento de las ganancias” que a una “restitución de las ganancias”. Esto, por cuanto en este caso las ganancias se obtienen mediante la actividad comercial que desarrolla el infractor. Quien lleva adelante esa actividad comercial encuentra en el uso de los programas de computación una forma de hacer más eficiente su actividad, es decir, lo beneficia usar esos programas de computación. Pero a diferencia de lo que ocurre con las cosas materiales, donde se puede hablar de restitución de los frutos que genera la cosa (por ejemplo, en el caso de un poseedor de mala fe de un campo donde se siembra y se cosecha soja), en el caso de los bienes intangibles, como los programas informáticos, tal vez sea más apropiado hablar de un “reconocimiento de las ganancias obtenidas ilícitamente por el infractor” —o mejor dicho, de “una parte” de aquellas ganancias— a favor de la víctima (36).

Como se explica en el fallo, esa “parte de las ganancias” que debe ser restituida por el infractor, muchas veces (por no decir siempre) es muy difícil de probar. Por eso, es razonable que los tribunales apliquen el art. 165 del Código Procesal Civil y Comercial, tal como hizo la Sala L en este caso. Tal como se menciona en uno de los pasajes del fallo comentado, en este caso no se sabe cuánto tiempo usó la demandada ilícitamente estos programas “truchos” para su giro comercial, pero es indudable que fue un buen tiempo. Por eso, es válido que el tribunal estime prudencialmente cuál debe ser el *quantum* de este rubro haciendo aplicación de dicha norma procesal.

### III.4. La prevención del daño y la restitución de las ganancias obtenidas ilícitamente.

Tal como mencionamos antes, el fallo comentado resuelve el conflicto aplicando el Código de Vélez, porque los hechos que motivaron la demanda ocurrieron previo a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial. Ahora bien, resulta interesante dedicar algunas reflexiones a pensar cómo podría ser enfocada la misma cuestión a la luz del nuevo Código. Y una de las cuestiones que importantes para remarcar es que el Código Civil y Comercial incluye una innovación en materia de daños, al ampliar el espectro del viejo Código Civil de Vélez en lo relativo a las funciones que cumple la responsabilidad civil. En efecto, mientras que el Código Civil de Vélez solo contemplaba la función resarcitoria, el nuevo Código establece que además de la función resarcitoria, la responsabilidad civil tiene una función preventiva (art. 1708) (37). Y si conjugamos esa norma con otras, como por ejemplo el art. 9 del nuevo Código (38), es lógico que los operadores del derecho, a la hora de aplicar el ordenamiento legal para resolver conflictos, centren su mirada no solo en reparar, sino también en prevenir, en aplicar las normas y generar precedentes para que los daños no se produzcan (39).

En este orden de ideas, es interesante pensar que, si miramos la cuestión vinculada a la prevención del daño desde un punto de vista más ontológico, quizás es posible identificar dos dimensiones de la prevención. Una dimensión sería evitar el daño instrumentando acciones específicas para esto —acción preventiva— (40). Pero además de aquella, existe otra dimensión, que es más mediata, y que se relaciona con el fin último de este principio protectorio, que es generar disuasión en quienes pueden potencialmente provocar daños. Para evitar que aquellos puedan llegar a tener incentivos para cometer conductas lesivas e ilícitas en contra de los derechos de los otros, el sistema debe buscar evitar situaciones como las que se dan en este caso que comentamos. Es por eso que, en estos casos, el reconocimiento de las ganancias obtenidas ilícitamente a favor de la víctima persigue principio preventivo que está perfectamente alineado con lo establecido por el art. 1708 del nuevo Código —además de otras normas—. Aplicar estos criterios sir-

ve para evitar que el agente se vea tentado por continuar con su actividad dañosa sin miedo a la condena judicial, porque sabe que esta será menor que las ganancias que le reputará el acto dañoso.

Como expresa Pizarro: “...es razonable pensar que el sistema no debe tolerar la consolidación de tales márgenes de utilidad, pues de lo contrario no se desmantelan los efectos del ilícito, ya que subsisten beneficios derivados del mismo a favor del responsable. Y lo que es igualmente grave, se diluyen las funciones preventivas del derecho de daños, de tanta importancia en la hora actual...”

### III.5. La piratería intelectual y las respuestas del sistema legal.

Hace ya varios años, cuando comentamos el ya citado caso “Microsoft c./ Anselmi”, señaláramos que existen dos tipos de piratería: la “piratería negra” y la “piratería blanca” (41).

La piratería negra es la que tradicionalmente opera fuera del sistema. Se trata de personas u organizaciones que llevan adelante una actividad ilegal no solo en lo que tiene que ver con la infracción a las leyes de propiedad intelectual, sino que también evaden impuestos, cargas sociales, e inclusive, a veces hasta financian otras actividades ilegales (juego ilegal, prostitución, terrorismo) (42). Y, por otro lado, está lo que podríamos llamar la “piratería blanca”, que es aquella que llevan adelante personas u organizaciones que están dentro del sistema, que tienen una actividad legal, y que, sobre todo, tienen activos que pueden ser afectados en caso de que deban responder al cometer un ilícito civil. Por eso, pensando la cuestión más desde un punto de vista de la eficacia de la ley y del sistema legal, podemos decir que para el primer grupo —quienes llevan a cabo la llamada “piratería negra”—, la herramienta legal es la disuasión a través de la aplicación de ley criminal. Esto, por cuanto quienes llevan a cabo esta actividad de esta manera están directamente desarrollando una empresa criminal. Y, por otro lado, al operar en negro, en general estas organizaciones no tienen activos que puedan ser afectados a la reparación de las víctimas de las infracciones a los derechos de propiedad intelectual.

En cambio, en el caso de los “piratas blancos”, la solución legal más adecuada es la aplicación de una condena patrimonial, que por un lado repare el daño y reconozca una indemnización a favor de la víctima, pero que, al mismo tiempo, tenga un efecto tal que desincentive a los potenciales infractores. Estos piratas blancos generalmente tienen activos que son pasibles de ser atacados por las víctimas de las infracciones. Por ende, si reciben una condena como la que determinó en este caso la Sala L, seguramente que cada vez habrá menos piratería de *software*. Por el contrario, si la condena se limita a simplemente indemnizar a la vícti-

ma por el valor de los productos, no se genera ningún incentivo para que el infractor prefiera comprar un programa de computación legítimo (43).

Como mencionamos al inicio, si prevalece un criterio limitativo en este tema, lamentablemente se extenderá esta práctica especulativa donde muchas empresas razonarán que es conveniente comprar software trucho, y de última, cuando sean llevados a juicio, pagarán lo mismo que hubieran pagado si hubieran optado por comprar software original.

## IV. Conclusiones

A lo largo de este comentario hemos intentado abordar algunos de los numerosos y controvertidos temas que se vinculan con esta cuestión del “ilícito lucrativo” en materia de derechos de propiedad intelectual. Pensamos que el fallo comentado genera un buen precedente, porque si este mismo criterio adoptado por la Sala L se extiende a otros tribunales, eso seguramente ayudará a reducir los graves niveles de piratería que afectan a la industria del *software* y a otras actividades (respecto de las cuales se podría aplicar el mismo criterio, con el mismo efecto preventivo y disuasivo).

Y, para terminar, queremos remarcar una vez más que una u otra solución, a favor o en contra de reconocer las ganancias obtenidas ilícitamente, inevitablemente repercutirá en la conducta de la sociedad. Esto, por cuanto, como bien señala el profesor Carlos Villalba (44), servirá para que quienes se vean tentados en piratear programas de computación se formulen la pregunta sobre si es más conveniente infringir la propiedad intelectual, asumiendo que quizás habrá pagar una indemnización patrimonial, o bien si es más conveniente adquirir un producto legítimo. Si el sistema legal se limita a reparar el daño exclusivamente reconociendo el derecho a obtener el valor del producto pirateado, no estamos haciendo más que generar incentivos para que esta conducta se repita y se extienda. Por eso aplaudimos que en este fallo haya prevalecido el criterio favorable a la víctima, porque, tal como dicen Trigo Represas y López Mesa (45), nada puede impedir al juez que pueda ser especialmente severo con aquel que haya obtenido beneficios derivados de su accionar ilícito. Las normas de responsabilidad civil deben ser aplicadas tomando en cuenta los principios generales y el espíritu de la ley, de forma tal que en estos casos la decisión judicial genere frenos inhibitorios en quienes puedan verse atraídos por tomar el camino equivocado. Porque, tal como señala Cueto Rúa, no debemos olvidar que el derecho es un instrumento de control social que permite conducir el comportamiento de las personas que viven en nuestra comunidad y debe ser aplicado tomando en cuenta su significación pragmática, valorable en términos de resultados, de eficiencia y de utilidad (46).

Cita on line: AR/DOC/1666/2021

(32) Entre otros, ver, CNCiv. Com. Fed., Sala III, “Falato Filomeno y otro c/ L. Borenstein e Hijo SA”, 06/03/87; CNCiv. Com. Fed., Sala III, “Nina Ricci SA c/ Lagny SA”, 10/03/87, cita on line: 70033470; CNCiv. Com. Fed., Sala III, “García y García c/ Televisora Federal SA”, 28/10/97, AR/JUR/2935/1997. Sin embargo, también hay que señalar que en algún caso se dijo que no era viable el reclamo de la restitución de frutos porque “las marcas de fábrica no constituyen, en sí propio, bienes fructíferos (ver, CNCiv. Com. Fed., sala II, “Calatrava Guarch, José c/ Sasyan SA”, 27/02/1981, AR/JUR/1972/1981).

