

# JA

## JURISPRUDENCIA ARGENTINA

DIRECTOR:  
**LUIS DANIEL CROVI**

Bs. As., 15/09/2021

2021 - III  
fasc. 12

ISSN 2545-6261

 **INCLUYE  
VERSIÓN DIGITAL**

**ABELEDOPERROT**

ISSN: 2545-6261

RNPI: 5074812

Todos los derechos reservados

© **ABELEDOPERROT S.A.**

**Dirección, administración y redacción**

Tucumán 1471 (C1050AAC)

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

**Ventas**

CASA CENTRAL

Tucumán 1471 (C1050AAC)

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

LOCAL I FACULTAD DE DERECHO - UBA

Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB)

Tel. / Fax: 4806-5106

Atención al cliente: 0810-266-4444

Buenos Aires - Argentina

*Hecho el depósito que establece la ley 11.723.*

*Impreso en la Argentina. Printed in Argentina.*

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

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

## **DIRECCIÓN ACADÉMICA**

Mónica Pinto

## **COMITÉ HONORARIO**

Agustín Gordillo  
Aída Kemelmajer  
Alberto J. Bueres  
Carlos Etala

Cecilia Grosman  
Eugenio Bulygin  
Eugenio R. Zaffaroni  
Héctor Alegria

José Tobías  
Julio C. Rivera  
Nelly Minyersky  
Noemí Lidia Nicolau

## **COMITÉ ACADÉMICO**

### **Administrativo**

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

### **Constitucional**

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

### **Internacional Privado**

María Susana Najurieta  
Alfredo Mario Soto  
María Elsa Uzal

### **Internacional Público**

Susana Ruiz Cerutti  
Silvina González Napolitano  
Raúl Vinuesa

### **Familia**

Carlos Arianna  
Luis Ugarte  
Adriana Wagmaister

### **Civil**

Carlos Hernández  
Sebastián Picasso  
Sandra Wierzba  
Diego Zentner

### **Penal**

Mary Beloff  
Alberto Edgardo Donna  
Daniel Pastor

### **Laboral**

Mario Ackerman  
Adrián Goldin  
Julio César Simón

### **Comercial**

Rafael Mariano Manóvil  
Horacio Roitman

### **Filosofía**

Ricardo Guibourg  
Rodolfo Vigo

### **Derechos Humanos**

Laura Giosa  
Roberto Saba

### **Ambiental**

Néstor Cafferatta  
Leila Devia  
Silvia Nonna

## **COMITÉ EDITORIAL**

### **Penal**

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

### **Criminología**

Gabriel Ignacio Anitua  
Matías Bailone  
Máximo Sozzo

### **Familia**

Silvia Eugenia Fernández  
Eleonora Lamm  
Ida Scherman

### **Civil**

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

### **Laboral**

Lucas Caparrós  
Juan Pablo Mugnolo  
Claudia Priore

### **Constitucional**

María Gabriela Ábalos  
Marcela Basterra  
María Laura Clérico  
César Sebastián Vega

## COMITÉ EDITORIAL *(Continuación)*

### **Internacional Público**

Emiliano Buis  
Alejandro Chehtman  
Natalia Luterstein  
Nahuel Maisley

### **Internacional Privado**

Paula María All  
Nieve Rubaja  
Luciana Scotti

### **Administrativo**

Alfonso Buteler  
María Paula Renella  
Susana Vega

### **Comercial**

Hugo Acciarri  
Pablo Heredia  
Lorena Schneider  
Pamela Tolosa

### **Filosofía**

Marcelo Alegre  
Claudio Eduardo  
Martyniuk  
Renato Rabbi-Baldi  
Cabanillas

### **Derechos Humanos**

Leonardo Filippini  
Calógero Pizzolo  
Silvina Zimerman

### **Ambiental**

Mariana Catalano  
José Esaín

---

### **Director Editorial**

Fulvio G. Santarelli

### **Jefa de Redacción**

Yamila Cagliero

### **Editores**

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

# ÍNDICE

---

## DOCTRINA

- Resonancias del decreto 476/2021 en algunos de los debates jurídicos contemporáneos  
*Carolina E. Grafeuille* ..... 3
- El acceso al docente integrador. Algunos interrogantes desde la teoría de la argumentación jurídica  
*Gonzalo Alejo Mendizábal* ..... 10

## ACTUALIDADES

- Actualidad en Seguridad Social 4/2021  
*María Teresa Martín Yáñez* ..... 27

## JURISPRUDENCIA

### DERECHO A LA SALUD

- Niño con discapacidad. Límite de la cobertura. Obligación legal. Disidencia. *Certiorari* negativo.... 53

### EXTRADICIÓN

- Identidad del requerido. Cuestionamiento de un acto registral argentino que es la base de la imputación. Procedencia del pedido..... 55

### PUBLICACIONES INJURIOSAS

- Redes sociales. Publicaciones que no se encuentran en la actualidad disponibles. Cuestión abstracta. Libertad de expresión ..... 64

### NULIDAD DE LA NOTIFICACIÓN

- Falta de fijación de la cédula en la puerta de acceso de la unidad funcional del contribuyente. Actuación de los funcionarios notificadores. Incumplimiento del procedimiento legal..... 67

### AMPARO DE SALUD

- Hijo de afiliado que padece discapacidad. Reafiliación como beneficiario directo del grupo familiar. Interpretación de las normas de afiliación ..... 71

<b>DESALOJO</b>	
Vencimiento del contrato. Inaplicabilidad de la suspensión dispuesta por el DNU 320/2020 .....	76
<b>PROCESO DIGITAL</b>	
Pérdida de la grabación de la audiencia de vista de causa. Búsqueda de parte de la Oficina de Sistemas y Tecnología de la Cámara y del Consejo de la Magistratura. Imposible reconstrucción de la prueba. Ausencia de transcripción a papel. Declaración de testigos .....	81
<b>SEGURIDAD SOCIAL</b>	
Retención de aportes. Ingreso de deducciones con destino a la obra social. Aportes sindicales .....	82
<b>CORRETAJE INMOBILIARIO</b>	
Ciudad de Buenos Aires. Proceso colectivo. Comisiones. Contrato de locación con destino a vivienda única. Regulación local de la actividad .....	89
<b>CONCURSO DE ACREEDORES</b>	
Propuesta de acuerdo preventivo. Constitución de fideicomiso. Homologación. Evaluación. Derecho de los acreedores concurrentes .....	101

# DOCTRINA

---



# Resonancias del decreto 476/2021 en algunos de los debates jurídicos contemporáneos

Carolina E. Grafeuille

**Sumario:** I. El decreto 476/2021.— II. ¿Tercera posición?— III. Acerca del principio de desjudicialización.— IV. Conclusión.

## I. El decreto 476/2021

Con fecha 20 de julio de 2021 (1), el presidente de la Nación dictó el dec. 476/2021 (2), en virtud del cual se determina que, “(...) a los efectos previstos en el art. 11 de la ley 17.671, el Registro Nacional de las Personas, organismo descentralizado actuante en la órbita de la Secretaría de Interior del Ministerio del Interior, deberá adaptar las características y nomenclaturas de los Documentos Nacionales de Identidad y de los Pasaportes que emite, con exclusividad, con el fin de dar cumplimiento a lo establecido en la ley 26.743 y en la presente medida (...)” (art. 1°) (3).

Seguidamente, dicho cuerpo normativo estatuye que “(...) las nomenclaturas a utilizarse en los Documentos Nacionales de Identidad y en los Pasaportes Ordinarios para Argentinos en el campo referido al ‘sexo’ podrán ser ‘F’ —Femenino—, ‘M’ —Masculino— o ‘X’ (...)” (art. 2°, primer párrafo); quedando incluidas dentro de esta última categoría “(...) las siguientes acepciones: no binaria, indeterminada, no especifi-

cada, indefinida, no informada, autopercebida, no consignada (...)”, o cualquier otra designación “(...) con la que pudiera identificarse la persona que no se sienta comprendida en el binomio masculino/femenino (...)” (art. 4°).

Por lo demás, se prescribe que la letra “X”: “(...) se consignará, de conformidad con lo establecido en el art. 4° del presente decreto, en aquellos supuestos de personas nacionales cuyas partidas de nacimiento sean rectificadas en el marco de la ley 26.743, cualquiera sea la opción consignada en la categoría ‘sexo’, siempre que no sea ‘F’ —Femenino— o ‘M’ —Masculino—, o bien si el sexo no se hubiese consignado (...)” (art. 2°, segundo párrafo).

A continuación, el dec. 476/2021 reza que: “(...) todas aquellas personas nacionales cuyas Partidas de Nacimiento se expidan en el marco de la ley 26.743 en las que se consigne una opción para la categoría ‘sexo’ que no sea ‘F’ —Femenino— o ‘M’ —Masculino—, o bien si el mismo no se hubiere consignado, podrán solicitar que en la zona reservada al ‘sexo’ en los Documentos Nacionales de Identidad, y en los Pasaportes Ordinarios para Argentinos, se consigne la letra ‘X’; utilizándose en este caso el carácter de relleno ‘<’ en la casilla correspondiente al campo ‘sexo’ en la ZLM (...)” (art. 3°).

Adicionalmente, el plexo normativo bajo examen precisa que el “(...) Documento Nacional de Identidad que cuente con la letra ‘X’ en la zona reservada al ‘sexo’ tendrá validez como

(1) Se deja expresamente aclarado que el dec. 476/2021 se encuentra disponible en: <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/247092/20210721>.

(2) Cuya publicación en el Boletín Oficial tuvo lugar el día 21 de julio de 2021.

(3) Al respecto, véase HERRERA, Marisa - DE LA TORRE, Natalia, “El derecho a la identificación de las personas no binarias —Cumplir una deuda pendiente—”, RC D 498/2021.

Documento de Viaje a los efectos establecidos en el Acuerdo sobre Documentos de Viaje de los Estados Parte del Mercosur y Estados Asociados, suscrito en la Ciudad de Asunción, República del Paraguay, el 20 de diciembre de 2015 (...)” (art. 5°).

Así las cosas, se extiende la aplicación del entramado regulatorio analizado “(...) a aquellas personas nacionales a las que se les hubieran expedido Partidas de Nacimiento en el marco de la ley 26.743, con anterioridad a la vigencia de esta medida, sin perjuicio de lo consignado en la partida de nacimiento en la categoría ‘sexo’ y siempre que su identidad de género se corresponda con la definición del art. 4°, tanto para obtener su Documento Nacional de Identidad como su Pasaporte Ordinario para Argentinos (...)” (art. 7°).

En lo que atañe a las personas extranjeras, se les reconocen “(...) idénticos derechos a los establecidos en el presente (...)”, en la medida en que “(...) obtengan y/o cuenten con el Documento Nacional de Identidad para Extranjeros, Pasaporte Excepcional para Extranjeros o Documento de Viaje para Apátridas o Refugiados, bajo las condiciones previstas en la normativa pertinente (...)” (art. 8°).

A renglón seguido, el régimen normativo sopesado especifica que se halla a cargo del Registro Nacional de las Personas el deber de informar “(...) a todas aquellas personas que soliciten la expedición del Documento Nacional de Identidad para argentinas o argentinos o extranjeras o extranjeros, el Pasaporte Ordinario para Argentinos, el Pasaporte Excepcional para Extranjeros o los Documentos de Viaje para Apátridas o Refugiados, en las condiciones previstas en los artículos precedentes, sobre las posibilidades de ver restringido su ingreso, permanencia y/o situación de tránsito en aquellos Estados en los cuales no se reconozcan otras categorías de sexo que no sean las binarias, independientemente de que su Documento de Viaje sea un Documento Nacional de Identidad o un Pasaporte (...)” (art. 9°).

Por añadidura, faculta “(...) al Registro Nacional de las Personas a dictar las normas aclaratorias y complementarias del presente decreto (...)” (art. 11°, primer párrafo).

Y, finalmente, exhorta a las “(...) Direcciones Generales, Provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas (...)” a fijar “(...) los procedimientos registrales a los fines de dar cumplimiento con la presente medida y garantizar los derechos aquí reconocidos, incluyendo los necesarios para que, quienes hubiesen rectificado sus partidas en virtud de la ley 26.743 con anterioridad al dictado de la presente medida, puedan adecuar administrativamente dicha rectificación en los términos del presente decreto (...)” (art. 11°, segundo párrafo).

## II. ¿Tercera posición?

A raíz de la entrada en vigor del dec. 476/2021, se ha revitalizado —o, mejor aún, recrudescido— la (ya clásica) controversia en torno a si las personas intersex, vale decir, quienes nacen con características sexuales que difieren del promedio femenino o masculino (4), pertenecen o no a un “tercer sexo” (5).

Y tal polémica ha (re)afiorado en el contexto de otro debate considerablemente más amplio: aquel que gravita alrededor de la pluralidad de géneros.

Así pues, se ha afirmado que la inserción de las personas intersex dentro de una esfera identitaria superadora de la lógica dicotómica de la diferencia sexual (6), impediría su temprano sometimiento a cirugías compulsivas de “norma-

(4) GRAFEUILLE, Carolina E., “La necesaria protección estatal de las niñas y niños cuyos cuerpos difieren de la corporalidad promedio”, en GIOSA, Laura M. — ZABALZA, Guillermina (Dir.), “Género e Identidad de Género. Regulación y perspectivas”, ob. cit., p. 175, “El ejercicio de la función jurisdiccional en clave de género”, La Ley, 08/03/2021, p. 33 - AR/DOC/550/2021, y “Perspectiva de género y adolescencia”, DFyP 2021 (agosto), 03/08/2021, p. 83 - TR LL AR/DOC/1915/2021.

(5) CABRAL, Mauro, “Poéticas y Políticas de la Intersexualidad”, en Centro Latinoamericano en Sexualidad y Derechos Humanos (CLAM), 08/10/2014.

(6) CABRAL, Mauro, “Derecho a la Igualdad. Tercera posición en materia de género”, Revista de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación N.º 8, p. 199, Fallo comentado: CS Australia, 02/04/2014, “NSW Registrar of Births, Deaths and Marriages v. Norrie”.

lización” corporal (7), capaces de asegurar una (también temprana) consignación registral del sexo (8).

Sin embargo, tal argumento resulta falaz: la posibilidad misma de la anotación registral del sexo no se halla supeditada a la materialización de dicho imperativo quirúrgico. En tal sentido, el procedimiento de asignación del sexo ya se encuentra concluido al tiempo en que se decide emprender alguna práctica regular de “normalización” intersex. Es así que cuando se efectúa, verbigracia, una clitoridectomía, ya se decretó que la persona cuyo cuerpo está involucrado constituye una niña (9). De allí que la asignación, en tanto lógicamente derivada, resulte paradójicamente originaria (10).

Ahora bien, deviene necesario señalar que la identificación de la intersexualidad con una “tercera posición” (11) —susceptible de desmoronar, por sí misma, el binomio de la diferencia sexual— parecería desatender aquello que dicha perspectiva identificatoria se propone, en apariencia, resguardar: la autodeterminación de las personas (12).

Da la impresión de que a aquellos que —aún hoy— sostienen tal razonamiento ficcional, les resulta indiferente que las iniciativas orientadas a instituir la intersexualidad como un “tercer

sexo”, estén atravesadas por una (renovada) medicalización de los cuerpos intersex (13).

Precisamente, lo único relevante sería que esa posición existiera y que alguien más —alguien distinto de quienes esgrimen dicha alegación— la habitase (14).

Es así como un sinnúmero de voces celebró (15) que, en el país germano, comenzaran a regir legislaciones tales como aquella de fecha 1° de noviembre de 2013 (16) y aquella otra del día 15 de agosto de 2018, por imperio de las cuales se confirió a la medicina el poder de decidir alrededor de la determinación (17), indeterminación (18) o diversidad del sexo (19).

Del mismo modo, emergieron expresiones favorables tanto al decisorio dictado con fecha 2 de abril de 2014 por la Corte Suprema de Australia (20), como a aquel otro emitido el día 10 de

(13) LAMM, Eleonora - MARTINO, Carolina B., “Actualidad bioética en el mundo”, RDF: 87, 01/11/2018, p. 475 - AR/DOC/3531/2018.

(14) CABRAL, Mauro, “Poéticas y Políticas de la Intersexualidad”, en Centro Latinoamericano en Sexualidad y Derechos Humanos (CLAM), 08/10/2014.

(15) CABRAL, Mauro, “Poéticas y Políticas de la Intersexualidad”, en Centro Latinoamericano en Sexualidad y Derechos Humanos (CLAM), 08/10/2014.

(16) GRAFEUILLE, Carolina E., “Una loable medida legislativa en Alemania, que propicia la deconstrucción de la lógica binaria del género”, DFyP 2013 (diciembre), p. 199 - AR/DOC/4256/2013.

(17) BLASI, Gastón F., “Derecho a la identidad de género. Ley 26.743”, DFyP 2012 (agosto), p. 129; GETE ALONSO - CALERA, María del Carmen, “La persona y la publicidad oficial del sexo en Alemania. ¿Un tercer sexo?”, DFyP 2014 (marzo), 03/03/2014, p. 173; y Nota del diario “La Nación” de fecha 21 de agosto de 2013, bajo el título: “Ni hombres ni mujeres: Alemania reconoce ‘el tercer sexo’”.

(18) CABRAL, Mauro, ob. cit., p. 200, Fallo comentado: CS Australia, 02/04/2014, “NSW Registrar of Births, Deaths and Marriages v. Norrie”.

(19) YUBA, Gabriela, “Identidad de género y ciudadanía. Hacia la progresividad de los derechos”, LA LEY, 2019-B, p. 317 - AR/DOC/791/2019; y LAMM, Eleonora - MARTINO, Carolina B., “Actualidad bioética en el mundo”, ob. cit., p. 475 - AR/DOC/3531/2018.

(20) MEDINA, Graciela - YUBA, Gabriela, “El reconocimiento legal del ‘tercer género’: una cuestión de derechos humanos. Análisis del fallo de la Corte Suprema de

(7) CABRAL, Mauro, “Poéticas y Políticas de la Intersexualidad”, en Centro Latinoamericano en Sexualidad y Derechos Humanos (CLAM), 08/10/2014.

(8) Entrevista realizada con fecha 1° de julio de 2021 a Mauro Cabral Grinspan.

(9) Entrevista realizada con fecha 1° de julio de 2021 a Mauro Cabral Grinspan.

(10) CANGUILHEM, Georges, *The Normal and The Pathological*, trans. Carolyn R. Fawcett, Zone Books, Nueva York, 1991, p. 243.

(11) CABRAL, Mauro, “Derecho a la Igualdad. Tercera posición en materia de género”, cit., p. 199, Fallo comentado: CS Australia, 02/04/2014, “NSW Registrar of Births, Deaths and Marriages v. Norrie”.