(33) Ver ETCHEVERRY, Oscar, “La reparación de daños en las infracciones de marcas y nombres”, en “Derechos Intelectuales”, Astrea, Buenos Aires, 1988, p. 18; PETRO-NE Aldo, “La reparación del daño a la marca”, *Cuadernos de Propiedad Intelectual*, Nro. 1-2004, Ad Hoc, Buenos Aires, p. 195.

(34) Ver CNCiv. Com. Fed., Sala I, “Haoy, Oscar c/ Szaindenfis, Natalio”, 21/12/74; CNCiv. Com. Fed., Sala I, “Guasch, Jaime c/ Soprano, Miguel”, 22/3/1972; y CNCiv. Com. Fed. Sala I, “Kelmansky, Pedro c/ Den Rep S.C.A.”, 27/11/80 (ver, OTAMENDI, Jorge, “Derecho de Marcas”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1999, p. 358).

(35) Ver LEIVA FERNÁNDEZ, Luis, “El derecho a la imagen de las cosas propias”, LA LEY, 2006-B, 689.

(36) Ver YZQUIERDO TOLSADA, Mariano - ARIAS MAIZ, Vicente, “Daños y perjuicios en la propiedad intelectual”, Fundación Arte y Derecho / Trama, Madrid, España, 2006, p. 159.

(37) Ver TORELLO Viviana, “La función preventiva de la responsabilidad y su proyección en el ámbito jurisdiccional” (disponible en [https://www.amfjn.org.ar/wp-content/uploads/2018/02/07-La-Funcio%CC%81n-pre-](https://www.amfjn.org.ar/wp-content/uploads/2018/02/07-La-Funcio%CC%81n-pre-ventiva-de-la-responsabilidad-Viviana-Torello.pdf)

[ventiva-de-la-responsabilidad-Viviana-Torello.pdf](https://www.amfjn.org.ar/wp-content/uploads/2018/02/07-La-Funcio%CC%81n-pre-ventiva-de-la-responsabilidad-Viviana-Torello.pdf)

(38) El art. 9º del Código Civil y Comercial impone como deber a los jueces ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo de los derechos o los efectos de la situación jurídica abusiva.

(39) Ver TORELLO, Viviana, ob. cit. nota 37.

(40) Ver arts. 1711 y ss. del Código Civil y Comercial.

(41) Ver VIBES, Federico, “Piratería de *software* y reparación de daños”, en *Cuadernos de Propiedad Intelectual*, Nro. 3, Editorial Ad Hoc, julio de 2007, p. 259.

(42) Las infracciones a los derechos de propiedad intelectual son lamentablemente habituales en muchos ámbitos, además del *software*. Hay piratería de películas, de indumentaria, de alimentos, de repuestos de vehículos y hasta de medicamentos.

(43) Ver BLAIR, Roger - COOPER, Thomas, “An economic analysis of damages rules in intellectual property”,

39 Wm and Mary L. Rev., 1585, Mayo de 1998.

(44) Coincidimos con el profesor Carlos Villalba, quien ya a comienzos de los noventa decía: “Si la reparación al daño tiene que cumplir algún otro objetivo más que el resarcimiento pleno del titular del derecho, este tiene que consistir en una condena cuyo monto sea tal que tenga un efecto disuasivo...” (ver VILLALBA, Carlos, “Daños: como evaluar el resarcimiento por la utilización no autorizada de las obras. Su incidencia en la jurisprudencia (desde la perspectiva del abogado)”, *V Congreso Internacional sobre la Protección de los Derechos Intelectuales (del autor, el artista y el productor)*, Zavalía, Buenos Aires, 1990, p. 317).

(45) Ver TRIGO REPRESAS, Félix - LOPEZ MESA, Marcelo, “Tratado de la Responsabilidad Civil”, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 566.

(46) Ver VILLALBA, Carlos, ob. cit. nota 44.

Texto completo de fallo de p. 5

**2ª Instancia.**- Buenos Aires, marzo 3 de 2021.

La doctora *Iturbide* dijo:

I. En la sentencia dictada el 14 de septiembre de 2020, el señor juez de primera instancia admitió la demanda promovida por Microsoft Corporation contra Mattina Hnos. SAC y condenó a esta última a abonar a la actora, en el plazo de diez días, la suma de \$1.200.000 con más sus intereses, sin pronunciarse expresamente en materia de costas.

Contra dicha decisión, expresaron agravios la demandada el día 09/11/2020 y la accionante el 10/11/2020, los cuales fueron contestados con fecha 26/11/2020 y 15/12/2020, respectivamente. Por último, el día 16/12/2020 se dispuso el llamado de autos a sentencia, resolución que se halla firme y consentida, por lo cual las actuaciones se encuentran en condiciones de dictar el pronunciamiento definitivo.

II. Antecedentes del caso

Según lo expuso Microsoft Corporation al promover la demanda, al llevarse a cabo la prueba anticipada que motivó el inicio de las presentes actuaciones, se pudo constatar que Mattina Hnos. SAC tenía montada su actividad comercial sobre una importante red de computadoras (36 en total), en las cuales se encontraron instalados 58 productos de Microsoft y que solo uno de ellos contaba con la licencia correspondiente.

A continuación, la actora indicó que es titular de los derechos de autor respecto de los productos “Windows 2000”, “Excel”, “Word”, “Access”, “Outlook”, “PowerPoint”, “Visual Fox”, entre otros especificados en el escrito inicial, y que, como titular de tales derechos, comercializa sus productos otorgando licencias a usuarios a cambio de un precio. Dichas licencias sirven para que el usuario final pueda utilizar el producto instalándolo en una computadora y haciendo uso de las funciones que el software otorga. Sin embargo, sostuvo que el hecho de que la accionada utilizara tales productos sin haber obtenido la licencia correspondiente, la hace responsable por los daños y perjuicios cuya indemnización constituye el objeto de este expediente.

En particular, la demandante reclamó que se le resarza el valor de los productos ilícitamente instalados por Mattina Hnos. SAC, la restitución de las ganancias ilícitamente obtenidas, el daño a la imagen y reputación de la actora y, finalmente, solicitó la aplicación de una multa en concepto de daño punitivo.

III. La sentencia de primera instancia

El magistrado de la instancia anterior desestimó la excepción de falta de legitimación activa opuesta por Mattina Hnos. SAC y concluyó en la indebida utilización, por parte de esta última, de programas informáticos cuyas licencias son de propiedad de Microsoft. Por consiguiente, admitió la pretensión en concepto de “valor de los productos comercializados”, cuantificándolo en la suma de \$1.200.000.

En cambio, la acción fue rechazada en relación a las demás partidas indemnizatorias reclamadas por la demandante y que mencioné en el considerando anterior, ya que a juicio del Dr. P. no se encuentran reunidos en este caso en particular los requisitos necesarios para su procedencia.

IV. Los agravios

Al verter sus agravios en esta instancia, la accionada insistió en que Microsoft Corporation carece de legitimación activa para actuar

en esta causa, acusó la nulidad de la prueba anticipada llevada a cabo en el expediente conexo y solicitó que al imponerse las costas procesales —aspecto al que el señor juez *a quo* omitió referirse en su decisorio—, aquellas sean cargadas en un 80% a la actora y en un 20% a Mattina Hnos. SAC, en función del éxito parcial de la pretensión indemnizatoria.

Por su parte, la demandante cuestionó el *quantum* y el signo monetario en que fue determinada la reparación del ítem admitido en la sentencia, criticó el rechazo de la “restitución de las ganancias ilícitamente obtenidas” y, por último, reclamó la aplicación de una multa por inconducta procesal, ya sea en virtud de lo dispuesto en el art. 329 del Código Procesal o bien de conformidad con el art. 45 de dicho ordenamiento adjetivo.

V. Aplicación de la ley en el tiempo

Frente a la existencia de normas sucesivas en el tiempo, cabe aclarar que, como el hecho ilícito que motiva este pleito se produjo con anterioridad a la entrada en vigencia del Cód. Civ. y Comercial, aquel habrá de ser juzgado —en sus elementos constitutivos y con excepción de sus consecuencias no agotadas— de acuerdo al sistema del anterior Cód. Civil, interpretado, claro está, a la luz de la Constitución Nacional y de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por nuestro país, porque así lo impone una correcta hermenéutica en respeto a la supremacía constitucional (esta Sala, “Echeverría, Naiara B. c. Guerra, Claudio A. y otros s/ daños y perjuicios”, 17/03/2016, Expte. N° 87.204/2012; “Cahe, Viviana E. c. Medela, Jorge A. y otro s/ cumplimiento de contrato”, 26/04/2016, Expte. N° 38.543/2013; “Daix, Odina E. c. Cencosud SA s/ daños y perjuicios”, 12/05/2016, Expte. N° 59.298/2011; entre muchos otros).

VI. El rechazo de la excepción de falta de legitimación activa planteada por la demandada.

Así planteados los agravios de los recurrentes, corresponde precisar que tal como lo han sostenido la doctrina y la jurisprudencia de manera homogénea, la legitimación procesal o legitimación en causa es “la consideración especial en que tiene la ley, dentro de cada proceso, a las personas que se hallan en una determinada relación con el objeto del litigio, y, en virtud de la cual exige, para que la pretensión procesal pueda ser examinada en cuanto al fondo, que sean dichas personas las que figuren como partes en tal proceso” (Guasp - Aragonese, *Derecho Procesal*, 4ª ed., tomo I, p. 177, citado en Fassi, Santiago C. y Maurino, Alberto L., *Código Procesal Civil y Comercial comentado, anotado y concordado*, 3ª ed., T. 3, p. 347). Por el contrario, hay falta de legitimación para obrar cuando el actor o el demandado no son las personas especialmente habilitadas por la ley para asumir tales cualidades con referencia a la concreta materia sobre la cual versa el proceso (CNCiv., sala K, sentencia del 06/09/2013 en autos “L., M. L. c. G., D. J. s/ nulidad de asamblea”).