(12) CABRAL, Mauro (Ed.), “Interdicciones. Escrituras de la intersexualidad en Castellano”, Anarrés Editorial, Córdoba, 2009, p. 12.

octubre de 2017 por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania (21), en tanto veredictos que, aparentemente, representaron un avance significativo en materia de autonomía individual (22).

Daba la impresión de que el orbe se dirigía, finalmente, hacia el reconocimiento de la autodeterminación de los sexos (23) y, por tanto, de su multiplicidad (24).

Empero, los cimientos sobre los que se asientan dichos enfoques del asunto imponen la problematización de la supuesta radicalidad que revestirían (25).

la India. Aportes desde el Derecho Comparado”, DFyP 2014 (agosto), 30/07/2014, p. 203, AR/DOC/2386/2014.

(21) LAMM, Eleonora, “Actualidad bioética en el mundo”, RDF 83, p. 281 - AR/DOC/2866/2018. Cabe añadir que, a partir del dictado de tal veredicto, el gobierno alemán incorporó con fecha 15 de agosto de 2018 la variante registral atinente al “tercer género”, de suerte tal que todas aquellas personas cuyo sexo no se halle determinado al tiempo del alumbramiento, pueden ser inscriptas bajo la categoría de “diversas” mediante la exhibición de un certificado médico; conf. YUBA, Gabriela, “Identidad de género y ciudadanía. Hacia la progresividad de los derechos”, ob. cit., p. 317 - AR/DOC/791/2019. Sin embargo, la denominada “Acta de Enmienda de la Ley de Estado Civil” ha sido ferozmente criticada por diversas agrupaciones políticas y sociales, con sustento en que la proclamada autodeterminación que entrañaría la anotación registral bajo dicho rango sólo es garantizada para un reducido catálogo de individuos médicamente definidos. En consecuencia, dicho estatuto registral acarrea la renovada patologización de los sujetos intersex y excluye del ámbito del reconocimiento legal de la identidad de género a todas las restantes personas que rechazan para sí la etiqueta relativa al sexo masculino o femenino; conf. LAMM, Eleonora - MARTINO, Carolina B., ob. cit., p. 475 - AR/DOC/3531/2018.

(22) LAMM, Eleonora, “Actualidad bioética en el mundo”, ob. cit., p. 281 - AR/DOC/2866/2018.

(23) GRAFEUILLE, Carolina E., “Perspectiva de género y adolescencia”, ob. cit., p. 83 - TR LLAR/DOC/1915/2021, y “La perspectiva de género como parámetro insoslayable a la hora de emitir un veredicto judicial”, SJA, 19/05/2021, p. 32 — JA, 2021-II, p. 232 - AR/DOC/996/2021.

(24) CABRAL, Mauro, ob. cit., p. 200, Fallo comentado: CS Australia, 02/04/2014, “NSW Registrar of Births, Deaths and Marriages v. Norrie”.

(25) CABRAL, Mauro, ob. cit., pp. 208-209, Fallo comentado: CS Australia, 02/04/2014, “NSW Registrar of Births, Deaths and Marriages v. Norrie”.

Es que se advierte que, al reintroducir y re-articular ese resorte cultural debido al cual la identidad de género de las personas (y su consecuente identificación legal) se halla, indisolublemente, vinculada con su identidad bioanatómica (26), la lógica que subyace a dichas interpretaciones descansa sobre aquella otra creencia de acuerdo con la cual, a una corporalidad no binaria, solo puede caberle una identidad de género no binaria.

Ciertamente, tales perspectivas dan cuenta de que la propia posibilidad del acceso a la anotación registral como una persona perteneciente a un “sexo indeterminado” (27), a un “sexo no específico” (28) o a un “sexo diverso” (29), se encuentra subordinada a la posesión de un cuerpo igualmente “indeterminado”, “no específico”, “diverso” o, lisa y llanamente, “no binario” (30).

Aunque los dispositivos estatales objeto de glorificación internacional posibilitaron contravertir la naturaleza binaria de la diferencia sexual registral (31) y, por consiguiente, expandir

(26) GRAFEUILLE, Carolina E., “Una sentencia judicial dispone que en el campo reservado al sexo se consigne ‘femineidad travesti’”, DFyP 2019 (septiembre), p. 215 - AR/DOC/2184/2019, “Hacia la necesaria supresión del sexo como categoría jurídica”, RDF 2019-III, 10/06/2019, p. 192 - AR/DOC/1327/2019, “La rectificación registral del sexo, prenombre e imagen de un infante trans”, SJA, 16/05/2018, p. 13 — JA, 2108-II, p. 1247 - AR/DOC/3008/2018, y “Perspectiva de género y función jurisdiccional”, DFyP 2021 (febrero), p. 183 - AR/DOC/4174/2020.

(27) GRAFEUILLE, Carolina E., “Una loable medida legislativa en Alemania, que propicia la deconstrucción de la lógica binaria del género”, ob. cit., p. 199 - AR/DOC/4256/2013.

(28) YUBA, Gabriela, ob. cit., p. 317 - AR/DOC/791/2019; y LITARDO, Emiliano, “El brillo negro del sexo: algunas aproximaciones críticas al fallo ‘N. V. SW’”, RDF 2014-III, 11/06/2014, p. 260 - AP/DOC/691/2014.

(29) YUBA, Gabriela, ob. cit., p. 317 - AR/DOC/791/2019; y LAMM, Eleonora, ob. cit., p. 281 - AR/DOC/2866/2018.

(30) CABRAL, Mauro, ob. cit., pp. 208-209, Fallo comentado: CS Australia, 02/04/2014, “NSW Registrar of Births, Deaths and Marriages v. Norrie”.

(31) LITARDO, Emiliano, “El brillo negro del sexo: algunas aproximaciones críticas al fallo ‘N. V. SW’”, ob. cit., p. 260 - AP/DOC/691/2014.

el horizonte de la contienda por la consagración legal de la identidad de género (32), reprodujeron y reafirmaron otro binario (33): aquel que hace armonizar el cuerpo que se encarna con el género que se inscribe en el *corpus* del registro, a través del tránsito por la intervención y la autoridad médicas (34).

De lo que se infiere que, aun cuando tales medidas estatales procurasen la satisfacción del derecho a la autodeterminación mediante el acto mismo de tornar registralmente visible la diversidad corporal cotidianamente invisibilizada (35), no hicieron más que, por un lado, expulsar de la esfera del reconocimiento de la identidad de género a las personas endosex (36) que rechazan para sí el rótulo correspondiente al sexo femenino o masculino (37) y, por el otro, introducir dentro de una “tercera posición” a las personas intersex que rehúsan adoptar una etiqueta no binaria (38).

Es así como, en definitiva, la equiparación de la intersexualidad con un “tercer sexo”, nada tiene que ver con la salvaguarda de la autonomía personal; se trata, más bien, de una operación médico-jurídica dirigida a la depuración de la diferencia sexual y a su

(32) GRAFEUILLE, Carolina E., ob. cit., p. 83 - TR LL AR/DOC/1915/2021.

(33) CABRAL, Mauro, “Poéticas y Políticas de la Intersexualidad”, en Centro Latinoamericano en Sexualidad y Derechos Humanos (CLAM), 08/10/2014.

(34) CABRAL, Mauro, ob. cit., p. 212, Fallo comentado: CS Australia, 02/04/2014, “NSW Registrar of Births, Deaths and Marriages v. Norrie”.

(35) CABRAL, Mauro, “Poéticas y Políticas de la Intersexualidad”, en Centro Latinoamericano en Sexualidad y Derechos Humanos (CLAM), 08/10/2014.

(36) Se emplea el término “endosex” para hacer alusión a todas aquellas personas que nacieron con un cuerpo que se ajusta a los promedios corporales femenino y masculino.

(37) LAMM, Eleonora - MARTINO, Carolina B., ob. cit., p. 475 - AR/DOC/3531/2018.

(38) LAMM, Eleonora, “Autonomía, cuerpos e identidades. ¿Incorporar un tercer sexo o eliminarlos todos?”, RDF: 85, 10/07/2018, p. 17 - AR/DOC/3155/2018, y ob. cit., p. 281 - AR/DOC/2866/2018.

expurgación de toda “contaminación” intersex (39).

### III. Acerca del principio de desjudicialización

Como vimos con anterioridad, el segundo párrafo del art. 11° del dec. 476/2021 insta a las “(...) Direcciones Generales, Provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas (...)” a establecer “(...) los procedimientos registrales a los fines de dar cumplimiento con la presente medida y garantizar los derechos aquí reconocidos, incluyendo los necesarios para que, quienes hubiesen rectificado sus partidas en virtud de la ley 26.743 con anterioridad al dictado de la presente medida, puedan adecuar *administrativamente* dicha rectificación en los términos del presente decreto (...)” (la cursiva nos pertenece).

Tal como podrá ser advertido, la estipulación normativa escudriñada aborda una cuestión de intensa problematicidad: aquella ligada con el alcance que cabe atribuir a la regla de *desjudicialización* de la adecuación registral a la identidad de género autodeterminada (40).

Así pues, es menester incorporar, en el archivo de nuestra contemporaneidad, un catálogo de medidas estatales mediante las cuales se decretó la expansión de aquella máxima *desjudicializadora* (41) más allá de los confines traza-

(39) CABRAL, Mauro, Nota Suplemento “Soy” del diario “Página 12” de fecha 17 de abril de 2015, bajo el título: “Ley de Malta. En el camino”.

(40) GRAFEUILLE, Carolina E., “Una sentencia judicial dispone que en el campo reservado al sexo se consigne ‘femineidad travesti’”, ob. cit., p. 215 - AR/DOC/2184/2019, “Hacia la necesaria supresión del sexo como categoría jurídica”, ob. cit., p. 192 - AR/DOC/1327/2019, “La rectificación registral del sexo, prenombre e imagen de un infante trans”, ob. cit., p. 13 - ob. cit., p. 1247 - AR/DOC/3008/2018, y “Perspectiva de género y función jurisdiccional”, ob. cit., p. 183 - AR/DOC/4174/2020.

(41) YUBA, Gabriela, “Reconocimiento de identidad de género ‘no binaria/igualitaria’. Comentario a partir de un fallo”, DFyP 2020 (junio), p. 209 - AR/DOC/1663/2020; GRAFEUILLE, Carolina E., ob. cit., p. 192 - AR/DOC/1327/2019; y ob. cit., p. 215 - AR/DOC/2184/2019; entre otros supuestos.

dos por una interpretación sesgada del art. 8° de la ley 26.743 de Identidad de Género.

En tal sentido, es dable mencionar, a título meramente ilustrativo, la Resolución 420/2018, cuyo dictado por parte de la Dirección de Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Provincia de Mendoza sobrevino con fecha 1° de noviembre de 2018 (42); el decisorio emitido el día 1° de marzo de 2019 por la magistrada a cargo del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 7 (43); y el veredicto pronunciado con fecha 16 de diciembre de 2019 por el titular del Juzgado de Primera Instancia de Familia y Minoridad de Ushuaia (44).

Entre los argumentos en cuyo sustento se arribó a las disposiciones reseñadas, los funcionarios públicos actuantes pusieron de relieve que, sobre la base de que las autoridades estatales deben velar por que los preceptos y principios de raíz constitucional y convencional (art. 75, inc. 22 de la CN) alcancen su máximo vigor operativo (arts. 1°, 2° y concs. del Código Civil y Comercial de la Nación) (45), toda petición enmendada a profundizar o completar una modificación registral ya inscripta (46) habrá de ser,

---

(42) Véanse, al respecto, MAMANI, Alejandro - LITARDO, Emiliano, “La identidad de género en el registro civil: el sexo más allá del binario”, RDE, 2019-V, 08/10/2019, p. 279 - AR/DOC/2714/2019; y GRAFEUILLE, Carolina E., ob. cit., p. 192 - AR/DOC/1327/2019.

(43) Juzg. Nac. Civ. N° 7, 01/03/2019, “B., L. M. c. EN - M. interior OP y V s/ Información Sumaria”, AR/JUR/183/2019. Sobre el particular, véase GRAFEUILLE, Carolina E., ob. cit., p. 215 - AR/DOC/2184/2019.

(44) Juzg. 1ª Inst. Familia y Minoridad Ushuaia, 16/12/2019, “S. B., G. A. S. L. c. Registro del Estado Civil y de la Capacidad de las Personas s/ Amparo”, La Ley Online - AR/JUR/56336/2019. Véase YUBA, Gabriela, “Reconocimiento de identidad de género `no binaria/igualitaria`. Comentario a partir de un fallo”, ob. cit., p. 209 - AR/DOC/1663/2020.

(45) Juzg. Nac. Civ. N° 7, 01/03/2019, “B., L. M. c. EN - M. interior OP y V s/ Información Sumaria”, AR/JUR/183/2019. Al respecto, véase GRAFEUILLE, Carolina E., ob. cit., p. 215 - AR/DOC/2184/2019.

(46) GRAFEUILLE, Carolina E., ob. cit., p. 192 - AR/DOC/1327/2019; y ob. cit., p. 215 - AR/DOC/2184/2019; entre otros supuestos.

invariablemente, resuelta en sede administrativa (47).

Es que no se trata, en última instancia, de emprender un nuevo trámite de rectificación registral con arreglo a los arts. 4, 8 y concordantes de la ley 26.743 de Identidad de Género —circunstancia esta que supondría desandar el derrotero previamente transitado—, sino, más bien, de ahondar en el proceso rectificatorio ya iniciado, con el propósito de precisar los contornos de la identidad de género de la persona involucrada (48).

Así las cosas, el segundo párrafo del art. 11° del dec. 476/2021 entraña el robustecimiento del compromiso estatal asumido aquel día en que tuvo lugar la entrada en vigor de la ley 26.743 de Identidad de Género: el abordaje de la diversidad identitaria y corporal como un asunto discernible en clave de Derechos Humanos (49).

#### IV. Conclusión

Muchas han sido (e, indudablemente, serán) las repercusiones del dec. 476/2021 en los debates jurídicos actuales.

Y es probable que una de sus más perdurables resonancias se vincule con el fortalecimiento de aquel criterio rupturista estampado en el núcleo axiológico de la ley 26.743 de Identidad de Género: la desjudicialización de su reconocimiento estatal (50).

---

(47) MAMANI, Alejandro - LITARDO, Emiliano, “La identidad de género en el registro civil: el sexo más allá del binario”, RDE, 2019-V, 08/10/2019, p. 279 - AR/DOC/2714/2019; GRAFEUILLE, Carolina E., ob. cit., p. 192 - AR/DOC/1327/2019, y ob. cit., p. 215 - AR/DOC/2184/2019; y Véase YUBA, Gabriela, ob. cit., p. 209 - AR/DOC/1663/2020.

(48) GRAFEUILLE, Carolina E., ob. cit., p. 192 - AR/DOC/1327/2019; y ob. cit., p. 215 - AR/DOC/2184/2019; entre otros supuestos.

(49) GRAFEUILLE, Carolina E., “El ejercicio de la función jurisdiccional en clave de género”, cit., p. 33 - AR/DOC/550/2021, “La perspectiva de género como parámetro insoslayable a la hora de emitir un veredicto judicial”, ob. cit., p. 32 - ob. cit., p. 232 — AR/DOC/996/2021; y GRAFEUILLE, Carolina E., ob. cit., p. 83 - TR LL AR/DOC/1915/2021.

(50) GRAFEUILLE, Carolina E., ob. cit., p. 32 - ob. cit., p. 232 - AR/DOC/996/2021.

Aun así, no debe soslayarse que uno de los más farragosos —y culturalmente *contraintuitivos*— desafíos a los que tenemos que enfrentarnos, consiste en la radical ampliación del marco de referencia corporal, en procura de dinamitar aquel truísmo que asocia, en términos consti-

tutivos, a las personas intersex con una “tercera posición” (51).

---

(51) CABRAL, Mauro, ob. cit., p. 209, Fallo comentado: CS Australia, 02/04/2014, “NSW Registrar of Births, Deaths and Marriages v. Norrie”.

# El acceso al docente integrador

## Algunos interrogantes desde la teoría de la argumentación jurídica (\*)

Gonzalo Alejo Mendizábal (\*\*)

**Sumario:** I. Introducción.— II. Argumentos en contra de la cobertura del docente integrador y sus réplicas.— III. Nuestro análisis desde la teoría de la argumentación.

### I. Introducción

El denominado modelo inclusivo de la educación promueve que los alumnos con necesidades educativas especiales tengan acceso a la escuela común, con una pedagogía adaptada que les permita adquirir un nivel aceptable de conocimientos (1); es decir, propone que las es-

---

(\*) Agradezco la atenta lectura y valiosas sugerencias de Sebastián Scioscioli.

(\*\*) Abogado (UBA), egresado con diploma de honor, docente de Elementos de Derechos Reales (UBA, UCEMA), investigador en el Instituto Gioja. Ha realizado diversas publicaciones y disertaciones sobre derecho civil y derecho constitucional.

(1) Suelen mencionarse también los siguientes modelos: el religioso, que proponía el aislamiento de las personas con discapacidad; el médico-educativo, que concebía a la discapacidad como una enfermedad y, por ende, debía ser curada (a partir de este modelo se crearon las aulas especiales); y luego —durante los años 60 y 70 en Suecia— se desarrolla el movimiento integracionista, cuya idea central era la de integrar a los alumnos con discapacidad en la escuela común (CASTRO, Sandra B., "El derecho a la educación inclusiva de las personas con discapacidad", *Temas de Derecho Civil, Persona y Patrimonio*, Erreius, abril, 2017, p. 274). Con acierto se ha dicho que "[l]a inclusión implica que todos los niños y niñas —tengan o no discapacidad— se eduquen juntos en las mismas escuelas y en las mismas aulas. Pero es mucho más que eso. Supone que se les provean todos los apoyos y que se garanticen todos los ajustes razonables que sean necesarios para que puedan aprender y participar en igualdad de condiciones con los demás (...) Como se puede advertir, la educación inclusiva es consecuen-

cuelas admitan a todas y todos los estudiantes (con o sin discapacidad) en sus aulas.

En este sentido, numerosas normas, tales como la Constitución Nacional (art. 75 inc. 22 y 23), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (arts. 11, 12 y 17), la Declaración Universal de los Derechos Humanos (arts. 22 y 26), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 13), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 24), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 19), el Protocolo de San Salvador (arts. 13, 16 y 18), la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 3, 23 y 24), la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (art. III), la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (art. 24), entre muchas otras (2),

---

cia directa del modelo social de la discapacidad: lejos de intentar homogeneizar o uniformizar a los estudiantes, promueve escuelas flexibles que se adapten a todo tipo de alumnos, concibiendo la diversidad como un valor y una oportunidad de aprendizaje mutuo y de enriquecimiento recíproco" (FERNÁNDEZ, María C., "Infancias con discapacidad: resignificando la diversidad", *La Ley on line AR/DOC/4118/2017*).