En este caso, se debate la legitimación de la actora, Microsoft Corporation, para ser considerada parte de la litis, de allí que la cuestión gire en torno a la legitimación “activa”.

A su vez, al verter sus críticas en el memorial de fecha 09/11/2020, el Dr. P. ha tachado de “infundada” y “contradictoria” la decisión de mi colega de grado sobre este punto, afirmando que el considerando III de la sentencia de primera instancia “solo se limita a citar el art. 118 de la Ley General de Sociedades” con una cita explicativa de doctrina, y “un único párrafo de elaboración propia”.

Si bien no comparto esa valoración del fallo recurrido por parte del letrado apoderado de la empresa accionada, a fin de dar satisfacción a su pretensión de una mayor funda-

mentación para la decisión de esta cuestión, procuraré explicar precisa y pormenorizadamente por qué la excepción de falta de legitimación activa no debe prosperar en este caso concreto.

En primer lugar, debe partirse de la base de que la actuación en la República Argentina de una sociedad mercantil constituida en el extranjero constituye una categoría captada por el Derecho Internacional Privado, al ponerse en contacto los ordenamientos jurídicos de —al menos— dos Estados diferentes: el del lugar de constitución de la persona jurídica, en este caso los Estados Unidos de América, y el de nuestro país, donde ha promovido la demanda que dio origen a estas actuaciones.

Como corolario de ello, el primer paso del análisis consiste en examinar si existe algún tratado internacional vigente en el ordenamiento jurídico argentino, con vocación para regir la cuestión que aquí se debate. Tal verificación, lo aclaro, debe efectuarse aun cuando el primer juzgador no lo hubiera hecho en su sentencia ni los recurrentes lo hubiesen solicitado en sus memoriales, puesto que en nuestro sistema jurídico los convenios internacionales tienen jerarquía superior a las leyes (art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional) y su falta de aplicación por los tribunales judiciales en los casos en que corresponde podría hacer incurrir a la República Argentina en responsabilidad internacional.

De todos modos, ocurre que EE.UU. no se ha obligado por la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles, adoptada en Montevideo, Uruguay en el año 1979, en la Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, y aprobada por nuestro país por la ley 22.921. Por otro lado, el país norteamericano tampoco es parte del Tratado de Derecho Comercial Internacional de Montevideo de 1889 ni del Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional de Montevideo de 1940.

En consecuencia, descartada la eventual aplicación, en este caso concreto, de un tratado internacional que rija la materia, corresponde pasar al examen de la normativa de fuente interna o nacional, que resulta ser la Ley General de Sociedades.

En efecto, la ley 19.550 dedica la Sección XV del Capítulo I a “la sociedad constituida en el extranjero”, y a través de siete preceptos (artículos 118 a 124) regula diversos aspectos relativos a la actuación extraterritorial de las sociedades foráneas.

Ahora bien, cada uno de esos artículos, e incluso las tres partes que componen el primero de ellos, captan presupuestos de hecho claramente diferenciados, para los cuales —naturalmente— la solución es también distinta. De allí la relevancia de identificar y precisar perfectamente cuál es la cuestión a examinar y resolver: a modo de ejemplo, si estuviera en discusión la existencia de la sociedad extranjera, debería recurrirse al primer párrafo del art. 118 de la LGS, que lleva a su vez al intérprete a buscar la solución en el derecho vigente en el país donde se hubiera constituido la sociedad (las normas de este tipo, que extraen la solución del caso multinacional de un ordenamiento jurídico ab initio indefinido y al que solo se llega a través de un “punto de conexión”, son típicas del Derecho Internacional Privado y se conocen técnicamente como “normas indirectas” o “norma de conflictos”). En cambio, si el punto en debate fuese la responsabilidad del representante de la sociedad constituida en el extranjero, la regulación jurídica material de esa cuestión no debería indagarse en ningún ordenamiento jurídico extranjero, pues la prevé directamente el art. 123 de la LGS al establecer que el representante contrae las mismas responsabilidades que los administradores de las sociedades argentinas y, de

tratarse de un tipo societario no reglamentado en nuestro país, las de los directores de sociedades anónimas (tal es una “norma directa” o “norma material” de Derecho Internacional Privado).

En definitiva, las explicaciones precedentes resultan importantes para fundar este punto de mi voto, puesto que —como lo he dicho— el primer paso para la correcta resolución de un caso de Derecho Internacional Privado lo determina la selección de la norma con vocación de aplicarse al caso concreto.

En esta inteligencia, según el art. 118, segundo párrafo de la ley 19.550, la sociedad constituida en el extranjero “se halla habilitada para realizar en el país actos aislados y estar en juicio”.

Desde mi punto de vista, resulta claro que el precepto contempla dos hipótesis bien diferenciadas, y que en este supuesto se verifica la segunda. La discusión relativa a los “actos aislados” que puede llevar a cabo en la Argentina una sociedad extranjera es muy interesante en la doctrina y en la jurisprudencia, pero no resulta aplicable a la excepción deducida en esta controversia: el punto que aquí se debate es si la sociedad extranjera (Microsoft Corporation) está habilitada para estar en juicio en nuestro país. Y al tratarse de una cuestión netamente jurídica como lo es la dilucidación de un planteo defensivo a la luz de la norma (o la parte de la norma) que corresponde aplicar, en función del principio *iura curia novit*, este Tribunal se encuentra habilitado para encuadrar la materia en el precepto correcto, con independencia de los fundamentos invocados en el fallo apelado y/o en los escritos de expresión de agravios.

En función de todo lo que hasta aquí llevo dicho, queda pues evidenciado por qué debe rechazarse la excepción de falta de legitimación activa opuesta por la demandada. Ello es así, porque trata de la solución literalmente dispuesta por el art. 118, segundo párrafo, segunda hipótesis de la LGS: las sociedades constituidas en el extranjero se hallan habilitadas para estar en juicio en el país. Y nótese, a su vez, que la norma no dice “para ser demandada” o “para ser emplazada en juicio”, sino “para estar en juicio”, por lo que ningún obstáculo existe en aplicarla a este litigio, en el que la sociedad extranjera actúa como parte actora.

Finalmente, habré de destacar que el temperamento que propongo adoptar se encuentra acorde a la más calificada doctrina: “el principio del pleno reconocimiento extraterritorial de la personalidad jurídica de las sociedades extranjeras para estar en juicio es captado por el art. 118 de la LS mediante una norma material que consagra claramente esa idea como solución sustancial. Ello implica, como consecuencia necesaria, la personería y capacidad del ente a efectos de presentarse y estar en juicio como parte actora y demandada en defensa de sus derechos, sin necesidad de cumplir recaudo previo alguno” (Uzal, María Elsa, *Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, LA LEY, 2016, p. 778).

En consecuencia, no son en modo alguno exigibles —tal como lo sostuvo el Dr. P.— los estrictos requisitos contemplados en el art. 124 de la ley societaria: esta norma internacionalmente imperativa solo se aplica a la sociedad extranjera “que tenga su sede en la República o su principal objeto esté destinado a cumplirse en la misma”, y es evidente que Microsoft Corporation no está encuadrada en ninguna de esas dos categorías.

En conclusión, estimo que las consideraciones desarrolladas en los párrafos precedentes constituyen una fundamentación más que suficiente de la decisión que corresponde adoptar sobre este aspecto del fallo apelado, y de allí que propondré a mis colegas de Sala rechazar la queja en estudio y confirmar —aun-

que por otros fundamentos— la desestimación de la excepción de falta de legitimación activa deducida por Mattina Hnos. SAC.

VII. La indemnización adeudada a la actora por el valor de los productos indebidamente utilizados por Mattina Hnos. SAC.

Desde mi punto de vista, el recurso de apelación interpuesto por la demandada bien podría declararse desierto en cuanto solicitó la declaración de nulidad de la prueba anticipada llevada a cabo en el expediente N° 71.825/2010, puesto que el art. 265 del Código Procesal dispone en su primera parte que “el escrito de expresión de agravios deberá contener la crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considere equivocadas”, y de la lectura de los cuatro párrafos que integran los acápites VIII y IX del memorial de agravios resulta sumamente dudoso que la recurrente hubiera alcanzado a satisfacer ese estándar legal.

No obstante, en numerosos pronunciamientos desde mi integración a esta Sala he procurado aplicar con interpretación restrictiva la exigencia del referido art. 265 del Código Procesal, con la finalidad de no propiciar excesivos rigorismos formales y resguardar el derecho de defensa y de acceso a la jurisdicción de los litigantes.

Sin perjuicio de ello, ocurre que el apelante fundó la supuesta nulidad de la prueba anticipada en su pretense carácter “cuanto menos dudoso”, sin explicitar siquiera una sola razón por la cual el procedimiento —regularmente llevado a cabo en el marco de una causa judicial— hubiera revestido esa característica. A renglón seguido, señaló que dicha prueba se efectuó “en un juicio sin iniciar”, aspecto cuya mención por el Dr. P. resulta francamente sorprendente, ya que por su propia naturaleza —e incluso su propio nombre— la prueba anticipada antecede al juicio principal. También es falso que “no se daba ninguno de los requisitos de procedencia” de dicha medida, cuyo cumplimiento surge de la simple lectura del expediente conexo, y cuestión que, a todo evento, se encuentra absolutamente firme y precluida en esta etapa de las actuaciones.