(2) Podemos mencionar, a modo enunciativo, las siguientes: - Ley 22.431, que establece el Sistema de Protección Integral de los Discapacitados.- Ley 24.195, denominada Ley Federal de Educación: arts. 27 y 33. - Ley 24.901, norma que instituye el Sistema de Prestaciones Básicas de Atención Integral a favor de las Personas con

diseñan a la educación especial como una modalidad del sistema a la que se debe recurrir únicamente en los casos en que la escuela común

Discapacidad, mediante acciones de prevención, asistencia, promoción y protección, con el objeto de brindarles una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos (art. 1º). En cuanto a las obras sociales, dispone que tendrán a su cargo, con carácter obligatorio, la cobertura total de las prestaciones básicas enunciadas en la ley, que necesiten los afiliados con discapacidad (art. 2º). Dentro de las prestaciones, se hallan las siguientes: transporte especial para asistir al establecimiento educacional o de rehabilitación (art. 13); rehabilitación (art. 15), terapéuticas educativas (arts. 16 y 17); y asistenciales, las que tienen la finalidad de cubrir requerimientos básicos esenciales de la persona con discapacidad (art. 18). Cabe destacar que conforme la ley 24.754, las empresas o entidades que presten servicios de medicina prepaga deberán cubrir, como mínimo, en sus planes de cobertura médico asistencial las mismas "prestaciones obligatorias" dispuestas por obras sociales, conforme lo establecido por las leyes 23.660, 23.661 y 24.455, y sus respectivas reglamentaciones. Sobre este punto, agreguemos que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por mayoría, se ha expedido favorablemente respecto de la aplicación de la ley 24.901 a las empresas o entidades de medicina prepaga en el fallo "Cambio Peres de Nealón c. Centro de Educación Médica s/ amparo" (28/08/2007), criterio que se mantuvo en el precedente "Hill, Federico Alejandro y otros c. CEMIC, Centro de Educación Médica e Investigación y otro s/ amparo" (04/11/2008).- Ley 26.206, denominada Ley de Educación Nacional: arts. 11 inc. n y 42 a 45.- Ley 26.061, de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes: art. 15.- Ley 26.682, sobre medicina prepaga.- Ley 27.043, sobre trastornos del espectro autista.- Decreto 762/1997, sobre el Sistema Único de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad.- Decreto 1193/1998, reglamentario de la Ley 24.901.- Resolución 428/1999 del Ministerio de Salud de la Nación, que aprueba el Nomenclador de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad. Entre las normas locales, pueden mencionarse las siguientes: - Ley 7857 de la Provincia de Tucumán, de cuyo art. 4 se desprende que todos los establecimientos educativos, sean estos públicos o privados, reciban o no subsidio del Estado, están obligados a la integración de alumnos con necesidades educativas especiales, y ejecutar proyectos de integración.- Ley 9944, de Promoción y Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes de la Provincia de Córdoba: art. 18. Destaquemos que el art. 2º de la Resolución 667/2011 del Ministerio de Educación de esta provincia dispone que el Estado Provincial garantizará el proceso de integración, en el ámbito de la escuela común, de los alumnos que presenten necesidades educativas derivadas de la discapacidad, sea con carácter permanente o temporal; a cuyos fines disminuirá y/o eliminará toda barrera física, ambiental y de organización institucional que lo impida o entorpezca.- Ley 7064 de la Provincia de San Juan, por la cual la

resulte insuficiente para atender a las necesidades especiales de las niñas, niños y adolescentes (en adelante: NNyA) con discapacidad (3).

Sabido es que uno de los tantos obstáculos que frena el pleno desarrollo de los alumnos con discapacidad está dado por la carencia de un nivel adecuado de educación (4). En ese contex-

provincia se adhiere a la ley 24.901.- Ley 2055 de la Provincia de Río Negro: art. 4. En esta misma provincia, el Consejo Provincial de Educación creó la figura del Maestro de Apoyo a la Inclusión.- Ley 7600 de la Provincia de Salta —modificada por la Ley 7614— que instituye el sistema de la Ley 24.901.- Ley 9891 de la Provincia de Entre Ríos, por la que se adhiere a la Ley 24.901.- Ley 13.328 de la Provincia de Santa Fe, sobre Diagnóstico Precoz, Tratamiento, Integración, Inclusión Social y Protección Integral de Personas con Trastornos del Espectro Autista (TEA) y/o Trastornos Generalizados del Desarrollo (TGD).- Ley 13.853 de la Provincia de Santa Fe, sobre discapacidad: art. 33.

(3) BERTOLDI de FOURCADE, María V. - STEIN, Patricia - RAFFAELI, Adriana E. - FONAGUEIRA, Andrea I., "El derecho al acceso a la educación de las personas con discapacidad en el contexto de las políticas de inclusión. Su efectividad", Revista de la Facultad —UNC—2015—1, 01/04/2015, p. 31. Desde la jurisprudencia, se ha puesto de relieve que según la licenciada en fonoaudiología que atendía a la menor "...el último lugar donde se debe poner a un chico con autismo es en una escuela especial, y por lo tanto los chicos con autismo deben estar integrados en una escuela común para normalizar su vida y porque además tienen la posibilidad de mejorar sus capacidades sociales y lingüísticas, además de mejorar su potencial cognitivo y tener la posibilidad de interactuar con sus pares, siendo que ésta es una discapacidad social, por lo tanto el centro es en apoyo para que la persona con autismo logre la inclusión en la sociedad" (Juzg. Civ. y Com. y Minas de San Rafael N° 2, Mendoza, 29/04/2014, "Jofré, Jorge Mauricio y otros c. Obra Social de Agentes de Lotería y Afines de la República Argentina s/ acción de amparo", Errepar IUSJU217567D).

(4) Se ha sostenido que "[l]as personas con discapacidad experimentan situaciones socioeconómicas adversas, tales como menos nivel de educación, peores condiciones de salud, alto desempleo y tasas más elevadas de pobreza. El entorno económico, legislativo, físico y social de un país puede crear o mantener barreras que dificulten la participación de las personas con discapacidad en la vida económica, cívica o social. Entre esos obstáculos se encuentran: edificios inaccesibles, falta de medios de transporte, menos acceso a las tecnologías de la información y comunicaciones, normas inadecuadas, bajos niveles de servicios y financiamiento insuficiente de los mismos, así como escasez de datos y estudios que fundamenten políticas eficaces, eficientes y basadas en pruebas"; en CASTRO, ob. cit.

to, la figura del docente integrador (5) se perfila como una valiosa herramienta para procurar el acceso a la escuela común de aquellas NNyA que tengan alguna discapacidad (6); meta que podrá ser alcanzada en la medida en que este apoyo no provoque una estigmatización en el alumno, tal como lo advierte un sector de la doctrina autoral (7).

(5) Es muy usual en la jurisprudencia el término "maestra integradora". Incluso puede encontrarse tal designación en la dimensión normativa, por ejemplo, el Decreto 1614/2011 de la Ley I 207 de la Provincia de Chubut, cuyo art. 5 inc. b) del Anexo expresamente establece que "[l]as prestaciones educativas cubrirán la de maestra integradora...". Nosotros vamos a referirnos al "docente integrador", por parecernos más apropiado.

(6) Se ha afirmado que "[e]l docente integrador, es un profesional formado académicamente para dar respuesta a las necesidades educativas especiales, respetando los tiempos y necesidades de cada alumno, acompañando en el asesoramiento de la docente de sala" (Del dictamen pericial producido por la perito psicopedagoga interviniente en el proceso caratulado: "CTrelew, Sala A, 18/11/2009, "S. V. D. R. y Otros c. Provincia del Chubut", La Ley on line: AR/JUR/47210/2009). En otro precedente se señaló que "la función del maestro integrador es brindar los medios necesarios para que un alumno con dificultades pueda acceder, de la mejor manera posible, a toda la información y actividades que pueda ofrecer la institución a la que concurre, además de ser el nexo entre los docentes del curso, el alumno y sus compañeros" (CCont. Adm. de San Martín, 23/10/2007, "M. J. A. G. L. N. c. Gobierno de la Provincia de Buenos Aires y otros", La Ley on line 70046825). Destaquemos que recientemente se ha reconocido incluso la necesidad de una maestra de apoyo también para el tramo de educación superior (STJ de Río Negro, 11/12/2018, "M., S. E. s/ acción de amparo [Art. 43 C. Prov.] s/ Apelación", elDial.com - AAB2D).

(7) BERTOLDI de FOURCADE - STEIN - RAFFAELI - FONAGUEIRA, ob. cit., observan que puede resultar estigmatizante para el niño tener un "maestro integrador". En sentido concordante, se ha expresado que "...la resolución del Ministerio de Educación de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires 3034/2013 establece, como condición necesaria para que el alumno pueda ser acompañado por una maestra de apoyo, la presentación del Certificado Único de Discapacidad. Este hecho, que habilita el acceso a una prerrogativa invaluable en términos pedagógicos, no sólo aparejaría un retroceso del modelo social de la discapacidad, sino que, además, podría generar efectos adversos en estos alumnos. Es decir, los esfuerzos realizados en nuestro país por gestionar aulas inclusivas parecerían conllevar la aparición de una pandemia de diagnósticos clínicos —psicológicos y psiquiátricos, en nuestro caso de análisis— al interior del aula común a pesar las advertencias realizadas por numerosos autores sobre la transferencia de conceptos clínicos

En nuestro aporte nos proponemos analizar la *lucha argumental* sobre la cobertura del docente integrador con el foco puesto en las manifestaciones denegatorias de los entes encargados de facilitar el ejercicio de ese derecho. Para ello, presentaremos seguidamente algunos de los argumentos más salientes que hemos seleccionado de un estudio de aproximadamente un centenar de casos jurisprudenciales.

## II. Argumentos en contra de la cobertura del docente integrador y sus réplicas

### II.1. Un antojo de los padres (8)

La entidad de medicina prepaga se opuso al rubro "maestro integrador" debido a que no habría ninguna probanza de la cual surja la necesidad de tal prestación. Los jueces desestimaron dicho argumento con fundamento en que no se trataba de una pretensión antojadiza de la madre del menor, sino que respondía a la indicación del profesional.

### II.2. Extemporaneidad del amparo (9)

En ese mismo proceso, la empresa accionada para brindar la cobertura de la maestra integradora arguyó que la demanda fue interpuesta extemporáneamente sin cumplir el plazo de quince [15] días hábiles del art. 2 incs. a) y e) de la ley 16.986.

Al respecto, los magistrados expresaron que según lo tiene dicho el más Alto Tribunal, la falta de cumplimiento de aquel requisito "no es un obstáculo insalvable cuando la lesión al derecho

al ámbito escolar" (AZKAR, Adrián, "Sobre educación inclusiva: enfoque de derechos humanos y contribuciones de la psicología", Facultad de Psicología - UBA, Secretaría de Investigaciones, Anuario de Investigaciones, Volumen XXIV, ps. 61 a 68).

(8) CFed. de Córdoba, Sala A, 23/12/2015, "P. M., F. c. Swiss Medical SA s/ amparo ley 16.986", LL on line, AR/JUR/64481/2015. En este caso, la madre de un menor, en representación de este, inició una acción de amparo contra Swiss Medical S.A. con el objeto de que esta última le provea la cobertura de un tratamiento psicológico para su hijo menor de edad y para sus padres, fonoaudiología y maestra integradora. El juez hizo lugar a la acción, decisión que fue confirmada por el tribunal de segunda instancia.

(9) Idem.

o garantía implícita o explícitamente reconocidos en la Constitución Nacional que se intenta reparar a través de esta acción es producido por una ilegalidad continuada". Agregaron que "no se agotó en un único acto u omisión, sino que se produjo a lo largo del tiempo, sin solución de continuidad, en vigencia al momento de deducirse la demanda y también con posterioridad a esa fecha (Fallos 307:174), lo cual es el supuesto de autos".

### II.3. Limitaciones financieras (10)

En este caso, el Instituto Provincia de Salud de Salta alegó que posee limitaciones financieras para cumplir con las prestaciones exigidas, como la maestra integradora. Sobre ese punto, con cita de un fallo de la Corte de Justicia de Salta, los magistrados de la Cámara manifestaron que "la demandada no puede eludir ligeramente sus obligaciones constitucionales alegando limitaciones financieras para cumplir con las prestaciones exigidas por los restantes afiliados y beneficiarios. En efecto, no basta con la simple y conjetural afirmación de que podrían existir limitaciones para atender a esas demandas, pues el ejercicio de un derecho constitucionalmente reconocido (...) no necesita justificación alguna, sino que, por el contrario, y tal como se señaló, es la restricción que de ellos se haga la que debe ser justificada (cfr. esta Corte, Tomo 114:603; 125:401, entre otros); de modo que es preciso fundar adecuada y convincentemente la carencia presupuestaria para que esta pueda ser considerada un obstáculo insalvable a la procedencia de la acción (esta Corte, Tomo 99:185; 146:973)". Asimismo, agregaron lo siguiente: "es importante destacar que en autos no se ha acreditado, ni se ha ofrecido demostrar que exista una desproporcionada magnitud entre la suma de dinero que la obra social debe gastar para cumplir con el pedido del amparista y su concreta capacidad económica o su estado patrimonial, menos aún que ello pueda desequilibrar sus finanzas al extremo de privar de prestaciones a los restantes afiliados y beneficiarios del sistema".

(10) CCiv. y Com. Salta, Sala III, 02/02/2018, "A., G. E. c. Instituto Provincia de Salud de Salta s/ amparo", Errepar IUSJU024351E.

Destaquemos que la jurisprudencia es concordante en el sentido de que cuando el agente obligado no demuestra que la cobertura total de las prestaciones reclamadas pueda comprometer su patrimonio, al punto de impedirle atender a sus demás beneficiarios y, de esa forma, encontrarse imposibilitado de cumplir con sus objetivos, la ley 24.901 o sus normas reglamentarias no pueden ser interpretadas contrariamente a los derechos del afiliado, según la protección que le es acordada por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales (11).

Recordemos además que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado que "...no resulta suficiente sostener en abstracto argumentaciones en torno a la libertad de contratar, a la afectación del contenido estructural de contratos privados de cobertura médica y al 'exorbitante costo económico', derivado de la aplicación de la ley, sin ponderar en el caso examinado la falta de demostración por parte de la actora, del perjuicio concreto que le ocasionaba la normativa impugnada, requisito ineludible para obtener la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal..." (12).

### II.4. La obra social no se encuentra adherida a la ley 24.901 (13)

En este proceso, el IAPOS (Provincia de Santa Fe) arguyó que al no encontrarse adherida a la ley nacional 24901, no correspondía que se hiciera cargo del apoyo escolar.

Los jueces descartaron tal aserto, entre otros, con el siguiente fundamento: "aquellas obras sociales que no adhieran al sistema de las leyes 23.660 y 23.661 quedan igualmente obligadas

(11) CNCFed. CC, Sala I, 30/08/11, "F., H. E. c. Instituto de Obra Social del Ejército", citado por BARBADO, Patricia B., "La discapacidad y la judicialización de las prestaciones de salud", Temas de Derecho Civil, Persona y Patrimonio, Erreius, mayo, 2016, p. 27.

(12) CSJN, "Hospital Británico de Buenos Aires c. M. S. y A. S.", Fallos 324:754.

(13) CCiv. y Com. Rosario, Sala I, 07/12/11, "Cuevas, Juan José c. IAPOS s/ amparo", Errepar IUSJU19562D. En sentido concordante: CCiv. y Com. Rosario, Sala III, 13/08/2012, "A., J. C. c. IAPOS s/ amparo", La Ley on line AP/JUR/2684/2012.

a garantizar, como mínimo, ese piso que surge de las leyes 24.901 y 22.431. De lo contrario las obras sociales que no adhieran gozarían de una suerte de privilegio carente de fundamento alguno respecto de las restantes obras sociales e incluso con relación a las empresas de medicina prepaga. En todo caso, pesa la carga de argumentación y de la justificación agravada en cabeza de la obra social no adherida al sistema; ella deberá demostrar y justificar de modo concluyente por qué no estaría en condiciones de hacerse cargo de ese mínimo de obligaciones (...) No basta con aducir la simple discrecionalidad de su accionar. Adicionalmente, si las obras sociales no adheridas al sistema no cumplen con las prestaciones similares que surgen de la ley 24.901, terminan generando un trato desigualitario a las personas con discapacidad, respecto de: a) aquellas que tienen una obra social adherida y cumplen con las prestaciones; b) aquellas que no tienen cobertura social adherida y no poseen medios para solventar sus prestaciones pero que reciben las prestaciones directamente del Estado (art. 4 de la ley 24.901)".

Vinculado a este último punto, Clérico pone énfasis en "el argumento de igualdad como razón sustantiva para extender la aplicación de los principios de la ley 24.901 a todo el territorio de la República y como expresión de las medidas de acción positiva del art. 75 inc. 23 de la Constitución" (14).

(14) CLÉRICO, Laura, "¿El argumento del federalismo vs. el argumento de igualdad? El derecho a la salud de las personas con discapacidad", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Buenos Aires, Año 2010, p. 99. Agrega la autora que "el art. 8° de la ley 24.901 y su decreto reglamentario establece que el Poder Ejecutivo propondrá a las provincias que dicten normas que establezcan principios análogos a la presente ley, por su parte el decreto reglamentario estableció que las provincias podían adherir por convenio. Si esta invitación se interpreta en forma netamente facultativa, entonces se estaría otorgando a las provincias un alto margen de discrecionalidad para que establezcan prestaciones similares a la norma federal y sin plazo. Sin embargo, esta interpretación no resulta la más favorable a la protección de los derechos de las personas con discapacidad (principio pro homine). La invitación podría ser entendida como una obligación de empezar a hacer en el marco de un plazo razonable de adaptación para que las provincias y las obras sociales nacionales y provinciales aún no-adheridas puedan modificar sus sistemas e infraestructura para hacerse cargo de las prestaciones debidas" (p. 98).

## II.5. La prestación de docente integrador no es de salud (15)

En el mismo caso citado en el punto anterior, la demandada arguyó además que la prestación requerida es de naturaleza educacional y no de salud; por lo que debe ser cubierta por el Ministerio de Educación. Señaló que "el IAPOS debe atender las prestaciones de salud y no las educativas o sociales".

Contra tal argumento, la Cámara sostuvo que "[e]l Ministerio de Educación se hace cargo de dichas prestaciones cuando el requerimiento es efectuado por las instituciones educativas para atender a un grupo de alumnos. Pero diferente es el caso de autos, donde el requerimiento es realizado por un alumno individualmente que necesita imperiosamente de una maestra integradora abocada a la problemática particular que presente el menor de autos". Agregó que "la postura defensiva de la demandada (de considerar que la prestación de integración educativa no es estrictamente de salud para no asumir responsabilidad), ha sido claramente desechada por la Corte de la Nación, en punto a destacar que toda vez que se trata de una persona que sufre alguna discapacidad, tal prestación integra los requerimientos de su tratamiento de salud. Ello así teniendo en cuenta que la Corte Federal ha reconocido en una jurisprudencia reciente que 'la cobertura integral de los servicios educativos son prestaciones de salud' (...) agregando que 'la protección y asistencia universal de la infancia discapacitada constituye una política pública, en tanto consagra ese mejor interés, cuya tutela encarece —elevándolo al rango de principio— la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 3, 24 y ss.) de dicho pacto y art. 75, inciso 22 y 23 de la CN siendo doctrina esclarecedora en cuanto a que la niñez, además de la especial atención por parte de quienes están directamente encargados de su cuidado, requiere también la de los jueces y de la sociedad toda, con lo cual, la consideración primordial de aquel interés orienta y condiciona la decisión jurisdiccional, con singular énfasis en aquellos menores aquejados por impedimentos físicos o mentales, debiendo ser custodiado con acciones positivas por todos los departamentos gu-

(15) CCiv. y Com. Rosario, Sala I, 07/12/11, "Cuevas, Juan José c. IAPOS s/ amparo", Errepar IUSJU19562D.

bernaméntales' (causa: Rivero, Gladys E., del 6 de Septiembre de 2009, publicado en La Ley del 30 de Abril de 2010, fallo n° 114.463)".

*II.6. La prestación de docente integrador no está incluida en el sistema de prestaciones (16)*

En este caso, la demandada —Obra Social Provincia (San Juan)— denegó, entre otras razones, la cobertura de los honorarios de docente auxiliar integradora (DAI) por no hallarse incluida en su sistema de prestaciones.

Los magistrados consideraron que "la falta de adaptación del nomenclador prestacional (...) se traduce en la privación de los afiliados de los adelantos terapéuticos que el progreso científico incorpora en el campo de las prestaciones médico asistenciales", y que "la cobertura solicitada correspondiente a Docente Auxiliar Integradora (DAI) debe entenderse que se encuentra inserta dentro de las prestaciones de rehabilitación y prestaciones educativas y además a una mejor inserción en la sociedad, que tiene por objeto garantizar el derecho a la educación de este menor con capacidades especiales, mediante su integración en la escuela, conforme a lo que se ha obligado el propio Estado".

*II.7. La ley 24.901 no es operativa (17)*

En el mismo proceso referido en el punto anterior, la Obra Social adujo que la ley 24.901, a la que se adhirió por ley 7850, no sería operativa por cuanto se encuentra condicionada a la efectiva disponibilidad de recursos afectados tanto de orden nacional como provincial, situación que no habría acontecido.

Sobre este punto, los jueces sostuvieron que las personas con discapacidad no pueden quedar sin cobertura, "haciendo depender la prestación a la existencia de partidas presupuestarias que establece como condición la ci-

(16) CCiv. Com. y Min. de San Juan, Sala III, 27/10/2016, "Pacheco, María Eugenia c. Obra Social Provincia", La Ley Online, AR/JUR/108154/2016. Los jueces agregaron que parecía restrictivo y arbitrario vedar el acceso a una terapia completa, moderna y segura, simplemente porque no se encontraba en el organismo prestacional, el nomenclador respectivo.

(17) Fallo citado en nota anterior.

tada ley" (18). Agregaron que "la alegada falta de operatividad no es tal, en razón que la desidia o al menos inacción del Estado en brindar la protección que esas leyes establecen no puede ir en detrimento de principios consagrados en la Constitución Nacional, Provincial, Tratados y Convenciones Internacionales".

*II.8. La maestra integradora impide el desarrollo del proceso madurativo (19)*

En esta causa, el Ministerio de Educación manifestó dogmáticamente que otorgar a los niños una maestra integradora a tiempo completo y en forma exclusiva vulneraría sus libertades individuales e impediría que desarrollaran favorablemente sus procesos madurativos en la forma más independiente posible.

Por el contrario, los jueces entendieron que la denegatoria del Ministerio se apreciaba como una decisión ilegítima, dado que el dictamen aportado por la perito psicopedagoga persuadía acerca de la necesidad de proveer a ambos menores de asistencia de maestros integradores especiales en forma permanente, con las modalidades señaladas en el dictamen. Agregaron que la prueba aportada permitió establecer la necesidad de que ambos niños reciban la asistencia integradora especializada en forma permanente en esta etapa de su educación, a fin de garantizarles una igualdad de oportunidades, único modo de concretar los principios y garantías de la normativa vigente, que de otro modo quedarían relegados a una mera declamación principista, sin correlato real y efectivo.

*II.9. La maestra integradora configura un privilegio (20)*

En un proceso que llegó hasta la Corte Suprema de Justicia de San Juan, el demandado

(18) Puede relacionarse este criterio con el sentado por la CSJN en: "Hospital Británico de Buenos Aires c. M. S. y A. S.", Fallos 324:754, ya citado.

(19) CTrelew, Sala A, 18/11/2009, "S. V. D. R. y Otros c. Provincia del Chubut", La Ley on line: AR/JUR/47210/2009.

(20) Corte de Justicia de la Provincia de San Juan, Sala II, 05/07/2011, "Pontoriero Prior, Gladys Cristina y otro s/ amparo-inconstitucionalidad", La Ley on line AR/JUR/36829/2011.

(Provincia de San Juan) arguyó en su recurso de inconstitucionalidad “que el Estado provincial brinda cobertura en establecimientos especiales, por lo que condenarlo a proveer un docente auxiliar integrador exclusivo importa un privilegio respecto de otros ciudadanos”.

La Corte desestimó formalmente el recurso, aunque sin expedirse sobre el llamativo argumento señalado.

*II.10. No corresponde el reintegro de gastos por la maestra integradora a través de una acción de amparo (21)*

En este pronunciamiento, los jueces decidieron revocar la sentencia que hizo lugar a la acción de amparo y condenó a la accionada al reintegro de los servicios prestados por la maestra integradora del hijo del menor del accionante con fundamento en que tal pretensión excedía el marco de la acción de amparo, por lo que debía canalizarse la cuestión por la vía ordinaria.

En sentido contrario, se sostuvo que negar la posibilidad de hacer efectivo el reintegro por el solo fundamento de la excepcionalidad de la vía implica incurrir en un excesivo rigor formal, e imponer en los hechos una carga más a la madre del niño que ha obrado con diligencia y previsión (22).

---

(21) CCont. Adm. San Martín, 18/04/2013, "Elois, Gustavo Luis c. Sistema Asistencia de la Caja de Abogados de la Provincia de Buenos Aires (CASA) s/ amparo", Errepar IUSJU211797D. En sentido concordante: CCont. Adm., Mar del Plata, 04/05/2017, "Montenegro, Juan M. c. Ministerio de Salud - IOMA s/ amparo", Errepar IUSJU018384E.

(22) CCom. Lab. Min. I° Circunscripción Judicial, Sala III, Neuquén, 01/03/2018, "P. G. L. c. ISSN s/ acción de amparo", Errepar IUSJU025577E. Añadieron los magistrados que "debe actuarse con la urgencia del caso, evitando que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con tutela constitucional, lo cual se produciría si el actor debe tener que aguardar a un nuevo proceso dirigido a procurar el reintegro de las sumas abonadas y aún adeudadas (doctrina sentada en el dictamen de la Sra. Procuradora Fiscal ante la Corte Suprema Dra. Beiró de Goncalves in re 'Segarra, Marcelo c. IOS' CSJN; S N° 328, L. XLII)".

*II.11. La “complejidad” del trámite administrativo para autorizar el ingreso de la maestra integradora a la escuela (23)*

El demandado —Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires—, demoró la autorización de ingreso a la escuela a una maestra integradora con fundamento en la complejidad que revestía el trámite administrativo, tal como los funcionarios públicos lo habrían puesto de manifiesto en una audiencia.

Los jueces expresaron que “no resulta razonable demorar el goce del derecho, especialmente, respecto de un menor que merece especial atención bajo el pretexto de la complejidad de reviste el trámite administrativo”. Pusieron de relieve que “a más de dos meses de peticionada la admisión de la maestra integradora, la demandada no se habría expedido en ningún sentido siendo que, provisionalmente, la asistencia del niño a la escuela exige el acompañamiento de una maestra integradora y la no concurrencia al colegio podría derivar en un retraimiento de los logros alcanzados previamente”.

*II.12. La invasión de la zona de reserva administrativa (24)*

En el mismo caso citado previamente, el GCBA sostuvo que la concesión del juez de pri-

---

(23) CCont. Adm. y Trib. Bs. As. (Ciudad), Sala I, 26/09/2012, "S., P. A. y otros c. GCBA s/ otros procesos incidentales", Errepar IUSJU201726D. En el presente caso, la actora, en representación de su hijo menor de edad, quien padece un trastorno generalizado del desarrollo no especificado, interpuso una acción con el objeto de que se le asegure el derecho a la educación en condiciones de igualdad y no discriminación, para lo cual peticionó que se le permita comenzar su primer grado en la Escuela Jornada Simple N° 5 del Distrito Escolar n° 3, "Agustín Álvarez" asistido en forma permanente por una maestra integradora. La representante del niño había promovido actuaciones administrativas para que se autorice el ingreso de la maestra integradora a la referida casa de estudios. Adujo que su hijo era víctima de un accionar discriminatorio del GCBA en razón de su discapacidad pues no se le permitía en los hechos concurrir al colegio primario mediante la asistencia de su maestra integradora, excluyéndolo del sistema general de educación. El juez de primera instancia hizo lugar a lo solicitado.

(24) Fallo citado en nota anterior.

mera instancia de una medida cautelar para que el niño comience su primer grado asistido por una maestra integradora invadía la denominada “zona de reserva” administrativa al interferir en el desarrollo de la política educativa.

Sobre ese punto, los integrantes de la Cámara confirmaron tal decisión en los siguientes términos: “[c]abe señalar que la medida cautelar concedida en nada estaría afectando la política educativa del GCBA ya que la decisión no estableció nuevas pautas a cumplimentar ni desoyó el ordenamiento vigente. Por el contrario, se limitó a satisfacer preventivamente un derecho constitucional cuyo reconocimiento oportuno fue omitido por la demandada siendo que tal desatención podría, dicho esto en el estado inicial del proceso, dar origen a posibles perjuicios —demoras o regresiones— respecto de la educación e integración del menor. A ello, debe agregarse que este Tribunal ha dicho innumerables veces que cuando los jueces revisan el accionar de la administración en el marco de las causas en las que han sido llamados a conocer no invaden zona de reserva alguna, sino que se limitan a cumplir con su función, cual es la de examinar los actos o normas atacados a fin de constatar si ellas se adecuan o no al derecho vigente”.

### *II.13. La medida precautoria dictada coincide con la pretensión final (25)*

En este proceso, entre otros argumentos, la demandada solicitó la revocación del pronunciamiento de primera instancia porque la medida cautelar coincidía en todo con la pretensión final de la parte actora, lo que podría configurar un anticipo de jurisdicción.

(25) CNCiv. y Com. Fed., Sala I, 18/11/2014, “R. P. L. c. Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ amparo de salud”, Errepar IUSJU223497D. Además, en este fallo se cita el precedente de la CSJN, “Camacho Acosta, Maximiliano c. Grafi Graf SRL y otros”, Fallos 320:1633, en el que se expresó que no se puede descartar el acogimiento de la medida cautelar pedida so peligro de incurrir en prejuzgamiento, cuando existen fundamentos que imponen expedirse provisionalmente sobre la índole de la petición formulada. Se sostuvo el mismo criterio en CNCiv. y Com. Fed., Sala III, 13/12/17, “C. B. c. Instituto Nac. de Serv. Soc. para Jubilados y Pensionados s/ amparo de salud - Incidente de Medida Cautelar”, Errepar IUSJU203685E.

La controversia se planteaba en cuanto a la obligación de la accionada de proveer —cauteladamente— la cobertura del 100% de escolaridad común con integración en el “Jardín de Infantes Colmenita” en favor de una niña que padece encefalopatía crónica no evolutiva a agiria paquigiria.

La sentencia de Cámara desechó aquel argumento con fundamento en que “es de la esencia de estos institutos procesales enfocar sus proyecciones sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo, pues se encuentran dirigidos a evitar los perjuicios que se pudieran producir en el caso de que no se dicte la medida, tornándose de dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva. En consecuencia, una solución contraria a la que aquí se propicia convertiría a este tipo de medida en una mera apariencia jurídica sin sustento en las concretas circunstancias de la causa, habida cuenta de que toda presentación en tal carácter se enfrentaría con el impedimento de un eventual prejuzgamiento sobre la cuestión de fondo (...) En tales condiciones, considerando los específicos términos de la indicación del especialista neurólogo infantil (...) surge una notable evolución de la niña en el Jardín de Infantes Colmenita, y teniendo en cuenta que el juzgamiento de la pretensión cautelar solo es posible mediante una limitada aproximación a la cuestión de fondo sin que implique avanzar sobre la decisión final de la controversia, cabe concluir que el mantenimiento de la medida precautoria decretada evita —al menos hasta el momento del pronunciamiento del fondo de la cuestión— el agravamiento de las condiciones de vida de la niña —amparista en esta causa—”.

### *II.14. No se acreditó la falta de recursos económicos de la actora (26)*

En el marco de un recurso extraordinario, la Obra Social manifestó que no estaba acreditada la falta de recursos económicos de la

(26) STJ de Corrientes, 07/04/2016, O., “G. E. en Nombre Y Representación de su Hijo Menor c. IOSCOR (Inst. de Obra Soc. de la Pcia. De Corrientes) s/ Amparo”, ED-DCCCXXVIII-569.

actora para costear el pago de la maestra integradora.

Para rechazar el recurso referido, entre otros fundamentos, los magistrados manifestaron lo siguiente: “no puedo más que coincidir con los jueces de las instancias anteriores, puesto que la denegatoria del Instituto demandado aparece a todas luces injustificada y arbitraria, ya que comprobada la discapacidad que presenta el menor J. C. y teniendo en consideración lo aconsejado por el Médico Pediatra Dr. C., así como por la Psicopedagoga Lic. N. y el Psicólogo Forense Dr. G., acerca de la necesidad de que el menor sea incluido en un establecimiento educativo común acorde a su edad con el acompañamiento de una 'maestra integradora' para su integración, no quedan dudas que su cobertura debe estar a cargo de la obra social accionada”.

### III. Nuestro análisis desde la teoría de la argumentación

Hemos individualizado, aunque no exhaustivamente, distintas defensas —algunas más usuales que otras— que blanden las entidades con el objeto de eximirse de dar cobertura del docente integrador.

A la vez, expusimos las réplicas judiciales a aquellos razonamientos, apoyadas en el sólido armazón normativo (27) que reconoce los derechos de educación y salud de las NNyA (28); máxime cuando tienen alguna discapacidad.

---

(27) Ver la enumeración normativa que realizamos en la Introducción de este trabajo.

(28) Mencionamos en conjunto ambos derechos sociales, pues se hallan íntimamente conectados. En efecto, el acceso a la educación puede ser contemplado como un vehículo a la salud. En este sentido, se ha sostenido que es obligación de la obra social prestar la cobertura de "maestra integradora" a un afiliado con discapacidad, ya que la ley 24.901 ha extendido el sistema de prestaciones básicas, excediendo ampliamente el campo de la salud, en pos de una rehabilitación integral. En el mismo fallo se expresó que dentro de los alcances de la referida ley se encuentran las prestaciones educativas, que corresponden a "educación general básica" y que se refiere a los "aspectos de integración en escuela común" (CTrab. 3ª Circunscripción, Bariloche, 20/08/2010, Río Negro, "Morán, Alba R. s/ amparo", Errepar IUSJU174724D).

En este punto, nos enfocaremos sobre algunos conceptos de la denominada teoría de la argumentación jurídica.

Primeramente, debemos detenernos sobre la posibilidad de aplicarla a las afirmaciones de los agentes obligados a brindar la prestación educativa en cuestión.

Es preciso destacar que, si bien esta teoría se halla dirigida principalmente a las decisiones jurídicas, en este trabajo empleamos algunos de sus conceptos con el objeto de analizar los argumentos que formulan las entidades que deben cubrir (o facilitar) la prestación del docente integrador. En este sentido, Alexy expresa que, por ejemplo, en un proceso civil “las partes o sus abogados plantean con sus intervenciones una pretensión de corrección, aunque solo persigan intereses subjetivos. Lo que exponen como razones en favor de una determinada decisión podría, al menos en principio, estar incluido en un tratado de ciencia jurídica. No es infrecuente, sobre todo en procedimientos ante altos tribunales, que las fundamentaciones procedan de discusiones científicas. Además, los argumentos formulados ante el tribunal son recogidos frecuentemente en la fundamentación judicial; y resulta difícil poner en duda que esta se sitúa bajo la pretensión de corrección” (29).

Atienza disiente sobre este punto con Alexy. Alude, el autor español, al “uso estratégico de los argumentos” que emplean los abogados, por lo que no tendría mucho sentido hablar de “pretensión de corrección”. En esta línea, afirma lo siguiente: “[l]a argumentación de los abogados es, en lo esencial una argumentación 'de parte' (lo que no significa *ilegítima*) que, por ello, difiere en aspectos relevantes de la del juez Alexy (y, en general, los representantes de la teoría estándar) no parece verlo así y defiende, por ejemplo, que la teoría del discurso racional es un modelo que se aplica también a la argumentación de los abogados, los cuales —en su opinión— también erigirían (en sus demandas ante los tribunales) una pretensión de correc-

---

(29) ALEXY, Robert, "Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica", traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Palestra editores, Lima - 2010, ps. 303 y 304.

ción. Pero esto es muestra, en mi opinión, de una concepción idealizada del Derecho en la cual el fenómeno jurídico es observado única o preferentemente desde la perspectiva de los tribunales superiores y de la dogmática jurídica” (30).

Según nos parece, el hecho de que los argumentos esbozados por una parte en el proceso no tengan la *natural* “pretensión de corrección”, que sí tienen (o debieran tener) los argumentos vertidos en una sentencia judicial, no obsta que los primeros queden exentos de análisis desde el prisma de la teoría de la argumentación jurídica. De hecho, eventualmente esos razonamientos podrían cristalizarse en la decisión judicial. Si bien es innegable el “uso estratégico” al que hace referencia Atienza (por lo que sería vano exigirles que cumplan estrictamente con los criterios del discurso racional a la manera de un magistrado o de alguna autoridad de la Administración), no vemos razones que impidan la evaluación de los argumentos de los abogados (de parte) en función de los criterios sobre la validez formal, corrección y persuasión.