Finalmente, indicó que, “sumado a ello, la actora es una sociedad extranjera no inscripta”, extremo cuya invocación como requisito para litigar en nuestro país es errónea (me remito al considerando anterior) y que, además, resulta por completo irrelevante en cuanto se refiere a los derechos que le asisten a la demandante y a las acciones con las que cuenta para ejercerlos. En este punto, dado el tenor de la crítica vertida por el letrado apoderado de la demandada, me parece conveniente recordar que el derecho a la tutela judicial efectiva constituye un derecho humano y fundamental de toda persona física o jurídica, nacional o extranjera, en igualdad de condiciones y sin discriminación de ninguna índole.

Una vez zanjado este punto y confirmada la procedencia del presente rubro de la cuenta resarcitoria, me abocaré a examinar la queja de la actora en lo atinente a la cuantificación del ítem.

Adelanto que, a mi modo de ver, asiste razón a Microsoft Corporation en este aspecto del caso sometido a decisión del Tribunal.

Para decidir de esa manera, parto de la base de lo informado por el perito ingeniero en sistemas informáticos designado de oficio en estas actuaciones, quien constató los siguientes programas de Microsoft instalados en computadoras de la demandada sin la correspondiente licencia: 35 copias de “Microsoft Windows XP Professional”, con un valor de U\$S 207,50 más IVA cada una; 1 copia de “Microsoft Windows 2000”, con un valor de U\$S 207,50 más IVA; 11 copias de “Microsoft Office Professional 2003”, con un valor

de U\$S 746,50 más IVA cada una; 1 copia de “Microsoft Office Professional Plus 2010”, con un valor de U\$S 746,50 más IVA; 7 copias de “Microsoft Visual Studio 6.0”, con un valor de U\$S 605 más IVA cada una; 2 copias de “Microsoft Visual Studio 8.0”, con un valor de U\$S 605 más IVA cada una; y 1 copia de “Microsoft SQL Server”, con un valor de U\$S 1090 más IVA (fs. 694/695), todo lo cual arroja el monto total de U\$S 22.963 + IVA.

Resulta cierto que el art. 477 del Código Procesal encomienda a los jueces estimar la fuerza probatoria del dictamen pericial teniendo en cuenta la competencia del perito, los principios técnicos en que se funda, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica y los demás elementos de convicción que ofrezca la causa, actividad que no constituye de un procedimiento mecánico, pues ello implicaría, en definitiva, dar a los peritos la facultad de fallar, quedando limitado el contenido de la sentencia a una suerte de homologación (Fajre, José B., “Prueba pericial”, en Díaz Solimine, Omar L. (dir.), “La prueba en el proceso civil”, Buenos Aires, LA LEY, T. 1, p. 356 y ss.).

Sin embargo, en este litigio la accionada no ha logrado desvirtuar en modo alguno las conclusiones del Ing. P., brindadas en un informe particularmente completo, consistente y fundado en principios técnicos propios de su disciplina, como así también en las convincentes respuestas que dio a cada uno de los cuestionamientos que le fueron formulados. Nótese, a su vez, que el perito no constató la autenticidad del presupuesto elaborado por Comarsoft SRL y acompañado por la actora a fs. 26, y aun cuando hubiera sido así, lo cierto es que la opinión fundada del especialista designado de oficio tiene a mi juicio mayor fuerza de convicción que el precio al que hubiera podido comercializar sus productos una de las tantas firmas que venden programas de “Microsoft” con licencia.

Por último, habré de destacar que resultaría absolutamente injusto condenar a quien llevó a cabo una conducta ilícita —además, dolosa, pues quien instala *software* “pirateado” lo hace a sabiendas y con intención de producir ese resultado en la realidad— a abonar un precio menor al que debió haber pagado en su oportunidad. Adoptar un temperamento diverso implicaría contrariar la máxima “nemo auditur propriam turpitudinem allegans” y significaría, lisa y llanamente, un premio y un incentivo a un accionar intencionalmente contrario a derecho.

En función de todo lo expuesto, propondré rechazar la queja vertida por Mattina Hnos. SAC y admitir la planteada por Microsoft Corporation, fijando el quantum por esta partida en la suma de U\$S 22.963 más IVA, o bien la cantidad de pesos argentinos necesaria para adquirir ese monto según el tipo de cambio “dólar MEP” vigente al día del efectivo pago. Así lo voto.

VIII. El reclamo de restitución de ganancias obtenidas por la demandada.

Más allá de que, a mi juicio, el interés de la titular del derecho creditorio se ve indudablemente satisfecho en la medida en que la decisión que he propuesto adoptar en el considerando precedente constituye en este caso concreto una más que acabada tutela satisfactoria del crédito de la actora-acreedora, estimo que no corresponde que la demandada restituya las ganancias que habría obtenido gracias a la utilización de los programas de computación instalados sin licencia. En este sentido, comparto plenamente el criterio sostenido por mi colega de la Sala “G” de esta Cámara, el Dr. Carranza Casares, quien al votar en primer término en una causa análoga indicó que “más allá de que la reclamante no ha producido prueba que permita demostrar tales eventuales ganancias, causalmente vinculadas con el obrar ilegítimo, lo cierto es que

en nuestro derecho la regla es que se indemniza el valor del perjuicio sufrido por la víctima, no el beneficio obtenido por el agente que actuó en forma ilícita. El daño padecido es el límite del resarcimiento. El parámetro aceptable para cuantificar el lucro cesante por una infracción al derecho de autor consiste en estimar cuánto hubiese pagado por la licencia (...) El uso ilegítimo del software puede tener diversas consecuencias, pero no constituye a la firma que lo crea o comercializa en una suerte de socia de quien se sirve de él, a los efectos de participar en sus ganancias. En nuestro derecho no existe una previsión similar a la del parágrafo 504 (a) (1) del capítulo 5 de la norteamericana Copyright Law” (CNCiv., Sala G, “Microsoft Corporation c. Área 099 SA s/ daños y perjuicios”, fallo del 18/02/2019).

Por ello, dejo sentado mi voto en el sentido de rechazar esta queja de la actora y confirmar el rechazo de la partida decidido en la instancia anterior.

IX. Temeridad y malicia.

De la lectura del expediente conexo sobre prueba anticipada al que me he referido precedentemente, y en particular del acta que luce a fs. 81/82 y los anexos de fs. 83/119, surge que el día 3 de febrero de 2011, en presencia del oficial de justicia y en cumplimiento de una manda judicial, el Ing. P. comenzó a llevar a cabo la constatación en las computadoras y otros medios de almacenamiento de software que se encontraban en la sede de la empresa demandada, cuando a las 16:30 horas aproximadamente, se cortó el suministro eléctrico. Por ende, se decidió continuar la medida en otra fecha, dejándose constancia de que existían en el lugar 37 computadores, de las cuales alcanzaron a constatare 11. La medida se completó cuatro días más tarde el 7 de febrero, aunque en esta ocasión había una computadora menos en el lugar, es decir, 36 equipos en total.

Ahora bien, el especialista señaló en su dictamen que las computadoras que pudo verificar tenían instalado “Windows” el 6 de febrero de 2011, y que en esa misma fecha se había desinstalado el “Microsoft Office” e instalado el “Open Office”. Además, la demandada no facilitó, en ninguna de las dos oportunidades, las licencias de uso de los productos Microsoft que habría adquirido, ni las respectivas facturas de compra.

Por otra parte, también dijo el experto en las actuaciones principales que “...verifiqué que, al realizar la segunda constatación, casi el 100% de las computadoras que el perito no había peritado el primer día por el corte de luz, tenían instalado el sistema operativo con posterioridad a la primera constatación, el perito verificó nuevamente algunas computadoras que ya había constatado el primer día y encontró que las mismas no habían sido alteradas”. A su vez, localizó instalaciones de productos Microsoft con fecha posterior al momento en que se realizó la primera constatación (ver fs. 529/541).

Así las cosas, comparto la postura de la demandante en relación a la obstrucción por parte de Mattina Hnos. SAC, en forma deliberada y maliciosa, de la realización de la prueba anticipada ordenada en el respectivo expediente. Y es que además del corte de luz que impidió la continuación de la constatación, hecho que —por el preciso momento en el que ocurrió— podría inducir a sospechas, ha quedado cabalmente acreditado que la accionada maniobró para intentar borrar rastros del software que utilizaba ilícitamente, desinstalando los productos de Microsoft e instalando otros, dos días después de la primera constatación y antes de la segunda.

En estos términos, considero que la conducta obstruccionista de la demandada a la hora de cumplir con la manda judicial oportuna y regularmente dispuesta, da lugar a la multa solicitada por la recurrente, en los términos del art. 329 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, según el cual “cuando sin justa causa el interpelado no cumpliera la orden del juez en el plazo fijado, o diere informaciones falsas o que pudieren inducir a error o destruyere u ocultare los instrumentos o cosas cuya exhibición o presentación se hubiere requerido, se le aplicará una multa que no podrá ser menor de pesos cuarenta mil (\$40.000) ni mayor de pesos siete millones (\$7.000.000) sin perjuicio de las demás responsabilidades en que hubiere incurrido”.

Por ello, dejo sentado mi voto en el sentido de admitir este planteo de la accionante, admitiendo la sanción solicitada y fijándola en la suma de \$500.000, cifra que estimo prudencial y razonable en atención al monto por el que habrá de prosperar la demanda.

X. Intereses.

Finalmente, dado que el capital de condena en este caso concreto consiste en una suma de dinero fijada en dólares estadounidenses, juzgo equitativo modificar el temperamento adoptado sobre la tasa de interés en el fallo de primera instancia y disponer el cómputo de la tasa de interés del 6% anual.