Sentado ello, en cuanto a la posibilidad de someter los argumentos de las entidades demandadas a la teoría de la argumentación jurídica, Perelman y Olbrechts-Tyteca sostienen que “el objetivo de toda argumentación (...) es la de provocar o acrecentar la adhesión a las tesis presentadas para su asentimiento: una argumentación eficaz es la que consigue aumentar esta intensidad de adhesión de manera que desencadene en los oyentes la acción prevista (acción positiva o abstención), o, al menos que cree, en ellos, una predisposición que se manifestará en el momento oportuno” (31).

Según Toulmin, en su obra *The Uses of Argument*, cualquiera sea la naturaleza de la aseveración en concreto, en todos los casos se puede poner en entredicho la afirmación y exigir que nuestra atención se centre en los aspectos bási-

(30) ATIENZA, Manuel, "Curso de argumentación jurídica", Trotta, Madrid, cuarta reimpression 2016, ps. 704 y ss.

(31) PERELMAN - OLBRECHTS-TYTECA, "Tratado de la Argumentación. La nueva retórica", traducción española de Julia Sevilla Muñoz, Gredos, Madrid, 1989, p. 91.

cos (fundamento o razones en los que se apoya, datos, hechos, pruebas, consideraciones, componentes) de los que depende el valor de la afirmación (32). Agrega que las “consideraciones lógicas” se ocupan únicamente de las formalidades preliminares, no de los méritos reales de los argumentos, esto es, si son sólidos (*sound*) o aceptables (33).

Para este autor, los argumentos poseen el siguiente esquema: la *afirmación* o conclusión (*claim*), los *datos* (*data*) (34), es decir, los elementos justificatorios que se alegan como base de la afirmación realizada (35), la *garantía* (*warrant*), constituida por las reglas, principios, enunciados, etc., que nos permiten mostrar cómo a partir de determinados datos podemos pasar legítima y apropiadamente a la conclusión (36), el *respaldo* (*backing*) de las garantías (37), los *modalizadores* (*qualifiers*), cuya finalidad es la de matizar la afirmación (38), y las *salvedades*

(32) TOULMIN, Stephen E., "Los Usos de la Argumentación", traducción de María Morrás y Victoria Pineda. Revisión de la traducción y presentación de la obra de J. J. Morso, Marcial Pons, 2019, p. 44.

(33) *Ibidem*, p. 227.

(34) En una obra posterior (TOULMIN, Stephen - RIEKE, Richard - JANIK, Allan, "Una introducción al razonamiento", Palestra Editores, Lima, 2018, p. 70) la noción de "datos" se convierte en "bases" (grounds), o sea, enunciados que especifican hechos particulares sobre una situación.

(35) *Ibidem*, p. 126.

(36) *Ibidem*, p. 127. Agrega que las garantías no ofrecen más datos, sino que se trata de proposiciones, tales como reglas, principios, enunciados, etc., que permiten realizar inferencias sin agregar información adicional.

(37) *Ibidem*, p. 132. Toulmin explica que "detrás de las garantías que empleamos habrá normalmente (...) otras certezas, sin las cuales las propias garantías carecerían de autoridad y vigencia; a estas nos referimos como el respaldo (R) de las garantías".

(38) *Ibidem*, p. 129. Nos dice este autor que "[a]lgunas garantías permiten aceptar una afirmación de manera inequívoca si se cuenta con los datos apropiados: son garantías que, en los casos adecuados, nos permiten matizar nuestra conclusión con el adverbio 'necesariamente'; otras nos permiten dar el paso de los datos a las conclusiones, ya sea provisionalmente, ya sujetas a condiciones, excepciones o matizaciones: en estos casos hay que emplear otros términos modales, tales como 'probablemente' o 'presumiblemente'. Por consiguiente, puede que no sea suficiente simplemente con especificar sin

(*rebuttals*), esto es, las circunstancias excepcionales que podrían socavar la fuerza argumental (39).

Alexy establece diversas reglas y formas para el discurso práctico racional general. Distingue entre reglas fundamentales, reglas de razón, reglas sobre la carga de argumentación, formas de los argumentos, reglas de fundamentación y reglas de transición (40).

A su vez, explica que, dentro del discurso jurídico, concebido como un caso especial del discurso práctico general (41), “pueden distinguirse dos aspectos de la justificación: la *justificación interna* (*internal justification*) y la *justificación externa* (*external justification*)” (42).

En la justificación interna se trata de ver si la decisión se sigue lógicamente de las premisas que se aducen como fundamentación, mientras que, en la justificación externa, el objeto es la *corrección* de estas premisas (43); que pueden ser reglas de Derecho positivo, enunciados empíricos y premisas que no son ni reglas de Derecho positivo ni enunciados empíricos (44). Con respecto a esta última perspectiva de la justificación, clasifica las diversas reglas y formas en los siguientes grupos: de interpretación, de la argumentación dogmática, del uso de los preceden-

---

más los datos, la garantía y la afirmación; también puede ser necesario añadir alguna referencia explícita al grado de fuerza que los datos de los que disponemos confieren a la afirmación realizada en virtud de la garantía. En una palabra: puede que tengamos que incluir un modalizador que matice la afirmación”.

(39) TOULMIN, Stephen - RIEKE, Richard - JANIK, Allan, ob. cit., ps. 149 y ss.

(40) ALEXY, ob. cit., ps. 266 y ss. Nos limitamos a mencionar algunas de ellas: no contradicción, sinceridad, universalidad y comunidad del uso del lenguaje (reglas fundamentales); el deber de fundamentar lo que se afirma, salvo que haya razones que justifiquen rechazar la fundamentación y el derecho a participar en el discurso, la libertad en la discusión y la no coerción en el discurso (reglas de la razón).

(41) *Ibidem*, ps. 294 y ss. El autor alemán distingue la argumentación jurídica de la argumentación práctica general debido a que la primera se caracteriza por la vinculatoriedad al Derecho vigente.

(42) *Ibidem*, p. 306.

(43) *Ídem*.

(44) *Ibidem*, p. 318.

tes, de la argumentación práctica general, de la argumentación empírica y las formas especiales de argumentos jurídicos (45).

Nos dice Alexy que “la explicación del concepto de argumentación jurídica racional tiene lugar en esta investigación mediante la descripción de una serie de reglas a seguir y de formas que debe adoptar la argumentación para satisfacer la pretensión que en ella se plantea. Si una discusión se corresponde con estas reglas y formas, el resultado alcanzado en la misma puede designarse como ‘correcto’. Las reglas y formas del discurso jurídico constituyen por ello un criterio de corrección para las decisiones jurídicas” (46).

Por su parte, Atienza sostiene que “argumentar es una actividad racional, en el doble sentido de que es una actividad orientada a un fin y en el de que hay criterios para evaluar una argumentación; o sea, siempre parece tener sentido preguntarse si una argumentación es buena o mala, mejor o peor que otra, aparentemente buena, pero en realidad mala” (47).

Agrega que hay tres concepciones básicas de la argumentación: la *formal*, la *material* y la *pragmática* (48).

La *concepción formal* contempla netamente la estructura de los argumentos. No se da aquí un análisis acerca del contenido de corrección de las premisas o de la conclusión. Explica este autor que “no se trata de la forma de una actividad (la estructura de un diálogo, por ejemplo), sino de la forma del producto o resultado de esta, del argumento, que, como antes se ha visto, consta de tres elementos: las premisas, la conclusión y

---

(45) *Ibidem*, ps. 320 y ss.

(46) *Ibidem*, p. 401.

(47) ATIENZA, ob. cit., p. 110. El autor elabora una teoría que integra adecuadamente las distintas concepciones indicadas. De esta manera, dichas perspectivas permiten una evaluación en términos de validez o invalidez (concepción formal), mayor o menor solidez (concepción material), o mayor o menor persuasión (concepción pragmática) (p. 116).

(48) *Ibidem*, p. 110.

la relación que se establece entre esos dos elementos, la inferencia” (49).

En otro orden, la *concepción material* se ocupa de las “buenas razones” que justifican una decisión, esto es, su contenido de verdad y de corrección. Nos dice el autor citado que en este enfoque “el centro de atención no se pone en la inferencia, sino en las premisas (las razones para creer en algo o para realizar o tener la intención de realizar una acción) y en la conclusión” (50).

Finalmente, la *concepción pragmática* contempla la argumentación como una actividad lingüística cuya finalidad es la de lograr persuasión del auditorio o de interactuar con otro u otros para llegar a algún acuerdo respecto a cualquier problema teórico o práctico. Atienza afirma —en este sentido— que “el éxito de la argumentación depende de que efectivamente se obtenga (o debiera obtenerse) la persuasión o el acuerdo del otro”; de allí que la concepción material puede verse en términos individuales, mientras que la concepción pragmática importa una actividad social (51).

Pues bien, frente a los conceptos señalados se imponen diversos interrogantes sobre algunos casos jurisprudenciales referidos más arriba.

¿Qué nivel de *corrección* encontramos en el argumento consistente en que el docente integrador configura un privilegio? ¿Y en la supuesta “complejidad del trámite” para autorizar el acceso a una maestra integradora al establecimiento escolar? ¿Podemos calificar como una *buen razón* el argumento de la falta de pruebas sobre la necesidad de un docente integrador cuando hay una expresa indicación profesional en sentido favorable? ¿Qué decir sobre el argumento de la Obra Social consistente en que no está obligada a cubrir esta medida de apoyo por no hallarse adherida a la ley 24.901? ¿Constituye un sólido (*sound*) argumento la ligera referencia a la “limitación financiera” para eximirse de la cobertura del docente integrador? ¿Cuáles serían las *bases* y

*garantías* que justificarían arribar a la *conclusión* de que la herramienta analizada no constituye una prestación de salud?

¿Qué grado de *persuasión* o *convicción* pueden generar los argumentos esbozados por los entes obligados? Se nos ocurre que únicamente frente al *auditorio* (52) de las obras sociales y de las entidades de medicina prepaga, o sea, frente a ellas mismas. Evidentemente el consenso general jurisprudencial a favor del acceso al docente integrador revela el escaso nivel de adhesión de aquellos razonamientos. Podríamos seguir con nuestros interrogantes...

No se nos escapa que, tal como lo hemos señalado, si bien no puede exigirse a los abogados de parte una “pretensión de corrección” a la manera de un magistrado o de alguna autoridad de la Administración, pues va de suyo que —en general—, aquellos defienden intereses particulares y sería vano aspirar a que cumplan estrictamente con los criterios del discurso jurídico, creemos que tal circunstancia no impide analizar si sus asertos armonizan con los criterios de validez formal, material y pragmática de la teoría de la argumentación jurídica. En este sentido, resulta evidente, para nosotros, que los fundamentos que promueven el acceso al docente integrador poseen una entidad argumental mucho mayor al de las aseveraciones *peso pluma* de las entidades obligadas. Acaso, estos argumentos denegatorios de la cobertura configuran disfraces de los verdaderos motivos, tales como evitar trámites y/o incurrir en gastos.

Vaz Ferreira sostiene que “lo que expresamos es una mínima parte de lo que pensamos y lo que pensamos es una mínima parte de lo que *psiqueamos*, es decir, de lo que vivimos intelectual, sensitiva y afectivamente”; de allí que este autor propone “una visión de la argumentación como una suerte de iceberg discursivo, cuya parte oculta o ‘subdiscursiva’ es mucho mayor que la porción visible, el argumento explícito” (53).

(52) Empleamos el término “auditorio” en el sentido perelmaniano, según el cual, es el conjunto de aquellos sobre los que quiere influir el orador por medio de su argumentación (PERELMAN - OLBRECHTS-TYTECA, ob. cit., p. 55).

(53) VAZ FERREIRA, Carlos, “Lógica viva”, Losada, Buenos Aires, reimp. en Textos de Carlos Vaz Ferreira,

(49) *Ibíd.*, p. 171.

(50) *Ibíd.*, ps. 110 y 275.

(51) *Ibíd.*, p. 111.

No obstante lo dicho respecto del mayor peso de los argumentos en favor del derecho al docente integrador, no podemos dejar de advertir que esas "buenas razones", sumadas a la tendencia jurisprudencial favorable **(54) (55)**, no parecen ser suficientes para resolver este conflicto.

vol. 4.: Sobre lógica, Biblioteca Nacional, Montevideo, 2008, citado por ATIENZA, ob. cit., p. 163.

(54) CNCiv. y Com. Fed., Sala I, 08/05/2007, "Suñé Thiago c. Obra Social Unión Personal s/ amparo", Errepar IUSJU048256B; CTrab. 3ª Circunscripción, Bariloche, 04/03/2010, Río Negro "Zapata, Ricardo s/ amparo", Errepar IUSJU174532D; CTrab. 3ª Circunscripción, Bariloche, 20/08/2010, Río Negro, "Morán, Alba R. s/ amparo", Errepar IUSJU174724D; Juzg. Nac. de 1ª Inst. en lo Com. Nº 15, 30/08/2011, "A., M. M. y otro c. Galeño Argentina SA", La Ley on line AR/JUR/65259/2011; CCiv. y Com. Rosario, Sala I, 07/12/11, "Cuevas, Juan José c. IAPOS s/ amparo", Errepar, IUSJU19562D; CN-Trab. de Bariloche, Sala III, 30/08/2012, "G., T. M. A. c. OSPLAD", La Ley on line AR/JUR/48579/2012; CCont. Adm. y Trib. Bs. As. (Ciudad), Sala I, 26/09/2012, "S., P. A. y otros c. GCBA s/ otros procesos incidentales", Errepar IUSJU201726D; CNCiv. y Com. Fed., Sala II, 06/08/2013, "V., M. M. c. OSDE s/ amparo (incidente)", La Ley on line AR/JUR/62029/2013; CSJN, 27/11/2012, "R., D. y otros c. Obra Social del Personal de la Sanidad s/ amparo", La Ley on line AR/JUR/72014/2012; CCiv. y Com. Rosario, Sala III, 13/08/2012, "A., J. C. c. IAPOS s/ amparo", La Ley on line AP/JUR/2684/2012; CNCiv. y Com. Fed., Sala III, 24/06/2014, "G., D. F. y otro c. OSDE s/ sumarisimo", Errepar IUSJU221639D; CCiv. Com. y Cont. de 1ª Nominación de Río Cuarto, 29/12/2017, "G., L. E. c. Administración Provincia del Seguro de Salud (APROSS) s/ amparo", La Ley on line AR/JUR/100122/2017; STJ de la Pcia. de Entre Ríos, Sala I de proced. const. y pen., 17/03/2010, "R. C., M. C. c. Obra Social de la Provincia de Entre Ríos S/ amparo", La Ley on line 70064399; CNCiv., Sala G, 04/03/2008, "B., E. J. y otro c. Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas", La Ley on line 35022494; CCiv. y Com. de Rosario, Sala III, 13/04/2010, "C., C. v. Instituto Autárquico Provincial de Obra Social —IAPOS—", La Ley on line 70061210; CNCom., Sala "A", 28/06/2007, "Biagioni, Gustavo M. c. Sistema de Protección Médica SA", La Ley on line 70040241; Juzg. Fed. de 1ª Instancia de Santa Fe, 28/02/2008, "Lavilla, Fernando Socar y otra c. Obra Social del Personal de Televisión -Estado Nacional - Ministerio de Salud", La Ley on line AR/JUR/309/2008; CSJ Tucumán, Sala Laboral y Contencioso Administrativo, 09/05/2011, "A. A. M. y otro c. Instituto de Previsión y Seguridad Social de Tucumán y otros s/ amparo", Errepar IUSJU179331D; CNCiv. y Com. Fed., Sala II, 15/05/2014, "K. T. c. Swiss Medical SA s/ amparo de salud", Errepar IUSJU222802D; CNCiv. y Com. Fed., Sala III, 10/11/2011, "Catelón, Agustina c. OSVVRRA s/ sumarisimo", Errepar IUSJU197013D; Juzg. Civ. y Com. y Minas de San Rafael Nº 2, Mendoza, 29/04/2014, "Jofré, Jorge Mau-

ricio y otros c. Obra Social de Agentes de Lotería y Afines de la República Argentina s/ acción de amparo", Errepar IUSJU217567D; CNCiv. y Com. Fed., Sala I, 18/11/2014, "R. P. L. c. Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ amparo de salud", Errepar IUSJU223497D; Corte de Justicia de la Pcia. de Salta, 01/12/2014, "R. A. L.; G. J. H. en representación de su hijo menor c. Instituto Provincial de Salud de Salta s/ amparo - recurso de apelación", LLNOA 2015 (junio), p. 518; CCiv. Com. Lab. y Min. Iº Circuns. Jud., Sala I, 24/02/2015, "P., N. c. ISSN s/ acción de amparo", Errepar IUSJU000387E; C5ª de Apel. en lo Civ. y Com. de Córdoba, 06/03/2015, "C. L., M. L. c. OMINT SA de Servicios s/ amparo", La Ley on line AR/JUR/5546/2015; CFed. de Córdoba, Sala A, 23/12/2015, "P. M., F. c. Swiss Medical SA s/ amparo ley 16.986", La Ley on line AR/JUR/64481/2015; CCiv. Com. y Min. de San Juan, Sala III, 27/10/2016, "Pacheco, María Eugenia c. Obra Social Provincia", La Ley Online AR/JUR/108154/2016; Juzg. Nac. Civ. Nº 99, 06/04/2017, "Defensoría de Menores e Incapaces Nº 6 c. Colegio Mallinckrodt Hermanas de la Caridad s/ amparo menor", Errepar IUSJU008531E; CNac. Civ. y Com. Fed., Sala III, 13/12/17, "C. B. c. Instituto Nac. de Serv. Soc. para Jubilados y Pensionados s/ amparo de salud - Incidente de Medida Cautelar", Errepar IUSJU023685E; CCiv. y Com. Salta, Sala III, 02/02/2018, Salta, "A., G. E. c. Instituto Provincia de Salud de Salta s/ amparo", Errepar IUSJU024351E; Cám. Com. Lab. Min.º Circunscripción Judicial, Sala III, Neuquén, 01/03/2018, "P. G. L. c. ISSN s/ acción de amparo", Ed. Errepar, IUSJU025577E; CNCiv. y Com. Fed., Sala II, 14/03/2018, "C. R. L. c. OSDE s/ amparo", La Ley on line AR/JUR/ 5545/2018; CFed. de Corrientes, 31/05/2018, "D., S. A. y otro c. Obra Social Dirección General de Bienestar de la Fuerza Aérea s/ amparo", Errepar IUSJU029949E; STJ de Corrientes, 07/04/2016, O., "G. E. en nombre y representación de su hijo menor c. IOSCOR (Inst. de Obra Soc. de la Pcia. de Corrientes) s/ Amparo", ED-DCCCXXVIII-569; STJ de Entre Ríos, Sala I, Proced. Const. y Pen., 26/05/2010, "Liberatori, Laura Elisa (en nombre y repr. de Masetto, María Sol) c. Superior Gobierno de la Pcia. de Entre Ríos y C.G.E. s/ Amparo", ED-DCCCV-187; CCiv. Com. y Lab. de Gualaguaychú, Sala 2ª, Laboral, 10/04/2016, "L., J. M. (en representación de su hijo) c. Instituto de Obras Sociales de la Pcia. de Entre Ríos (IOSPER) s/ Acción de Amparo", ED-DCCCXXVIII-875; STJ de Entre Ríos, Sala I, Proced. Const. y Pen., 23/05/2010, "Maidana, Natalia en representación de su hijo menor G. H. c. IOSPER y SGPER s/ Acción de amparo", ED-DCCCVI-946; CNCiv. y Com. Fed., Sala I, 31/08/2010, "Caccavo, Alan Keviny otros c. OSDE s/ incidente de Apelación", ED-DCCCVII-557; entre otros.