Ello así, aun cuando no se hubieran vertido agravios concretos en materia de intereses, puesto que al haber propuesto en mi voto la modificación del signo monetario de la condena, computar la tasa activa de interés desde el año 2011, sobre un capital en moneda constante como lo es el dólar estadounidense, conllevaría en esta controversia un enriquecimiento sin causa a favor del actor y en un resultado final del pleito materialmente inequitativo.

En cambio, para el caso de demora en el pago de la multa que he propuesto fijar en el considerando anterior, en el plazo de diez días, propondré que se calculen a partir de entonces intereses moratorios según la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, de conformidad con la doctrina plenaria de esta Cámara Civil en los autos “Samudio de Martínez, Ladislao c. Transportes Doscientos Setenta SA”, del 20 de abril de 2009.

XI. Costas.

Resta, por último, examinar la crítica vertida por la demandada en torno a la imposición de las costas de primera instancia, las cuales solicitó sean cargadas en un 80% a su contraparte y en un 20% a Mattina Hnos. SAC.

Resulta procedente examinar la cuestión, dado que el art. 278 del Código Procesal expresamente faculta al tribunal de Alzada para decidir sobre los puntos omitidos en la sentencia de primera instancia si dicho pronunciamiento fue solicitado en la oportunidad de expresar agravios.

Pues bien: el Código Procesal establece que, como principio general, “la parte vencida en el juicio deberá pagar todos los gastos de la contraria, aun cuando esta no lo hubiese solicitado” (art. 68, primer párrafo del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). El hecho objetivo de la derrota rige como sustento para la imposición de condena en costas, pues la persona que promueve una demanda lo hace por su cuenta y riesgo, debiendo hacerse cargo de los gastos provocados a quien se vio constreñido a defenderse, si no quedó demostrada la necesidad de accionar (CS, Tucumán, Sala Lab. Cont. y Adm., 10/06/1997, LA LEY, NOA, 1998-847).

No ignoro que el propio Código Procesal prevé excepción a dicha regla: “el juez podrá eximir total o parcialmente de esta responsabilidad al litigante vencido, siempre que

encontrare mérito para ello, expresándolo en su pronunciamiento, bajo pena de nulidad” (art. 68, segundo párrafo). La imposición de costas a la parte vencida no reviste entonces el carácter de principio absoluto, pues el legislador ha adoptado el principio objetivo de la derrota atenuado, acordando a los magistrados la facultad de interpretar la regla con un grado de flexibilidad que queda librado a su prudente arbitrio, valorándose cada caso en particular (Barbieri, Patricia, comentario al art. 68 en Highton-Areán (dirs.), *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Concordado con los códigos procesales. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, T. 2, ps. 63/64).

No obstante, en el litigio sometido a consideración de esta Sala, no advierto razón alguna que justifique hacer una excepción a la regla general mencionada en el primer párrafo del presente considerando. Y aclaro que si bien la demanda prospera solo parcialmente, en mi opinión las costas deben ser soportadas íntegramente por la parte que se opuso negando la procedencia de la pretensión, ya que la litis resultó igualmente necesaria para el progreso de la acción y la fijación de las indemnizaciones que correspondieren otorgar (CNCiv., Sala M, en autos “Cortazzo, María E. c. Sociedad Anónima Expreso Sudoeste (SAES) y otro s/ daños y perjuicios” del 11/02/2008).

Por ello, propondré al Acuerdo de Sala fijar las costas de ambas instancias a cargo de la demandada, quien resulta sustancialmente vencida (art. 68, primera parte del Código Procesal).

## XII. Conclusión

Por todo lo expuesto, si mi voto fuera compartido, propongo al Acuerdo: 1) Confirmar el rechazo de la excepción de falta de legitimación activa interpuesta por la demandada, con costas (art. 68, primera parte y art. 69 del Código Procesal). 2) Fijar en U\$S 22.963 más IVA la indemnización adeudada a la actora por el valor de los productos indebidamente utilizados por Mattina Hnos. SAC. 3) Imponer a la accionada una multa de \$500.000, de conformidad con lo establecido en el considerando IX de mi voto (art. 329 del Código Procesal). 4) Disponer la liquidación de los intereses sobre el capital de condena según lo expresado en el considerando X de mi voto. 5) Confirmar el decisorio en lo demás que decidió y fue materia de agravios, con costas de ambas instancias a la demandada vencida (art. 68, primera parte del Código Procesal). Así voto.

El doctor *Liberman* dijo:

Se reitera en este acuerdo el debate suscitado hace un tiempo cuando resolviéramos en “Microsoft c. ELE Seguridad”.

La vocal preopinante fue también la Dra. *Iturbide*, el segundo fui yo y tercera la Dra. *Pérez Pardo*. Hice entonces una disidencia que a la postre resultó mayoritaria, referida al problema de las ganancias (o ahorros, si se quiere) ilícitamente obtenidas.

Reiteraré entonces casi todo lo expresado en ese momento.

Tuve oportunidad de tratar extensamente la cuestión en “Microsoft c. Anselmi”, como juez de primera instancia (RCyS, 2006-1099; AR/JUR/8755/2005), incluso desde el punto de vista del Análisis Económico del Derecho. Cuestión, como otras, tan bien abordada en su momento por Jorge Mayo (Mayo, Jorge A.: “El enriquecimiento obtenido mediante un hecho ilícito”, LA LEY, 2005-C, 1018).

Voy a hacer algunas analogías, algo exageradas, pero en línea con la cita del apreciado colega Carranza Casares. Digo: puesto en la balanza, ¿qué es más justo: poner al afecta-

do por el ilícito como una suerte de socio del que se beneficia con la ilicitud o disculpar al ladrón que, recién cuando lo pescaron, devolvió (Mattina todavía no lo hizo) el valor de lo robado? Contesto inicialmente que me parece más justo asociar al damnificado en la ganancia ilícita del ladrón.

Me explico: si alguien hurta o roba una cosa y la aprovecha usándola mucho tiempo hasta que lo pescan, ¿blanquea su hurto o robo con la sola devolución de la cosa? No, porque, como dice la ley, es un poseedor de mala fe, es un poseedor vicioso, y debe restituir los frutos y más.

Este ‘software’ ha sido desarrollado por la parte actora. Y la ley argentina (y otras muchas más) protege al dueño de esa propiedad intelectual.

Vuelvo al precedente del Juzgado 31 porque allí estudié bastante la cuestión.

Cito (ver RCyS, 2006-1101). “Modernamente la antijuridicidad de un acto no supone una infracción a deberes activos o de abstención tipificados en norma determinada, sino la no correspondencia de lo actuado o de la abstención con el ordenamiento jurídico visto como un todo. Además, daño injusto resarcible es aquel que lesiona intereses tutelables. El titular del interés emergente del derecho de autor es, en principio, el propio autor; en su caso, el titular de la propiedad intelectual.”

Esas apreciaciones se hacían durante la vigencia del Cód. Civil ley 340. El Cód. Civ. y Comercial, con un enfoque más actual y mejor sistematización, establece que “cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada” (art. 1717). La antijuridicidad está en el daño sufrido y no justificado. Ya en 1978 lo desarrollaba López Olaciregui (ver “Esencia y fundamento de la responsabilidad civil”, RCyS, 1999-957 y conclusiones en p. 970).

Sigo la cita. “Interés protegido típicamente por la ley penal argentina, la copia no autorizada de un programa de computación mal podría beneficiar al infractor limitando su deuda al solo pago del precio de mercado de los productos ilícitamente habidos. El interés afectado del titular de la propiedad intelectual o de su licencia no se agota en el pago extemporáneo del costo de la licencia o copia autorizada. Es más, el interés del propio ordenamiento jurídico excede ese estrecho límite.

“Contrariamente al encuadre que hace Pizarro acerca de este supuesto de “ilícito lucrativo” (ver en Pizarro y Vallespinos, op. cit., p. 246; conf. Zavala de González, Matilde, “Resarcimiento de daños”, T. 2-D, Daños a las personas, Hammurabi, Buenos Aires, 1996, p. 448 y ss.) entendiendo que las penas privadas pueden ser instrumento útil para “desmantelar los efectos de ciertos ilícitos” (p. 248), este tribunal entiende que no se trata de una “pena privada” sino de la mera y simple obligación de restituir la ganancia o ahorro obtenidos ilícitamente. Es más, en la especie no aparece problema alguno para determinar quién ostenta la legitimación activa, quién tiene el crédito pertinente: el titular del derecho autorral.

“Es tan de sentido común la pertinencia de la protección amplia de la propiedad intelectual, que negar la restitución de las ganancias ilícitas cohonestaría una conducta inmoral y contraria a la ética que debe presidir los negocios, y en general a la actuación de las personas en la vida de relación. Desde el punto de vista de la economía y el derecho, como señala Posner, aparece una justificación dinámica del derecho de propiedad de las ideas útiles llamadas inventos (Posner, Richard A., “El análisis económico del Derecho”, FCE, México, 2000, p. 43), y su regulación a través de un sistema de patentes o en su caso del “copyright”.

“Explicando el tema, en la doctrina española Díez-Picazo distingue el Derecho de daños del Derecho de enriquecimiento (Díez - Picazo, Luis: “Derecho de daños”, Civitas Ediciones, Madrid, 2000, p. 48). Citando a Castán Tobeñas, dice que la reparación del daño puede comprender el daño emergente o daño positivo y el *lucrum cessans*, en tanto que el enriquecimiento puede producirse por aumento del patrimonio o su no disminución (este último sería el caso de autos, un ahorro ilícito).

“Reconociendo que no siempre las fronteras de una acción de enriquecimiento y una de indemnización son claras, pone de relieve que cuando una persona obtiene o recibe bienes patrimoniales procedentes de la invasión de un derecho ajeno, aun cuando la invasión no sea culposa, existe una obligación de restituir (op. cit., p. 50). Luego de dar algunos ejemplos, pasa a citar una STS de 12 de abril de 1955, que resulta plenamente aplicable al Derecho argentino porque el fundamento, ya enunciado, es similar. Vale la transcripción por suscribir este tribunal los conceptos y, además, por la fina pluma y paralela fuerza. ‘Que muy nutrida doctrina científica repudia la tesis de que la *conditio* funcione siempre como norma subsidiaria de derecho, y aunque así no fuera, el resultado práctico sería el mismo, ya que a pesar de las múltiples manifestaciones que el Código civil contiene en punto al enriquecimiento ilícito, no hay norma legal ni consuetudinaria que en forma sistemática, general o específica gobierne la acción de enriquecimiento indebido, y así pasa a primer plano de fuente jurídica el principio de ‘que a nadie es lícito enriquecerse a costa de otro’, conocido, unánimemente, como derivación del derecho natural, por la legislación romana, por la tradición española, por la doctrina científica y por la jurisprudencia’ (p. 51).

“Este principio que veda engrandecer ilícitamente el patrimonio a costa de los derechos de otro es —también para el derecho argentino—, como señalara otra STS de 26/01/1956, no solo un principio general de derecho aplicable como fuente subsidiaria sino institución jurídica recogida en cantidad de preceptos legales. En ese orden de ideas, Vélez, citando a Marcadé, dice que el principio de equidad no permite enriquecerse con lo ajeno (nota al art. 784). El Código Civil, entre otras aplicaciones, prevé que quien recibe un pago de mala fe debe restituirlo con los intereses o frutos que hubiese producido o podido producir, considerando al ‘accipiens’ como poseedor de mala fe (art. 788). Correlativamente, este debe pagar los frutos percibidos y los que culpablemente hubiera dejado de percibir (art. 2438) e indemnizar al propietario los beneficios que este hubiera podido sacar de la cosa (art. 2439).

“Quien está en aptitud de usar una copia no autorizada de programas de computación no solo se sitúa en posición análoga al ‘poseedor de mala fe’, es ‘poseedor vicioso’ porque, al menos frente al titular o licenciado del ‘software’, ha llegado a esa aptitud usuaria clandestinamente o mediante abuso de confianza.

“Las normas civiles pertinentes a la posesión de cosas inmuebles y muebles son de plena aplicación, en tanto no haya disposiciones especiales, a los derechos de autor. Piénsese que, aun desde un punto de vista ‘patrimonialista’, las cosas y bienes inmateriales valorables integran el patrimonio (art. 2312); y las normas referidas a cosas son aplicables a la energía (art. 2311). Los derechos en general, los intelectuales entre ellos, generan relaciones obligacionales, en muchos casos, de abstención. Nuevamente: así como el poseedor de mala fe y el poseedor vicioso deben entregar lo percibido o lo que pudieron percibir, o quien recibe en pago de mala fe devuelve los frutos producidos o que pudo producir

la cosa, quien usa programas obtenidos ilícitamente está obligado a devolver los frutos producidos o que pudo producir, tanto sean ganancias o ahorros.

“Esta obligación de restitución nace del ordenamiento jurídico en general, la equidad, la buena fe, y puede verse como aplicación del principio que veda enriquecerse a costa de otro, pero no debe confundirse con el instituto del enriquecimiento sin causa regulado en el Cód. Civil: no ha menester un correlativo empobrecimiento del acreedor o que la medida de este sea el límite del deber de restitución. Cuando se utiliza indebida, ilícitamente, una cosa o bien de otro, una obra ajena, una idea, un invento, la imagen, intimidad u otros atributos de una persona, puede no haber empobrecimiento del titular, pero sí enriquecimiento del infractor.

“Aún desde una explicación del instituto que ya se ha visto no es compartida, Zavala de González, rescatando las pautas del elemental sentido común, refutando críticas usuales, señala que la resistencia ante la obtención de “daños lucrativos” por el damnificado es superada por la repulsa que suscita la retención de las ventajas obtenidas con dolo o desidia. Como regla, sostiene, la víctima no debe lucrar por el hecho ilícito, pero más irritante es que sea el dañador quien lucre y, adicionalmente, quede en situación que permita reiterar la actividad nociva y generadora de ventajas cimentadas en el mal ajeno (op. cit., ps. 452/3). Se hace cargo de las objeciones de Bustamante Alsina, hace pie en la unidad del derecho para soslayar un posible reenvío a jurisdicción penal para resolver acerca de estas penas privadas. Explica que soluciona un conflicto de Derecho privado: “impedir que el responsable lucre a costa del daño inferido a las víctimas que accionan”. Y concluye que “en realidad la indemnización punitiva no es entonces pura sanción, sino reposición de las cosas al estado anterior al hecho lesivo (art. 1083, Cód. Civil) en lo que se refiere a desmantelar los efectos de una actividad anti-jurídica” (p. 455), siendo siempre requisito la existencia de “ganancias ilícitas, así no se las demuestre cabalmente sino a nivel presuntivo” (p. 457).

“En fin, no hay pena privada. Esta simple obligación restitutoria, que nada tiene que ver con daños o condenaciones punitivas, y poco con la ‘actio in rem verso’, se configura con la prueba de “cualquier forma de apropiación o disfrute de utilidad ínsita en los derechos de otro, sin requerirse que se acredite una transferencia patrimonial” (Mayo, cit., LA LEY, 2005-C, 1021, y sus citas).

Como se habrá visto, creo —siguiendo al recordado Jorge Mayo en su excelente trabajo— que es una simple obligación de restitución y no una pena privada o una sanción punitiva.

Claro que, como en aquel precedente en que se demandaba a Anselmi, no ha prueba del ahorro o enriquecimiento de este demandado. Eso no quita que, como explicara la vez anterior, el juez puede establecer una cantidad de dinero haciendo uso de la facultad que acuerda el art. 165 del Código Procesal.

No se sabe cuánto tiempo usó la demandada ilícitamente estos programas “truchos” para su giro comercial. Es indudable que fue un buen tiempo.

Reitero que la parte actora no ha cuantificado este ahorro ilícito, lo que hace que el juez deba manejarse con suma prudencia. La demandada es una importante empresa “de proveeduría marítima”, con gran cantidad de personal, que —como dice en su respuesta— cumple funciones en casi todos los puertos marítimos de la Argentina.

Me parece mínimamente equitativo establecer la obligación restitutoria en un quince por ciento del importe de los programas, o

sea tres mil cuatrocientos cuarenta y cuatro dólares con 45 centavos (U\$S 3.444,45). Claro es, más intereses en la misma forma prevista en el primer voto.

Voto entonces en el mismo sentido que mi querida colega preopinante, pero me aparto y, revocando parcialmente la sentencia de grado, estimo que debería admitirse el rubro “restitución de ganancias ilícitamente obtenidas” y condenar adicionalmente a la demandada al pago de U\$S 3.444,45 más intereses en la forma explicada.

La doctora *Pérez Pardo* dijo:

Adhiero en general al voto de la doctora *Iturbide*, a excepción de lo vinculado al rubro “restitución de ganancias ilícitamente obtenidas”, en que adhiero al voto del doctor *Liberman*.

Vistos lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo precedentemente transcrito el tribunal decide: 1) Confirmar el rechazo de la excepción de falta de legitimación activa interpuesta por la de-

mandada, con costas. 2) Fijar en U\$S 22.963 más IVA la indemnización adeudada a la actora por el valor de los productos indebidamente utilizados por *Mattina Hnos. SAC*, y en U\$S 3.444,45 el resarcimiento en concepto de restitución de ganancias ilícitamente obtenidas. 3) Imponer a la accionada una multa de \$500.000, de conformidad con lo establecido en el considerando IX del voto de la Dra. *Iturbide*. 4) Disponer la liquidación de los intereses según lo expresado en el considerando X del voto de la Dra. *Iturbide*. 5) Confirmar el decisorio

en lo demás que decidió y fue materia de agravios, con costas de ambas instancias a la demandada vencida. Difiérase la regulación de honorarios de *Alzada* hasta tanto sean fijados los de la instancia anterior. Regístrese, notifíquese y devuélvase. Hácese saber que la eventual difusión de la presente sentencia está sometida a lo dispuesto por el art. 164. 2º párrafo del Código Procesal y art. 64 del Reglamento para la Justicia Nacional. — *Gabriela A. Iturbide* (en disidencia parcial). — *Víctor F. Liberman*. — *Marcela Pérez Pardo*.

## Panorama | Corte Suprema

### Cosa juzgada írrita

La arbitrariedad atribuida a la sentencia apelada por haberse aplicado en ella el plazo previsto en el art. 4023 en lugar del 4030 del Cód. Civil, solo traduce el desacuerdo con el criterio adoptado por el tribunal superior respecto de normas de derecho común, fundado en razones que, al margen de su acierto o error y dada la ausencia de norma expresa que regule dicha cuestión en el ámbito de las acciones como la entablada en el caso —acción de nulidad por cosa juzgada írrita—, acuerdan sustento bastante a su decisión sobre la base de una interpretación posible de las disposiciones legales en juego y lo ponen a resguardo de la tacha de arbitrariedad invocada (del dictamen de la Procuración General que la Corte hace suyo).