(55) Excepcionalmente, se ha denegado la cobertura de docente integrador para un niño que padece un trastorno autista grave y retraso mental grave con el fundamento de que "no se sabe a qué colegio asiste o asistió el menor, cuáles serán las reales necesidades del mismo, ya que sólo se cuenta con la prescripción médica lo que, en principio (...) es insuficiente ya que no está conectado ni referenciado con situación alguna o detalles sobre la escolarización del menor"; y que "no puede resultar

Es curioso de que, en otros sectores del ordenamiento, por ejemplo, el de los contratos civiles y comerciales, pareciera menos “normal” que un acreedor deba transitar por tan espinoso y desgastante derrotero para lograr la satisfacción de su interés.

Nadie duda que “el deudor debe cumplir con su obligación”. Numerosas facultades, mecanismos, garantías y acciones revelan que así funciona y así debe funcionar el derecho obligacional civil y comercial.

En cambio, en el sector de los derechos sociales, sin perjuicio de la existencia también de listados de derechos, mecanismos y garantías tendientes a promover su acceso y ejercicio, es “esperable” (aunque no deseable) que tales herramientas resulten infructuosas en la práctica cotidiana.

Desde esta óptica, podemos observar que las normas del código civil y comercial (entre otras) sobre el deber de cumplimiento del deudor y su anverso: los derechos del acreedor resultan más eficaces que aquellas que promueven, nada más y nada menos, el ejercicio de los derechos humanos. Cuando se trata de un derecho fundamental, como el estudiado en este aporte, se observa un proceso de naturalización sobre las dificultades de su goce.

En algunos casos (o en muchos), es más “fácil” lograr, por ejemplo, el cobro de un título de crédito que acceder a una debida prestación de salud y/o educativa.

Parece así que el ejercicio y protección de un derecho creditorio (56) o real (57) se manifiesta, en la práctica, con mayor eficacia que un de-

---

manifiestamente ilegítima la conducta de quien se encuentra inhibido de conceder lo requerido por cuanto resulta claro que la Obra Social no puede actuar fuera de su competencia legal so pena de realizar un acto nulo de nulidad absoluta” (STJ de la Provincia de Entre Ríos, Sala I de proced. const. y pen., 08/02/2010, “Barrios, Santos Aníbal en nombre y rep. del menor A. E. E. s/ Acción de amparo c. IOSPER, La Ley on line AR/JUR/26455/2010).

(56) Originado, por ejemplo, en un contrato de compraventa, de fideicomiso, etc.

(57) El dominio, la propiedad horizontal, la hipoteca, entre otros.

recho como el analizado en este trabajo. Acaso exista un acostumbramiento o resignación a esta particularidad.

Debemos enfatizar que el acceso al docente integrador importa un derecho fundamental prestacional, que incuestionablemente resulta exigible (58), y —en modo alguno— debiera ser visto como un ruego o un “pedido de favor” por parte del reclamante. No podemos soslayar que nos encontramos frente a una especial situación de *vulnerabilidad compuesta*, pues se trata de NNyA que, a su vez, tienen una discapacidad.

Por ello, el *derecho escrito* en un papel debe convertirse en un *derecho vivido* en la esfera cotidiana (59), y ser garantizado por acciones positivas que promuevan la igualdad real de oportunidades y de trato.

La integración en escuela común no es una concesión ni un beneficio que se otorga a la persona que tiene alguna discapacidad; es un derecho que le reconocemos (60), cuyo costo debe ser cubierto por las obras sociales, entidades de medicina prepaga o, en su defecto, por el Estado, quien “no se puede correr de su lugar de garante del sistema de salud, de implementador de medidas de acción positiva” (61). Ese carácter prestacional del derecho bajo análisis exige que las argumentaciones en contra demuestren fuerza suficiente como para justificar la denegación. El ejercicio de los derechos constitucionalmente reconocidos, en especial el derecho a la salud y educación de un menor con discapacidad no necesita ningún tipo de justificación, sino que y, por el contrario, debe justificarse la restricción pública o privada que se haga de ellos (62).

---

(58) BOROWSKI, Martín, “La estructura de los derechos fundamentales”, trad. de Carlos Bernal Pulido, Universidad Externado de Colombia, serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, 2003, ps. 148 y ss.

(59) ARIAS AMICONE, Marcos P., “Discapacidad: cobertura integral es también cobertura evolutiva”, LLNOA 2015, julio, p. 603.

(60) CTrab. 3ª Circunscripción, Bariloche, 04/03/2010, “Zapata, Ricardo s/ amparo”, Errepar IUSJU174529D.

(61) CLÉRICO, ob. cit., p. 110.

(62) Juzg. Civ. Com. y Minas San Rafael N° 2, Mendoza, 29/04/2014, “Jofré, Jorge Mauricio y otros c. Obra Social

En fin, según hemos visto, la doctrina judicial se inclina —sobre este punto— hacia el interés de las NNyA con discapacidad. Con

---

de Agentes de Lotería y Afines de la República Argentina s/ acción de amparo", Errepar IUSJU217567D.

todo, no podemos contentarnos por este dato, ni vendar nuestros ojos frente a él, pues traspasa únicamente la porción de reclamos recibidos por la judicatura sin reflejar la inculcable y mayúscula realidad extrajudicial de la problemática.

# ACTUALIDADES

---



# Actualidad en Seguridad Social 4/2021

María Teresa Martín Yáñez

**Sumario:** I. Legislación.— II. Jurisprudencia.

## I. Legislación

### I.1. Asignaciones familiares

#### I.1.a. Montos. Movilidad

- Resolución ANSES 109/2021 (BO 27/05/2021)

Conforme a las disposiciones de la ley 27.609 (1), que modificó el art. 32 de la ley 24.241, determinando un nuevo procedimiento para el cálculo de la movilidad de los haberes previsionales, mediante aumentos trimestrales y delegando en la ANSES la elaboración y aprobación del índice correspondiente, dicho organismo emitió la res. 105/2021 (2) fijando el valor de la movilidad aplicable a partir del mes de junio de 2021 en el porcentual del 12,2 %.

En consecuencia, la ANSES dicta la res. 109/2021 que se comenta, aplicando dicho porcentual a los rangos de ingresos y montos de las asignaciones familiares, a partir del 1 de junio de 2021, conforme a los valores consignados en las siguientes tablas obrantes en sus Anexos:

Anexo I

Trabajadores en relación de dependencia registrados y titulares de la Ley de Riesgos del Trabajo

ASIGNACIONES FAMILIARES	VALOR GRAL.	ZONA 1	ZONA 2	ZONA 3	ZONA 4
<b>MATERNIDAD</b>					
Sin tope de Ingreso Grupo Familiar (IGF)		Remuneración Bruta			
<b>NACIMIENTO</b>					
IGF hasta \$ 210.278.-	\$ 5.253.-	\$ 5.253.-	\$ 5.253.-	\$ 5.253.-	\$ 5.253.-
<b>ADOPCIÓN</b>					
IGF hasta \$ 210.278.-	\$ 31.419.-	\$ 31.419.-	\$ 31.419.-	\$ 31.419.-	\$ 31.419.-
<b>MATRIMONIO</b>					
IGF hasta \$ 210.278.-	\$ 7.866.-	\$ 7.866.-	\$ 7.866.-	\$ 7.866.-	\$ 7.866.-
<b>PRENATAL</b>					
IGF hasta \$ 69.805.-	\$ 4.504.-	\$ 4.504.-	\$ 9.719.-	\$ 9.000.-	\$ 9.719.-
IGF entre \$ 69.805,01.- y \$ 102.377.-	\$ 3.038.-	\$ 4.013.-	\$ 6.013.-	\$ 7.997.-	\$ 7.997.-
IGF entre \$ 102.377,01.- y \$ 118.199.-	\$ 1.836.-	\$ 3.616.-	\$ 5.429.-	\$ 7.226.-	\$ 7.226.-
IGF entre \$ 118.199,01.- y \$ 210.278.-	\$ 945.-	\$ 1.852.-	\$ 2.774.-	\$ 3.671.-	\$ 3.671.-
<b>HIJO</b>					
IGF hasta \$ 69.805.-	\$ 4.504.-	\$ 4.504.-	\$ 9.719.-	\$ 9.000.-	\$ 9.719.-
IGF entre \$ 69.805,01.- y \$ 102.377.-	\$ 3.038.-	\$ 4.013.-	\$ 6.013.-	\$ 7.997.-	\$ 7.997.-
IGF entre \$ 102.377,01.- y \$ 118.199.-	\$ 1.836.-	\$ 3.616.-	\$ 5.429.-	\$ 7.226.-	\$ 7.226.-
IGF entre \$ 118.199,01.- y \$ 210.278.-	\$ 945.-	\$ 1.852.-	\$ 2.774.-	\$ 3.671.-	\$ 3.671.-
<b>HIJO CON DISCAPACIDAD</b>					
IGF hasta \$ 69.805.-	\$ 14.677.-	\$ 14.677.-	\$ 21.996.-	\$ 29.320.-	\$ 29.320.-
IGF entre \$ 69.805,01.- y \$ 102.377.-	\$ 10.381.-	\$ 14.157.-	\$ 21.218.-	\$ 28.281.-	\$ 28.281.-
IGF desde \$ 102.377,01	\$ 6.552.-	\$ 13.630.-	\$ 20.430.-	\$ 27.234.-	\$ 27.234.-

(1) BO 28/12/2017.

(2) BO 19/05/2021.

ASIGNACIONES FAMILIARES	VALOR GRAL.	ZONA 1	ZONA 2	ZONA 3	ZONA 4
<b>AYUDA ESCOLAR ANUAL</b>					
IGF hasta \$ 210.278.-	\$ 3.776.-	\$ 5.037.-	\$ 6.302.-	\$ 7.530.-	\$ 7.530.-
<b>AYUDA ESCOLAR ANUAL PARA HIJO CON DISCAPACIDAD</b>					
Sin tope de IGF	\$ 3.776.-	\$ 5.037.-	\$ 6.302.-	\$ 7.530.-	\$ 7.530.-

Valor general: Todo el país a excepción de las localidades comprendidas como Zona 1, Zona 2, Zona 3 o Zona 4.

Zona 1: provincias de La Pampa, Río Negro y Neuquén; en los departamentos Bermejo, Ramón Lista y Matacos en Formosa; departamento Las Heras (distrito Las Cuevas); departamento Luján de Cuyo (distritos Potrerillos, Carrizal, Agrelo, Ugarteche, Perdriel, Las Compuertas); departamento Tupungato (distritos Santa Clara, Zapata, San José, Anchoris); departamento Tunuyán (distrito Los Árboles, Los Chacayes, Campo de Los Andes); departamento San Carlos (distrito Pareditas); departamento San Rafael (distrito Cuadro Venegas); departamento Malargüe (distritos Malargüe, Río Grande, Río Barrancas, Agua Escondida); departamento Maipú (distritos Russell, Cruz de Piedra, Lumlunta, Las Barrancas); departamento Rivadavia (distritos El Mirador, Los Campamentos, Los Árboles, Reducción, Medrano) en Mendoza; Orán (excepto la ciudad de San Ramón de la Nueva Orán y su ejido urbano) en Salta.

Zona 2: provincia del Chubut.

Zona 3: departamento Antofagasta de la Sierra (actividad minera) en Catamarca; departamentos Cochino, Humahuaca, Rinconada, Santa Catalina, Susques y Yavi en Jujuy; departamentos Los Andes, Santa Victoria, Rivadavia y Gral. San Martín (excepto la ciudad de Tartagal y su ejido urbano) en Salta.

Zona 4: provincias de Santa Cruz y Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur.

## Anexo II

### Titulares de la prestación por desempleo

ASIGNACIONES FAMILIARES	VALOR GRAL.
<b>NACIMIENTO</b>	
IGF hasta \$ 210.278.-	\$ 5.253.-
<b>ADOPCIÓN</b>	
IGF hasta \$ 210.278.-	\$ 31.419.-
<b>MATRIMONIO</b>	
IGF hasta \$ 210.278.-	\$ 7.866.-
<b>PRENATAL</b>	
IGF hasta \$ 69.805.-	\$ 4.504.-
IGF entre \$ 69.805,01.- y \$ 102.377.-	\$ 3.038.-
IGF entre \$ 102.377,01.- y \$ 118.199.-	\$ 1.836.-
IGF entre \$ 118.199,01.- y \$ 210.278.-	\$ 945.-
<b>HIJO</b>	
IGF hasta \$ 69.805.-	\$ 4.504.-
IGF entre \$ 69.805,01.- y \$ 102.377.-	\$ 3.038.-
IGF entre \$ 102.377,01.- y \$ 118.199.-	\$ 1.836.-
IGF entre \$ 118.199,01.- y \$ 210.278.-	\$ 945.-
<b>HIJO CON DISCAPACIDAD</b>	
IGF hasta \$ 69.805.-	\$ 14.677.-
IGF entre \$ 69.805,01.- y \$ 102.377.-	\$ 10.381.-
IGF desde \$ 102.377,01	\$ 6.552.-
<b>AYUDA ESCOLAR ANUAL</b>	
IGF hasta \$ 210.278.-	\$ 3.776.-
<b>AYUDA ESCOLAR ANUAL PARA HIJO CON DISCAPACIDAD</b>	
Sin tope de IGF	\$ 3.776.-

*Anexo III**Titulares del Sistema Integrado Previsional Argentino*

ASIGNACIONES FAMILIARES	VALOR GRAL.	ZONA 1
<b>CONYUGE</b>		
IGF hasta \$ 210.278.-	\$ 1.091.-	\$ 2.167.-
<b>HIJO</b>		
IGF hasta \$ 69.805.-	\$ 4.504.-	\$ 4.504.-
IGF entre \$ 69.805,01.- y \$ 102.377.-	\$ 3.038.-	\$ 4.013.-
IGF entre \$ 102.377,01.- y \$ 118.199.-	\$ 1.836.-	\$ 3.616.-
IGF entre \$ 118.199,01.- y \$ 210.278.-	\$ 945.-	\$ 1.852.-
<b>HIJO CON DISCAPACIDAD</b>		
IGF hasta \$ 69.805.-	\$ 14.677.-	\$ 14.677.-
IGF entre \$ 69.805,01.- y \$ 102.377.-	\$ 10.381.-	\$ 14.157.-
IGF desde \$ 102.377,01	\$ 6.552.-	\$ 13.630.-
<b>AYUDA ESCOLAR ANUAL</b>		
IGF hasta \$ 210.278.-	\$ 3.776.-	\$ 5.037.-
<b>AYUDA ESCOLAR ANUAL PARA HIJO CON DISCAPACIDAD</b>		
Sin tope de IGF	\$ 3.776.-	\$ 5.037.-

Valor general: todo el país a excepción de las localidades comprendidas como Zona 1.

Zona 1: provincias de La Pampa, Chubut, Neuquén, Río Negro, Santa Cruz, Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur y el partido de Patagones, Pcia. de Buenos Aires.

*Anexo IV**Veteranos de Guerra del Atlántico Sur*

ASIGNACIONES FAMILIARES	VALOR GRAL.	ZONA 1
<b>NACIMIENTO</b>		
IGF hasta \$ 210.278.-	\$ 5.253.-	\$ 5.253.-
<b>ADOPCION</b>		
IGF hasta \$ 210.278.-	\$ 31.419.-	\$ 31.419.-
<b>MATRIMONIO</b>		
IGF hasta \$ 210.278.-	\$ 7.866.-	\$ 7.866.-
<b>CONYUGE</b>		
IGF hasta \$ 210.278.-	\$ 1.091.-	\$ 2.167.-
<b>PRENATAL</b>		
IGF hasta \$ 69.805.-	\$ 4.504.-	\$ 4.504.-
IGF entre \$ 69.805,01.- y \$ 102.377.-	\$ 3.038.-	\$ 4.013.-
IGF entre \$ 102.377,01.- y \$ 118.199.-	\$ 1.836.-	\$ 3.616.-
IGF entre \$ 118.199,01.- y \$ 210.278.-	\$ 945.-	\$ 1.852.-
<b>HIJO</b>		
IGF hasta \$ 69.805.-	\$ 4.504.-	\$ 4.504.-
IGF entre \$ 69.805,01.- y \$ 102.377.-	\$ 3.038.-	\$ 4.013.-
IGF entre \$ 102.377,01.- y \$ 118.199.-	\$ 1.836.-	\$ 3.616.-
IGF entre \$ 118.199,01.- y \$ 210.278.-	\$ 945.-	\$ 1.852.-
<b>HIJO CON DISCAPACIDAD</b>		
IGF hasta \$ 69.805.-	\$ 14.677.-	\$ 14.677.-
IGF entre \$ 69.805,01.- y \$ 102.377.-	\$ 10.381.-	\$ 14.157.-
IGF desde \$ 102.377,01	\$ 6.552.-	\$ 13.630.-
<b>AYUDA ESCOLAR ANUAL</b>		
IGF hasta \$ 210.278.-	\$ 3.776.-	\$ 5.037.-
<b>AYUDA ESCOLAR ANUAL PARA HIJO CON DISCAPACIDAD</b>		
Sin tope de IGF	\$ 3.776.-	\$ 5.037.-

Valor general: todo el país a excepción de las localidades comprendidas como Zona 1.

Zona 1: provincias de La Pampa, Chubut, Neuquén, Río Negro, Santa Cruz, Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur y el partido de Patagones, Pcia. de Buenos Aires.

Anexo V

*Titulares Asignaciones Universales para Protección Social*

ASIGNACIONES PARA PROTECCIÓN SOCIAL	VALOR GRAL.	ZONA 1
HIJO	\$ 4.504.-	\$ 5.856.-
HIJO CON DISCAPACIDAD	\$ 14.677.-	\$ 19.081.-
EMBARAZO	\$ 4.504.-	\$ 5.856.-
AYUDA ESCOLAR ANUAL	\$ 3.776.-	\$ 3.776.-
AYUDA ESCOLAR ANUAL PARA HIJO CON DISCAPACIDAD	\$ 3.776.-	\$ 3.776.-

Valor general: todo el país a excepción de las localidades comprendidas como Zona 1.