**CS, “Aban de Ituarte, Francisca América c. Estado Provincial y otros s/acción autónoma de nulidad de cosa juzgada írrita y formal”, 27/05/2021.**

Cita on line: AR/JUR/55579/2021

### Pedido de informes en cuestiones ambientales

La Corte Suprema, como custodio que es de las garantías constitucionales, y con fundamento en la Ley General del Ambiente, requiere a la Provincia de San Juan que, en el plazo de 30 días, informe todas las actuaciones administrativas relativas a la ejecución de la obra “El Tambolar”, en particular lo vinculado con los distintos aspectos ambientales del referido emprendimiento; y todo lo relativo a los aspectos previstos en el art. 8º de la LGA y que tuviesen relación con la Cuenca del Río Desaguadero-Salado-Chadileuvú-Curacó-Colorado, en particular, sobre las instancias de participación pública.

**CS, “La Pampa, Provincia de c. San Juan, Provincia de y otro (Estado Nacional) s/amparo ambiental”, 27/05/2021.**

Cita on line: AR/JUR/55568/2021

### Causas que no corresponden a la competencia originaria de la Corte Suprema

Es ajena a la competencia originaria de la Corte la acción por la cual la Provincia de Mendoza pretende obtener la recomposición ambiental del daño provocado a la especie protegida *cóndor andino*, declarado monumento natural provincial por la ley 6599 de Mendoza, pues se trata de un asunto de derecho ambiental de carácter local, que se rige sustancialmente por el derecho público de esa Provincia y de competencia de las autoridades provinciales, de conformidad con los arts. 41, párr. 3º y 121 y sigtes. de la Constitución Nacional (del dictamen de la Procuración General que la Corte hace suyo).

**CS, “Mendoza, Provincia de c. Valle de Las Leñas SA y otros s/acción por daño ambiental”, 27/05/2021.**

Cita on line: AR/JUR/55663/2021

### Compensación por pérdida sufrida en los ingresos por coparticipación tributaria

La acción que promueve la Provincia de San Luis contra el Estado Nacional a los fines de que se declare la inconstitucionalidad del dec. 566/19, y se lo condene a pagarle la suma que resulte compensatoria por la pérdida sufrida en los ingresos por coparticipación tributaria, en atención a la naturaleza de las partes que han de intervenir en el pleito, corresponde a la competencia originaria de la Corte Suprema (del dictamen de la Procuradora Fiscal que la Corte hace suyo).

**CS, “Provincia de San Luis c. Estado Nacional s/ incidente de medida cautelar”, 27/05/2021.**

Cita on line: AR/JUR/55720/2021

### Competencia federal. Litigios que involucran a las empresas de medicina prepaga

Si el objeto del litigio conduce, *prima facie*, al estudio de obligaciones impuestas a las empresas de medicina prepaga por la ley 26.682, más allá de la relevancia de los aspectos contractuales y de consumo eventualmente involucrados, resulta aplicable la doctrina según la cual los litigios que versan, en último término, sobre situaciones alcanzadas por reglas federales deben tramitarse ante ese fuero por razón de la materia (del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte hace suyo).

**CS, “S., S. I. c. SIMECO s/amparo de salud”, 27/05/2021.**

Cita on line: AR/JUR/55658/2021

Corresponde dejar sin efecto el auto que denegó el recurso extraordinario, debiendo remitirse las actuaciones al tribunal de origen para que se agoten las medidas tendientes a hacer efectivo el traslado a la defensa de los sujetos por quienes fueron dictadas las resoluciones judiciales cuyo carácter de cosa juzgada se intenta poner en discusión, toda vez que se advierte que durante el transcurso de la tramitación del recurso de revisión en la instancia anterior nunca se confirió intervención a las personas que podrían resultar afectadas por la pretensión sostenida por el Ministerio Público.

**CS, “Gallo, Roberto y otro s/incidente de recurso extraordinario”, 20/05/2021.**

Cita on line: AR/JUR/36489/2021

### Compensaciones al consumo interno. Establecimiento *feed-lot*

Si el juez de primera instancia consideró que había concluido su competencia para decidir el caso, dado el rechazo de la solicitud de compensaciones al consumo interno para un establecimiento dedicado al engorde de ganado bovino a corral (*feed-lot*), con fundamento en que, al momento de su

presentación, registraba deuda con la AFIP, en concepto de Impuesto a las Ganancias, incumpliendo con el requisito previsto en el art. 4º de la res. 1378/2007, es inoficioso un pronunciamiento de la Corte Suprema sobre la cuestión que —como federal— promueve la demandada en el recurso extraordinario.

**CS, “Goti, Alfredo Leonardo y otro c. EN - Mº Economía - ONCCA (resol. 1378/07 Mº AGP) y otros s/proceso de conocimiento”, 20/05/2021.**

Cita on line: AR/JUR/36513/2021

### Pandemia y libertad de circulación

Con el dictado de la medida cautelar, en el caso, ha quedado materialmente satisfecha la pretensión esgrimida —ingreso a la provincia de Formosa— y, en consecuencia, no se verifica actualmente la presencia de un interés jurídico inmediato o directo que dé lugar a una controversia actual y concreta y, sobre esta base insoslayable, que se presente un asunto apto de ser juzgado y definido por la Corte Suprema en la instancia originaria con sustento en el art. 117 de la Ley Suprema.

**CS, “Lee, Carlos Roberto y otro c. Consejo de Atención Integral de la Emergencia COVID-19 Provincia de Formosa s/amparo - amparo colectivo (expediente digital)”, 20/05/2021.**

Cita on line: AR/JUR/36705/2021

### Recurso extraordinario, arbitrariedad e instancias extraordinarias locales

Es arbitraria la sentencia que desestimó la presentación directa interpuesta contra la resolución declaró inadmisibles el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley con fundamento en la supuesta equivocación en que la defensa habría incurrido al invocar el art. 433 del ordenamiento procesal penal local, pues no evaluó el cumplimiento de las exigencias que, más allá de esa cita normativa, regían la queja, ni atendió a la sustancia de los planteos formulados, lo cual configura un exceso ritual susceptible de frustrar la garantía de la defensa en juicio (del dictamen de la Procuración General que la Corte hace suyo).

**CS, “Moreyra, Roberto Carlos s/recurso de queja en causa nº 23.835 de la Cámara de Apelaciones y Garantías en lo Penal, Sala III de La Plata”, 20/05/2021.**

Cita on line: AR/JUR/36655/2021

### Descanso dominical obligatorio. Constitucionalidad de normas municipales

La ordenanza 1660/2014 de la Municipalidad de Arroyito —prohibición de apertura de supermercados los días domingo— no es irrazonable o desproporcionada, pues se encuentra orientada a la consecución de fines constitucionalmente válidos y de

competencia material del municipio (tales como el fortalecimiento del vínculo familiar, la protección de pequeños y medianos comerciantes sin afectar negativamente los márgenes de ganancias de los supermercados, y los intereses de los consumidores) y guarda proporcionalidad con tales fines, sin que se encuentre afectado el contenido esencial de la libertad de comercio, al habilitarse su ejercicio pleno en los restantes horarios disponibles.

**CS, “Shi, Jinchui c. Municipalidad de la Ciudad de Arroyito s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, 20/05/2021.**

Cita on line: AR/JUR/36702/2021

### Exportación para consumo

A la luz de lo dispuesto por los arts. 726 y 728 del Cód. Aduanero, la alícuota que resulta de aplicación a los derechos de exportación es aquella que, a la fecha del registro de la solicitud de destinación de exportación para consumo, surge de la fórmula establecida por el art. 4º de la resolución (MEyP) 394/07, habiendo cumplido con los dos pasos previos allí establecidos: la fijación del precio internacional (Pi) por parte de la Secretaría de Energía y su consideración en la fórmula por parte de la DGA (arts. 7º y 8º del reglamento) (del dictamen de la Procuración General al cual remite el voto en disidencia de los Dres. Rosenkrantz y Maqueda. La Corte, por mayoría, declaró inadmisibles el recurso extraordinario por aplicación del art. 280 Cód. Proc. Civ. y Com.).

**CS, “Sinopec Argentina Exploration and Production Inc (TF 32557-A) c. DGA s/recurso directo de organismo externo”, 20/05/2021.**

Cita on line: AR/JUR/36579/2021

### ISIB. Alícuotas diferenciales más gravosas

La medida cautelar tendiente a que ARBA se abstenga de reclamar y/o ejecutar la diferencia del impuesto ISIB resultante de aplicar alícuotas diferenciales más gravosas; intereses, accesorios, recargos y multas; trabar cualquier medida sobre su patrimonio; y catalogar a la sociedad actora como contribuyente de alto riesgo fiscal, hasta tanto se dicte sentencia definitiva, debe ser rechazada. Los elementos considerados hasta el momento no permiten tener por configurados los presupuestos de admisibilidad, en particular, el peligro irreparable en la demora, ya que la accionada no ha iniciado procedimiento de verificación alguno tendiente a determinar la existencia de una deuda con sustento en el lugar de radicación del establecimiento productivo de la sociedad demandante por los ejercicios fiscales aquí involucrados.

**CS, “Coca Cola FEMSA de Buenos Aires S.A. c. Buenos Aires, Provincia de s/acción declarativa de certeza”, 13/05/2021.**

Cita on line: AR/JUR/19959/2021

**Requisitos del recurso de queja. Depósito previo**

Corresponde que la recurrente integre el depósito establecido en el art. 286 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, toda vez que la sentencia que ella acompaña no da cuenta del otorgamiento del beneficio de litigar sin gastos, sino que el juez local no examinó la situación patrimonial de la actora limitándose a señalar que, conforme la normativa provincial, no correspondía el pago del "impuesto de justicia".