Zona 1: provincias de La Pampa, Chubut, Neuquén, Río Negro, Santa Cruz, Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur y el partido de Patagones, Pcia. de Buenos Aires.

Anexo VI

*Trabajadores monotributistas*

ASIGNACIONES FAMILIARES	CATEGORIAS				
	A, B, C, D	E, F	G	H	I, J, K
PRENATAL	\$ 4.504.-	\$ 3.038.-	\$ 1.836.-	\$ 945.-	
HIJO	\$ 4.504.-	\$ 3.038.-	\$ 1.836.-	\$ 945.-	
HIJO CON DISCAPACIDAD	\$ 14.677.-	\$ 10.381.-	\$ 6.552.-	\$ 6.552.-	\$ 6.552.-
AYUDA ESCOLAR ANUAL	\$ 3.776.-	\$ 3.776.-	\$ 3.776.-	\$ 3.776.-	
AYUDA ESCOLAR ANUAL PARA HIJO CON DISCAPACIDAD	\$ 3.776.-	\$ 3.776.-	\$ 3.776.-	\$ 3.776.-	\$ 3.776.-

*1.2. Discapacidad*

*1.2.a. Talleres protegidos de producción*

*-Resolución MTEYSS 374/2021, BO 2/07/2021*

Dentro del marco del Sistema de Protección Integral de Personas con Discapacidad, establecido por la ley 22.431 (3), se encomendó al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, la creación de los denominados Talleres Protegidos de Producción (4) para promover la inserción en el mercado laboral de personas afectadas con discapacidad.

En función de ello, la res. MTEYSS 937/ 2006 (5) instituyó el Programa de Asistencia a los Trabajadores de los Talleres Protegidos de Producción, que básicamente consiste en una ayuda económica

(3) BO 20/03/1981.

(4) De acuerdo con la reglamentación del dec. 498/1983, (BO 4/03/1983) básicamente se considera Taller Protegido de Producción a los dedicados a la producción de bienes y/o servicios, cuya planta se integra por trabajadores discapacitados físicos y/o mentales, preparados y entrenados para el trabajo, en edad laboral, y afectados de una incapacidad tal que les impida obtener y conservar un empleo competitivo.

(5) BO 25/09/2006.

“no remunerativa”, que se otorgaba a los trabajadores con discapacidad que se desempeñen en dichos talleres, que a su vez gozaban de asistencia económica para facilitar el desarrollo de sus actividades.

Por su parte, la res. MTEYSS 347/2021 que se comenta modifica algunos aspectos de esta norma, entre los que cabe destacar, la adecuación de la asistencia a los trabajadores con discapacidad integrados a los Talleres Protegidos Especiales para el Empleo **(6)** y a los Talleres Protegidos de Producción —conforme a las disposiciones de la ley 26.816— **(7)**, en la mejora de sus condiciones de empleabilidad y su inserción en el mercado laboral competitivo.

Asimismo, enumera las prestaciones que otorga, manteniendo la ayuda económica mensual no remunerativa a los trabajadores con discapacidad que se desempeñen en los Talleres Protegidos Especiales para el Empleo **(8)**, así como la asistencia económica a los organismos responsables de estos y de los Talleres Protegidos de Producción, incluyendo el financiamiento o el pago de la cobertura de riesgos del trabajo para los trabajadores que en ellos se desempeñan.

### 1.3. Previsión social

#### 1.3.a. Aportes y contribuciones

1.3.a.i. Monotributo. Exclusión de pleno derecho y baja automática. Suspensión. Prórroga

- *Resolución general AFIP 5025/2021 (BO 6/07/2021)*

Mediante la res. gral. 4309/2018 **(9)**, la AFIP determinó los procedimientos a seguir adherir

(6) Dedicados primordialmente a la formación, capacitación y asistencia de los trabajadores, proporcionándoles para ello tareas especiales, que les permitan adquirir y mantener sus habilidades, abonándosele una suma no remunerativa en concepto de estímulo.

(7) Creo el Régimen Federal de Empleo Protegido para Personas con discapacidad, e incorporó la figura del Taller Protegido Especial para el Empleo, (BO 9/01/2013).

(8) Cabe señalar que conforme a la citada ley 26.816, los trabajadores que se desempeñen en los Talleres Protegidos de Producción están regidos por la ley de Contrato de Trabajo.

(9) BO 19/09/2018.

al régimen del monotributo, conforme a los recaudos establecidos en la ley 24.977, su decreto reglamentario 1/2010 y sus modificaciones, detallando los requisitos y formalidades para la inscripción en el régimen a través de la página Web de dicho organismo, constituyendo el Domicilio Fiscal Electrónico, así como todo lo atinente a su categorización y recategorización semestral.

Dentro de estos, y en lo que aquí interesa, se detalla el trámite que seguirá la AFIP en los casos de proceder a la recategorización de oficio del monotributista, cuando el titular no cumplió con esa obligación o la efectuó erróneamente, definiendo además las distintas variables por las que podrá efectuarse la exclusión de pleno derecho del interesado del régimen de monotributo, aplicable en los casos en que los ingresos y situación económica del contribuyente, superen los límites establecidos para ampararse en este, conforme lo dispone la ley 24.977 **(10)**.

En virtud de las medidas adoptadas para afrontar la pandemia de coronavirus, que produjeron un fuerte impacto social económico, la AFIP, a fin de paliar en alguna medida sus efectos, dispuso a partir del dictado de la res. gral. 4687 **(11)** la suspensión del procedimiento de exclusión de pleno derecho del régimen del monotributo a quienes hubieran excedido los límites previstos de ingresos para su aplicación, así como de la baja automática del régimen por falta de pago, en un primer momento y tal como lo estableciera la citada resolución hasta el 1° de abril de 2020, situación que luego mediante el dictado de sucesivas resoluciones, fue prorrogando sin solución de continuidad durante todo el año 2020 y hasta abril de 2021 **(12)**.

Actualmente y mediante la res. gral. AFIP 5025 que se comenta, vuelve a extenderse dicha suspensión hasta el 2 de agosto de 2021, incluyendo

(10) Régimen Simplificado para pequeños contribuyentes (Monotributo) BO 6/07/1998.

(11) BO 28/03/2020.

(12) Conforme a la Res. Gral. 4918/2021, BO 28/01/2021.

en esta ocasión a “todo otro proceso sistémico vinculado al encuadre y categorización de los pequeños contribuyentes”.

### I.3.b. Haberes

#### I.3.b.i. Montos. Máximos y mínimos. Junio 2021

- *Resolución ANSES 108/2021 (BO 27/05/2021)*

Conforme al valor de la movilidad del 12,12% fijado por la ANSES mediante res. 105/2021 **(13)** para el mes de junio de 2021, mediante la resolución que se comenta determina el monto de los haberes vigentes a partir del mes de junio de 2021, así como la Base Imponible y con respecto a la actualización de las remuneraciones de los trabajadores cesados a partir del 31 de mayo de 2021 o que encontrándose en actividad solicitaren la prestación a partir del 1° de junio de 2021, remite a los índices de actualización determinados por la Secretaría de Seguridad Social mediante res. SSS 6/2021 **(14)**.

En consecuencia, fija en pesos veintitrés mil sesenta y cuatro con sesenta centavos (\$23.064,60), el monto del Haber Mínimo Garantizado vigente a partir del mes de junio de 2021, y en pesos ciento cincuenta mil doscientos tres, con sesenta y cinco centavos (\$155.203,65.-) el Haber Máximo vigente a partir de dicha fecha.

Con respecto a las Bases Imponible Mínima y Máxima para el cálculo de los aportes conforme al art. 9° de la ley 24.241, quedan establecidas en pesos siete mil setecientos sesenta y ocho con diecinueve centavos (\$ 7.768,19.-) y pesos doscientos cincuenta y dos mil cuatrocientos sesenta y dos con cincuenta centavos (\$ 252.462,50.-) respectivamente, a partir del período devengado junio 2021.

Finalmente, el monto del haber de la Prestación Básica Universal (PBU) se fija en la suma de pesos diez mil quinientos cincuenta y uno con cinco centavos (\$ 10.551,05). y el de la Pensión Universal para el Adulto Mayor (PUAM) en pesos dieciocho mil cuatrocientos cincuenta y uno con setenta y seis centavos (\$18.451,76).

#### *Tablas de movilidad*

#### *Evolución a partir de la vigencia de la ley 26.417*

Resoluciones	Periodo	Incremento porcentual	Haber		Haber PBU	Haber PUAM
			Mín.	Máx.		
ANSES 135/2009	Marzo 2009	11,69 %	\$ 770,66	\$ 5.647	\$ 364,10	--
ANSES 65/2009	Sept. 2009	7,34 %	\$ 827,33	\$ 6.060,49	\$ 390,82	--
ANSES 130/2010	Marzo 2010	8,31 %	\$ 895,15	\$ 6.558,06	\$ 422,91	--
ANSES 651/2010	Sept. 2010	16,90 %	\$ 1.046,43	\$ 7.666,37	\$ 494,98	--

(13) BO 19/05/2021.

(14) BO 12/05/2021.

Resoluciones	Periodo	Incremento porcentual	Haber		Haber PBU	Haber PUAM
			Mín.	Máx.		
ANSES 58/2011	Marzo 2011	17,33 %	\$ 1.227,78	\$ 8.994,95	\$ 580,06	--
ANSES 448/2011	Sept. 2011	16,82 %	\$ 1.434,29	\$ 10.507,90	\$ 677,72	--
ANSES 47/2012	Marzo 2012	17,62 %	\$ 1.687,01	\$ 12.359,39	\$ 797,02	--
ANSES 327/2012	Sept. 2012	11,42 %	\$ 1.879,67	\$ 13.770,83	\$ 808,04	--
ANSES 30/2013	Marzo 2013	15,18 %	\$ 2.165,00	\$ 15.861,24	\$ 1.022,84	--
ANSES 266/2013	Sept. 2013	14,41%	\$ 2.476,98	\$ 18.146,84	\$ 1.170,23	--
ANSES 27/2014	Marzo 2014	11,31 %	\$ 2.757,13	\$ 20.199,25	\$ 1.302,58	--
ANSES 449/2014	Sept. 2014	17,21 %	\$ 3.231,63	\$ 23.675,54	\$ 1.526,75	--
ANSES 44/2015	Marzo 2015	18,26 %	\$ 3.821,73	\$ 27.998,69	\$1.805,53	--
ANSES 396/2015	Sept. 2015	12,49 %	\$ 4.299,06	\$ 31.495,73	\$ 2.031,04	--
ANSES 28/2016	Marzo 2016	15,35 %	\$ 4.958,97	\$ 36.330,32	\$ 2.342,80	--
ANSES 298/2016	Sept. 2016	14,16%	\$ 5.661,16	\$ 41.474,69	\$ 2.674,54	--
ANSES 34/2017	Marzo 2017	12,96%	\$ 6.394,85	\$ 46.894,81	\$ 3.021,16	--
ANSES 176/2017	Sept. 2017	13,32%	\$ 7.246,64	\$ 53.090,20	\$ 3.423,58	--
ANSES 28/2018 (15) SSS 2/2018	Marzo 2018	5,71 %	\$ 7.660,42	\$ 56.121,65	\$ 3.619,07	\$6.128,34
ANSES 88/2018 SSS 6/2018	Junio 2018	5,69 %	\$ 8.096,30	\$ 59.314,97	\$ 3.825,00	\$6.470,04
ANSES 128/2018 SSS 10/2018	Sept. 2018	5,69 %	\$ 8.637,13	\$ 63.277,21	\$ 4.080,51	\$6.909,70
ANSES 242/2018 SSS 2/2018	Dic. 2018	7,78 %	\$ 9.309,10	\$ 68.200,18	\$4.397,97	\$ 7.447,28
ANSES 74/2019 SSS 4/2019	Marzo 2019	11,83 %	\$ 10.410,37	\$76.268,26	\$ 4.918,25	\$8.328,30

(15) Vigencia ley 27.426.

Resoluciones	Periodo	Incremento porcentual	Haber		Haber PBU	Haber PUAM
			Mín.	Más.		
ANSES 139/2019 SSS 8/2019	Junio 2019	10,74 %	\$ 11.528,44	\$ 84.459,47	\$ 5.446,47	\$ 9.222,75
ANSES 200/2019 SSS 12/2019	Sept. 2019	12,22 %	\$ 12.937,22	\$ 94.7780,42	\$ 6.112,03	\$ 10.349,78
ANSES 279/2019 SSS 27/2019	Dic. 2019	8,74 %	\$ 14.067,93	\$ 103.064,23	\$ 6.646,22	\$ 11.254,34
ANSES 76/2020 Dec. 163/2020	Marzo 2020	2,3 % + \$ 1.500	\$ 15.891,49	\$ 106.934,71	\$ 6.799,08	\$ 12.713,19
ANSES 167/2020 Dec. 495/2020	Junio 2020	6,12 %	\$ 16.864,05	\$ 113.479,11	\$ 7.215,18	\$ 13.491,24
ANSES 325/2020 Dec. 692/2020	Sept. 2020	7,50%	\$ 18.128,85	\$ 121.990,04	\$ 7.756,32	\$ 14.503,08
ANSES 433/2020 Dec. 899/2020	Dic. 2020	5 %	\$ 19.035,29	\$ 128.089,54	\$ 8.144,14	\$ 15.228,23
ANSES 48/2021 ANSES 52/2021 (16)	Marzo 2021	8,07%	\$ 20.571,44	\$ 138.426,37	\$ 9.410,50	\$ 16.457,15
ANSES 105/2021 ANSES 108/2021	Junio 2021	12,12%	\$ 23.064,60	\$ 155.203,65	\$ 10.551,05	\$ 18.451,76

*Base imponible*

*Evolución a partir de la vigencia de la ley 26.417*

Norma	Fecha	Base Imponible MÍNIMA	Base Imponible MÁXIMA
Res. ANSES 135/2009	1.03.2009	\$ 268,06	\$ 8.711,82
Res. ANSES 65/2009	1.09.2009	\$ 287,74	\$ 9.351,30
Res. ANSES 130/2010	1.03.2010	\$ 311,36	\$ 10.119,08
Res. ANSES 651/2010	1.09.2010	\$ 363,98	\$ 11.829,21
Res. ANSES 58/2011	1.03.2011	\$ 427,06	\$ 13.879,25
Res. ANSES 448/2011	1.09.2011	\$ 498,89	\$ 16.213,72
Res. ANSES 47/2012	1.03.2012	\$ 586,79	\$ 19.070,55
Res. ANSES 327/2012	1.09.2012	\$ 653,81	\$ 21.248,45
Res. ANSES 30/2013	1.03.2013	\$ 753,05	\$ 24.473,92
Res. ANSES 266/2013	1.09.2013	\$ 861,57	\$ 28.000,65

(16) Vigencia ley 27.609.

<b>Norma</b>	<b>Fecha</b>	<b>Base Imponible MÍNIMA</b>	<b>Base Imponible MÁXIMA</b>
Res. ANSES 27/2014	1.03.2014	\$ 959,01	\$ 31.167,56
Res. ANSES 449/2014	1.09.2014	\$ 1.124,06	\$ 36.531,48
Res. ANSES 44/2015	1.03.2015	\$ 1.329,31	\$ 43.202,17
Res. ANSES 396/2015	1.09.2015	\$ 1.495,34	\$ 48.598,08
Res. ANSES 28/2016	1.03.2016	\$ 1.724,88	\$ 56.057,93
Res. ANSES 298/2016	1.09.2016	\$ 1.969,12	\$ 63.995,73
Res. ANSES 34-E/2017	1.03.2017	\$ 2.234,32	\$ 72.289,62
Res. ANSES 176-E/2017	1.09.2017	\$ 2.520,60	\$ 81.918,55
Res. ANSES 28/2018 <b>(17)</b>	1.03.2018	\$ 2.664,52	\$ 86.596,10
Res. ANSES 88/2018	1.06.2018	\$ 2.816,14	\$ 91.523,41
Res. ANSES 128/2018	1.09.2018	\$ 3.004,25	\$ 97.637,14
Res. ANSES 242/2018	1.12.2018	\$ 3.237,98	\$105.233,32
Res. ANSES 74/2019	1.03.2019	\$ 3.621,04	\$ 117.682,47
Res. ANSES 139/2019	1.06.2019	\$ 4.009,94	\$ 130.321,52
Res. ANSES 200/2019	1.09.2019	\$ 4.499,95	\$ 146.246,86
Res. ANSES 279/2019	1.12.2019	\$ 4.893,25	\$ 159.028,80
Res. ANSES 76/2020	1.03.2020	\$5.352,24	\$ 173.945,70
Res. ANSES 167/2020	1.06.2020	\$5.679,80	\$ 184.591,18
Res. ANSES 325/2020	1.09.2020	\$ 6.105,79	\$ 198.435,52
Res. ANSES 433/2020	1.12.2020	\$ 6.411,08	\$ 208.357,30
Res. ANSES 52/2021	1.03.2021	\$ 6.928,46	\$ 225.171,69
Res. ANSES 108/2021	1.06.2021	\$ 7.768,19	\$ 252.462,50

### I.3.b.ii. Impuesto a las ganancias

- *Decreto 336/2021 (BO 25/05/2021)*

No está de más recordar, al tratar un tema tan discutido como este, que la Ley de Impuesto a las Ganancias grava los haberes de las jubilaciones, retiro y pensiones, detallando concretamente en su art. 79 —ganancias de cuarta categoría—, inc. c), que incluye a las “jubilaciones, pensiones, retiros o subsidios de cualquier especie en cuanto tengan su origen en el trabajo personal...”, así como

(17) Vigencia ley 27.426.

además en su art. 20 al enumerar las excepciones al tributo, expresamente señala: “No están exentas las jubilaciones, pensiones, retiros, subsidios” **(18)**.

En lo que atañe a la incidencia de este gravamen en los haberes previsionales, la ley 27.617, revistió singular importancia al modificar el art. 30 de la Ley de Impuesto a las Ganancias TO 2019, que detalla las ganancias no imponibles, esto es las deducciones que por distintos conceptos pueden efectuar los sujetos obligados al tributo, determinando que los montos percibidos en concepto de jubilaciones y pensiones gozarán de una deducción especial equivalente a ocho veces el monto del haber mínimo garantizado, establecido por el art. 125 de la ley 24.2421.

Al respecto corresponde tener presente que dicho monto, a partir de marzo de 2021, asciende a veintitrés mil sesenta y cuatro pesos con sesenta centavos (\$23.064,60) **(19)**.