**CS, "Cooperativa de Trabajo Perfil Limitada c. Gobierno de la Provincia de Mendoza s/ acción inconstitucional", 13/05/2021.**

Cita on line: AR/JUR/19977/2021

**Pandemia y requisitos del recurso de queja. Depósito previo**

El pedido de los recurrentes de que se deje sin efecto las intimaciones a efectuar el depósito previsto por el art. 286 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, ya que por "orden del Poder Ejecutivo", las empresas estuvieron cerradas desde marzo del 2020; y por ello carecen del dinero necesario para afrontar el monto, resulta inatendible. La obligación que impone el art. 286 solo cede respecto de quienes se encuentran exentos de pagar el sellado o tasa de justicia, según las disposiciones de las leyes nacionales respectivas, esto es, de aquellos que se encuentran comprendidos en el art. 13 de la ley 23.898 y en las normas especiales que contemplan excepciones a tales tributos, inclusión que debe ser expresa e interpretada con criterio restrictivo; circunstancia que no se verifican en los casos.

**CS, "Dino Mattioli S.A.I.C. s/incidente de revisión de crédito", 13/05/2021.**

Cita on line: AR/JUR/19957/2021

**Convenio Colectivo de Trabajo. Derecho a la permanencia en el empleo**

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 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, celebrado durante el proceso de reorganización administrativa del RENATEA, declarado formalmente por el Poder Ejecutivo mediante el decreto 1014/2016 (del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte hace suyo).

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

Cita on line: AR/JUR/19827/2021

**Ejecución fiscal. Juez competente**

Resulta prematura la declaración de incompetencia del Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad

de Buenos Aires para entender en la ejecución fiscal promovida por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires contra el Estado Nacional (UBA) en la medida en que no ha sido citada aún la entidad nacional a la que se pretende ejecutar, por lo que corresponde continuar con el trámite de las actuaciones ante el Juzgado donde fueron iniciadas.

**CS, "Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c. Estado Nacional (Universidad de Buenos Aires) s/ejecución fiscal", 13/05/2021.**

Cita on line: AR/JUR/19950/2021

**Extradición**

Es procedente la extradición por los cargos de conspiración para cometer fraude electrónico y fraude electrónico, pues contrariamente a lo sostenido por la defensa, los antecedentes acompañados por el país requiriente incluyen una relación sumaria de los hechos del delito, de acuerdo a las exigencias del art. 8º del tratado bilateral que rige este trámite, aprobado por la ley 25.126, sin que se advierta la falta de precisión sobre lo que la parte denomina *límite de la acusación y/o hechos concretos de la imputación extranjera*, a partir de lo que afirma habría sido la utilización indistinta de "la terminología hurtar, robar y defraudar", en tanto se observa que las expresiones "hurtar" y "robar" habían sido vertidas para describir la investigación contra el requerido como una maniobra de fraude dirigida a la apropiación indebida de fondos públicos por medios fraudulentos.

**CS, "Lazzari, Derval s/ extradición", 13/05/2021.**

Cita on line: AR/JUR/19810/2021

**Impuestos y medidas cautelares**

La medida cautelar solicitada por una tabacalera que suspendió la aplicación del "monto mínimo" del gravamen establecido para la comercialización del tabaco, en sus distintas variantes, en los arts. 103, 104 y 106 de la ley 27.430, debe ser revocada, pues la actora no ha logrado acreditar, si quiera en principio, el peligro irreparable en la demora que el pago del impuesto interno de acuerdo a la normativa impugnada le produciría, ya que ni siquiera ha alegado —y mucho menos demostrado— que se torne imposible o improbable la continuación de sus actividades en el futuro, en la forma como lo ha hecho hasta ahora, hasta obtener una sentencia final favorable a su derecho (del dictamen de la Procuradora Fiscal que la Corte hace suyo).

**CS, "Tabacalera Sarandí S.A. c. EN - AFIP - DGI s/proceso de conocimiento", 13/05/2021.**

Cita on line: AR/JUR/19968/2021

**Hábeas corpus colectivo**

La decisión impugnada pretende clausurar el proceso de hábeas corpus colectivo como tal, sin haber ponderado el impacto que las medidas practicadas por la Corte local habrían tenido, en función de la complejidad de los objetivos fijados en "Verbitsky" —Fallos: 328:1146 AR/JUR/159/2005—, y sin explicitar de qué manera fue evaluada la eficacia de su implementación, en relación con la permanencia de la situación generadora del conflicto relativo a la superpoblación carcelaria. El juez *a quo* se ha apartado

de la dimensión acordada a la estructuración del proceso de ejecución de la primigenia sentencia emitida en la causa, en cuanto se le encomendó una tarea que debería mantenerse vigente mientras persistan las condiciones carcelarias que obligaron a la firme intervención de la Corte Federal; circunstancia esta última que, a pesar de su trascendencia, no ha sido aclarada en ningún sentido en la decisión que se examina.

**CS, "Verbitsky, Horacio s/hábeas corpus", 13/05/2021.**

Cita on line: AR/JUR/19749/2021

**Sanción de expulsión contra el residente**

Si un residente de segundo año, a pesar de sus incipientes conocimientos sobre la materia, efectuó guardias hospitalarias por fuera del sistema establecido por la asociación que nuclea a médicos anestesiastas, en forma distinta de los restantes médicos sancionados con suspensión, que se encontraban cursando años superiores, la sentencia que revocó la sanción de expulsión impuesta debe ser dejada sin efecto, pues las afirmaciones de la Cámara no constituyen un pronunciamiento debidamente fundado sobre el mérito de las circunstancias comprobadas de la causa.

**CS, "Ziella, Adriana Inés c. Asociación de Anestesia Analgesia y Reanimación de Buenos Aires (AAARBA) s/amparo", 13/05/2021.**

Cita on line: AR/JUR/19849/2021

**Impuesto a las ganancias y arbitrariedad de sentencia**

Es arbitraria la sentencia que frente a su explícito planteo relativo a la improcedencia de la retención efectuada por el organismo previsional, en concepto de Impuesto a las Ganancias sobre su retroactivo por el reajuste de su haber previsional, omitió brindar toda respuesta con relación al punto, a pesar de que se trataba de un agravio cuya consideración resultaba conducente.

**CS, "García Blanco, Esteban c. ANSeS s/ reajustes varios", 06/05/2021.**

Cita on line: AR/JUR/12194/2021

**Nulidad del auto de concesión del recurso extraordinario**

Corresponde declarar la nulidad del auto de concesión del recurso extraordinario toda vez que el tribunal *a quo* eludió el necesario examen de los recaudos previstos en el reglamento aprobado por la Acordada 4/2007, soslayando la valoración y decisión categórica y circunstanciada sobre la admisibilidad de la apelación federal.

**CS, "Ontiveros Flores, Rosalinda Vaneza s/incidente de recurso extraordinario", 06/05/2021.**

Cita on line: AR/JUR/12230/2021

**Expulsión de extranjeros**

La causal impeditiva para la permanencia en el país que justificó la orden de expulsión expresada por la Dirección Nacional de Migraciones no pudo ser reemplazada en sede judicial por una distinta, que ni siquiera fue considerada por la autoridad administrativa. La determinación de las razones que obstan a la permanencia de un migrante en el país corresponde, según la ley 25.871, a la autoridad migratoria. En consecuencia, la legalidad de esa decisión solo debe juzgarse con base en los motivos que expresa y no en otros.

**CS, "Roa Restrepo, Henry c. EN - M Interior OP y V - DNM s/recurso directo DNM", 06/05/2021.**

Cita on line: AR/JUR/15609/2021

**Aplicación de la doctrina plenaria y arbitrariedad de sentencia**

Es arbitraria la sentencia que rechazó la pretensión de responsabilizar a la code mandada en una acción por despido mediante la dogmática afirmación de que la actora se limitaba a invocar una doctrina plenaria, sin dar respuesta a la argumentación volcada por la demandante, con base en el contenido mismo de esa doctrina, que procuró poner de manifiesto que la extinción del contrato de trabajo con su empleadora era irrelevante para la procedencia de la condena solidaria de la code mandada restante; ello, por cuanto, en el fallo plenario invocado se estableció que el adquirente de un establecimiento en las condiciones previstas en el art. 228 de la LCT es responsable por las obligaciones del transmitente derivadas de relaciones laborales extinguidas con anterioridad a la transmisión.

**CS, "Romero, Gisela Denisa c. Formatos Eficientes S.A. y otros s/despido", 06/05/2021.**

Cita on line: AR/JUR/12480/2021

**Clases presenciales en CABA**

En el examen de legalidad del art. 10 *in fine* del DNU 235/2021, a partir de su modificación por el art. 2º del DNU 241/2021, la falta de justificación suficiente para ejercer una competencia sanitaria que alcance a suspender la modalidad presencial de la educación en la Ciudad deja al descubierto que, en este caso, el Estado Federal en lugar de ejercer una atribución propia, invadió una que le resulta ajena.

**CS, "Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c. Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", 04/05/2021.**

Cita on line: AR/JUR/11763/2021

Cita on line: AR/DOC/1667/2021

**Edictos**

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nº 8, secretaría Nº 15, sito en Libertad 731 7º piso de esta ciudad, informa que ALVARO GUEVARA SOLANO de nacionalidad costarricense

se con DNI 95.887.072 ha iniciado los trámites tendientes a obtener la ciudadanía argentina. Por ello cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que estimara podría obstar a dicha

concesión, deberá hacerlo saber a este Juzgado. Publíquese por dos días.

Buenos Aires, de abril de 2021  
Felipe J. Cortés Funes, sec.  
LA LEY: I. 14/06/21 V. 15/06/21