Asimismo, dispone que el beneficiario que perciba ingresos de distintas naturalezas superiores al monto previsto en el inc. a) del art. 30, esto es cincuenta y un mil novecientos sesenta y siete pesos (\$ 51.967), así como el que tribute bienes personales, salvo que se trate de la propiedad de su vivienda, no gozará de esta deducción especial

Concordantemente, el dec. 336/2021 que se comenta modifica la reglamentación de dicha norma contenida en el dec. 862/2019 **(20)**, disponiendo que el aumento de la deducción establecida en el inc. c) del art. 30 de la ley, esto es el monto equivalente a ocho veces el haber mínimo previsional, y que conforme a dicha norma no es aplicable en el caso de quienes perciban otros ingresos superiores al monto establecido o tribute bienes personales, tal como anotáramos precedentemente, deberá computarse en cada período mensual en que el haber bruto mensual no exceda de dicho importe, determinado además para el caso de quienes también están excluidos abonar impuesto a los bienes perso-

nales, se establecerá de manera progresiva debiendo computarse en cada período mensual en que el importe del haber bruto mensual esté comprendido en el citado tramo.

Por último, dispone que la AFIP deberá dictar las normas complementarias, para implementar este beneficio, estableciendo las pautas a las que deberán ajustarse los agentes de retención **(21)**.

- *Resolución general AFIP 5008/2021 (BO 15/06/2021)*

En cumplimiento de dicha manda la AFIP emite la res. gral. 5008, a fin de adecuar la res. gral. 4003/2019 **(22)** —que en su momento unificó y ordenó el régimen de retenciones—, en lo que aquí interesa, esto es las referentes a las prestaciones previsionales, estableciendo el procedimiento a seguir, en el cual incluye específicamente a los haberes de las rentas provenientes de jubilaciones y pensiones de la ley 24.241, que se perciban bajo la modalidad de Renta Vitalicia Previsional, precisando que encuadran dentro del citado inc. c) del art. 79 de la ley de impuesto a las ganancias **(23)**.

La resolución que se comenta modifica dicha norma incluyendo las adecuaciones pertinentes y aclarando el procedimiento a seguir, entre las que cabe destacar lo atinente al incremento del monto de las deducciones y sus excepciones, determinando que no corresponderá retención alguna en concepto de impuesto a las ganancias en lo meses en que las remuneraciones o el haber bruto o sus promedios no supere la suma de \$ 150.000, que será actualizada anualmente y publicada por la AFIP **(24)**.

Por último, dentro del Título III incluye las adecuaciones correspondientes al ordenamiento de la Ley de Impuesto a las Ganancias según dec. 824/2019 y a su decreto reglamentario 862/2019, modificando las remisiones conforme a la nomenclatura vigente de estos.

(18) Art. 20 inc. i) 3º párrafo, ley 20.628 TO 1979.

(19) Conforme Res. ANSES 108/2021. Ver más arriba “Movilidad”.

(20) BO 9/12/2019.

(21) Conforme dec. 336/2021, Arts. 6 y 9.

(22) BO 3/03/2017.

(23) Conforme art. 1º, 2º párrafo de la Res. AFIP 4003.

(24) Res. gral. AFIP 5008, art. 1º Ap. 7.

### I.3.c. Procedimientos

#### I.3.c.i. Ejecuciones y medidas cautelares. Suspensión. Excepciones

- *Resolución general AFIP 4996/2021 BO 26/05/2021*

En función del impacto socio económico producido por las medidas de emergencia adoptadas con motivo de la pandemia COVID-19, la AFIP dictó en su momento la res. gral. 4936/2021 (25), con el objeto de coadyuvar a la recuperación económica de diversos sectores afectados por estas, preservando a los contribuyentes para continuar con el desarrollo de sus actividades.

En efecto, mediante dicha norma la AFIP dispuso la suspensión hasta el 31 de marzo 2021, de la iniciación de juicios de ejecución fiscal y de la traba de medidas cautelares y embargos, en los caso de los contribuyentes responsables de Micro o Pequeñas Empresas, inscriptas en el Registro de Empresas MIPyMES, y/o que desarrollen como actividad principal, alguna de las afectadas en forma crítica conforme a las recomendaciones del Comité de Evaluación y Monitoreo del Programa de Asistencia de Emergencia al Trabajo y la Producción.

Posteriormente, mediante el dictado de la res. gral. AFIP 4996/2021 que comentamos, se dispone que esta medida no será aplicable en los casos en que los montos reclamados correspondan al pago del aporte solidario y extraordinario establecido en la ley 27.605 (26), quedando así exceptuado de este beneficio.

- *Resolución general AFIP 5000/2021 (BO 31/05/2021)*

Continuando con dicha política, la AFIP, dicta la resolución de referencia, extendiendo la suspensión dispuesta para los juicios de ejecución fiscal, traba de medidas cautelares y embargos, hasta el 21 de agosto de 2021.

Asimismo, mantiene exceptuados de su aplicación a los responsables del pago del aporte extraordinario y solidario de la ley 27.605, agre-

(25) BO 1/03/2021.

(26) BO 18/12/2020.

gando además el pago del impuesto sobre los bienes personales de la ley 23.966 (27), y además señala que, en este período de la suspensión, las actividades que se tendrán en cuenta serán las registradas como sectores “críticos” en el Anexo I de la res. MTEySS 938/2020 (28).

#### I.3.c.ii. Fe de vida

- *Resolución ANSES 130/2021 (BO 23/06/2021)*

Para facilitar el cobro de las prestaciones previsionales, y continuando con las medidas adoptadas en cumplimiento de las restricciones requeridas por la pandemia de COVID-19, la ANSES dicta la resolución de referencia, prorrogando una vez más la suspensión del trámite de fe de vida requerido a los titulares de los beneficios para acceder al cobro de sus haberes.

En efecto, dicha exención se inicia mediante el dictado de la res. ANSES 79/2020 (29), que suspendió dicho trámite a partir del mes de marzo de 2020, sucediéndose luego diversas prórrogas a medida que se prolongaban las medidas de aislamiento social hasta el dictado de la resolución que comentamos que mantiene la suspensión de dicho trámite para los beneficiarios previsionales y de pensiones no contributivas durante los meses de julio, agosto, septiembre octubre y noviembre de 2021, facilitando así el cobro de sus prestaciones.

Igualmente dispone —con carácter excepcional— que los beneficiarios que se encuentren fuera del país, percibiendo sus haberes a través de un Banco Apoderado, podrán presentar el certificado de supervivencia semestral ante dicha entidad hasta el 31 de diciembre de 2021.

### I.4. Riesgos del trabajo

#### I.4.a. ART

##### I.4.a.i. Coronavirus. Afiche informativo

- *Resolución SRT 30/2021 (BO 22/05/2021)*

Al inicio de la pandemia del COVID-19, la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, median-

(27) BO 20/08/1991.

(28) BO 13/11/2020.

(29) BO 20/03/2020.

te el dictado de la res. SRT 29/2020 **(30)**, impuso a las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo la obligación de proveer gratuitamente a sus empleadores afiliados, un modelo de afiche informativo sobre las medidas de prevención específicas para el COVID-19, que debe ser exhibido obligatoriamente en lugares destacados de sus establecimientos para facilitar su visualización por los trabajadores, obligación que también impuso a los empleadores auto asegurados y a las ART Mutuales.

Para su cumplimiento adjuntó un modelo digital de afiche, que consta de dos partes, con recomendaciones y gráficos desarrollados en los Anexos I y II de la citada resolución.

Transcurrido algo más de un año de su dictado, el Modelo Digital contenido en el anexo I con las instrucciones y medidas específicas a observar por los trabajadores en los lugares de trabajo, es modificado mediante la res. SRT 30/2021 que se comenta, a fin de actualizarlo incluyendo en función de la experiencia recogida y las recomendaciones de los organismos nacionales e internacionales especializados.

#### I.4.a.ii. Sanciones. Multas. Equivalencias

- *Resolución 31/2021 (BO 4/06/2021)*

Conforme a las disposiciones de la ley 24.557 de Riesgos del Trabajo, tanto las ART como los empleadores auto asegurados, son pasibles de sanciones por el incumplimiento de las obligaciones que esta les impone, básicamente establecidas en el ap. 1 de su art. 31, cuyo incumplimiento acarrea entre otras, sanciones monetarias que conforme lo dispone su art. 32, consiste en la imposición de multas por valor de 20 a 2000 AMPOS.

Es decir que para su cálculo se tomó como unidad de medida el Aporte Medio Previsional Obligatorio (AMPO), establecido originariamente por el art. 21 de la ley 24.241, que posteriormente fue sustituido por el MOPRE o Módulo Previsional, finalmente derogado por la ley 24.617 **(31)**, utilizándose de allí en más como referencia para su determinación, un porcen-

(30) BO 21/03/2020.

(31) BO 16/10/2008.

tual del valor del Haber Mínimo Garantizado establecido en el art. 125 de la ley 24.241 **(32)**.

En consecuencia y a fin de actualizar los montos de las multas sustituyendo la unidad de medida por el porcentual correspondiente al Haber Mínimo Garantizado conforme a la normativa citada, la Superintendencia de Trabajo periódicamente dicta las correspondientes resoluciones modificando su monto de acuerdo con los incrementos de dicho haber en función del mecanismo de movilidad establecido en la ley 24.241.

Por tanto y en función de lo dispuesto por la res. ANSES 108/2021 **(33)**, que fija el haber garantizado mínimo vigente a partir del mes de junio de 2021 en \$ 23.064,70, la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, emite la resolución 31/2021, determinando que la equivalencia correspondiente, a partir de dicho mes, asciende a la suma de \$ 5.074,23.

#### I.4.b. Comisiones médicas

##### I.4.b.i. Competencia. Procedimiento

- *Res. SRT 38/2021 (BO 14/07/2021)*

Como se recordará, las Comisiones Médicas creadas por el art. 51 de la ley 24.241 intervienen obligatoriamente en todos los casos en los que se requiere establecer el carácter laboral del accidente o enfermedad del trabajador, la existencia y grado de incapacidad resultante y las prestaciones dinerarias y en especie que correspondan, conforme al procedimiento establecido en la ley 27.348 **(34)**, complementaria de la ley 24.557 de Riesgos del Trabajo, que dispuso su intervención como instancia previa y excluyente, para que el trabajador solicite la calificación del carácter laboral del accidente o enfermedad sufrida, así como la determinación de la incapacidad sobreviniente y las prestaciones dinerarias, lo cual requirió la creación y atención de un número de comisiones médicas y delegaciones para cumplir dichas funciones en todo el territorio del país.

Ello así por cuanto conforme lo dispone la citada ley 27.348, el trabajador podrá optar por pedir la intervención de la Comisión Médica

(32) Según modificación ley 26.222 (BO 8/03/2007).

(33) BO 22/05/2021.

(34) BO 24/02/2017.

correspondiente a su domicilio, al lugar de la efectiva prestación de su trabajo o al domicilio laboral donde habitualmente reporta, así como interponer recurso contra lo resuelto ante la Comisión Médica Central o ante la justicia ordinaria del fuero laboral de la jurisdicción provincial o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En función de ello, la Superintendencia de Riesgos del Trabajo estructuró una red de Comisiones Médicas que atienden los casos en las distintas jurisdicciones provinciales y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, detallando los lugares de asiento de cada una de ellas, y su competencia territorial, conforme lo dispuesto en la res. SRT 326/2017 (35).

Mediante la resolución que se comenta, la Superintendencia de Riesgos del Trabajo modifica la citada res. SRT 326/2017, con respecto a la Comisión Médica de la Provincia de La Pampa, disponiendo que en su territorio funcionará una Comisión Médica y una delegación, para lo cual le asigna la Comisión Médica n° 17 con asiento en la Ciudad de Santa Rosa y una Delegación en General Pico, ambas de la Provincia de La Pampa, definiendo su competencia territorial, y aclarando que las Delegación cumplirá las mismas funciones que la Comisión de la que depende.

Asimismo, señala que, para iniciar cualquier trámite ante las Comisiones Médicas, las partes deberán solicitar —a opción del trabajador—, la intervención de la Comisión Médica correspondiente a su domicilio real, al lugar de efectiva prestación de servicios o del domicilio laboral donde habitualmente se reporta, y que una vez interpuestos los recursos judiciales previstos en el artículo 46 de la ley 24.557 Comisión Médica derivará los trámites al juzgado competente (36).

### 1.5. Salud

#### 1.5.a. Emergencia sanitaria. Pandemia COVID-19

- Decreto 168/2021 (BO 13/03/2021)

Desde la sanción de la ley 27.541 (37) de “Solidaridad y Reactivación Productiva en el Mar-

co de la Emergencia Pública”, que delegó en el Poder Ejecutivo nacional, las facultades para alcanzar sus fines en función de “la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social” (38), por un año —hasta el 31 de diciembre de 2020—, se sucedieron varios decretos, a partir del dictado del dec. 260/2020 (39) que amplió la emergencia sanitaria establecida por la citada ley por el plazo de un año a partir de su vigencia, es decir hasta el 12 de marzo 2021, disponiendo el aislamiento obligatorio y diversas o medidas restrictivas, no obstante dejar a salvo la vigencia de los derechos y el trato de las personas afectadas por dichas medidas.

A partir de dicha norma durante el año 2020, continuaron emitiéndose regularmente decretos, introduciendo diversas variantes de acuerdo con las necesidades del momento para intentar reducir los efectos de la pandemia del COVID-19, mediante los cuales básicamente se dispuso la prórroga de la emergencia sanitaria y sus consecuencias dispuesta por el citado dec. 260/2020 hasta el 31 de diciembre de 2021, conforme lo dispusiera el dec. 167/2021 (40).

Es así como se dicta el dec. 168/2021 de referencia, prorrogando hasta el día 9 de abril de 2021, las medidas de distanciamiento y aislamiento social, y de allí en más y durante el presente año 2021 se dictaron los siguientes decretos:

- Decreto 235/2021 (BO 8/04/2021)

Distanciamiento y Aislamiento Social. Medidas Generales de Prevención. Desde el día 9 de abril de 2021 hasta el 30 de abril inclusive. Dero-ga el dec. 168/2021.

- Decreto 241/2021 (BO 16/04/2021)

Distanciamiento y Aislamiento Social. Medidas Generales de Prevención. Desde el día 9 de abril de 2021 hasta el 30 de abril inclusive. Modif. el dec. 235/2021.

(35) BO 15/03/2017.

(36) Conforme Arts. 9 y 10, Res. SRT 38/20121.

(37) BO 23/12/2019.

(38) Art. 1° ley 27.541.

(39) BO 12/03/2020.

(40) BO 11/03/2021.

- *Decreto 287/2021 (BO 1/05/2021)*

Medidas Generales de Prevención. Riesgo Epidemiológico. Parámetros Desde el día 9 de abril de 2021 hasta el 30 de abril inclusive. Modif. el dec. 235/2021.

- *Decreto 334/2021 (Bo 22/05/2021)*

Medidas Generales de Prevención. Riesgo Epidemiológico. Dec. 287/2021. Prórroga hasta el día 11 de junio de 2021 inclusive.

- *Decreto 381/2021 (BO 12/06/2021)*

Medidas Generales de Prevención. Riesgo Epidemiológico. Dec. 287/2021. Prórroga hasta el día 25 de junio de 2021 inclusive.

- *Decreto 411/2021 (BO 26/06/2021)*

Medidas Generales de Prevención. Riesgo Epidemiológico. Dec. 287/2021. Prórroga hasta el día 9 de julio de 2021 inclusive

- *Dec. 455/2021 (BO 9/07/2021)*

Medidas Generales de Prevención. Riesgo Epidemiológico. Dec. 287/2021. Prórroga hasta el día 6 de agosto de 2021 inclusive.

I.5.b. Obras sociales

I.5.b.i. Afiliación. Opción de cambio

- *Decreto 438/2021 (BO 7/07/2021)*

Mediante el dec. 9/1993 (41), en su momento se estableció el derecho de los beneficiarios del Sistema Nacional de Seguro de Salud a ejercer la opción de cambio de Obra Social, la que fuera reglamentada por el dec. 504/1998 (42), estableciendo que esta debía efectuarse en forma personal y determinando el procedimiento a seguir a fin de asegurar su transparencia.

De acuerdo con dicha norma y conforme a lo establecía su art. 2º, esta opción solo podía ejercerse una vez al año durante todo el año calendario y era efectiva a partir del primer día del tercer mes posterior a la solicitud, pero en lo que aquí especialmente interesa, consagraba la libertad de elección de los interesados determinando en su art. 13 según modificación intro-

ducida por el dec. 1400/2001 (43), que “los trabajadores podrán ejercer su derecho de opción desde el momento mismo del inicio de la relación laboral” (44), determinando además los procedimientos para su efectivización.

Ello ha sido drásticamente modificado por el dec. 438/2021 que se comenta, el cual en lo principal modifica el citado art. 13 retro trayéndolo a su redacción original, conforme a la cual los trabajadores que inicien una relación laboral deberán permanecer un año en la Obra Social correspondiente a la rama de su actividad, antes de poder ejercer su opción de cambio (45).

A consecuencia de ello modifica el dec. 504 en todos los aspectos de procedimiento que deben adecuarse a esta medida, resultando de especial relevancia lo dispuesto por su art. 6º —que a los efectos de la transición del mecanismo de opción—, establece que el período de permanencia exigido será de aplicación también será aplicable a las relaciones laborales iniciadas con anterioridad a la vigencia del dec. 438/2021 modificatorio, en el caso que no cuenten a dicha fecha con 1 año de antigüedad en su desempeño. No obstante, agrega que en el caso de que el interesado hubiere hecho uso de su derecho de opción previamente a la vigencia de esta norma, se respetará dicha opción.

Finalmente deroga el art. 6 del dec. 504/1998, que establecía la designación por el Superintendente de Servicios de Salud, de una Comisión Consultiva de Régimen de Traspasos, integrada por representantes de las Obras Sociales.

## II. Jurisprudencia

### II.1. Previsión social

#### II.1.a. Haberes

II.1.a.i. Impuesto a las ganancias. Inaplicabilidad. Agente de retención

- *CSJN, 6/05/2021, “García Blanco, Esteban c. ANSES s/ reajustes varios”*

El actor solicitó y obtuvo en su momento el reajuste de su haber jubilatorio, liquidando en

(43) BO 5/11/2001.

(44) Conforme art. 15 dec. 1400/2001 citado.

(45) Art. 4 dec. 438/2021.

(41) BO 18/01/1993.

(42) BO 13/05/1998.

consecuencia la ANSES la retroactividad correspondiente, sobre cuyo monto efectuó retenciones en concepto de impuesto a las ganancias, retención que el actor impugna solicitando la devolución de las sumas retenidas. Por su parte el organismo previsional —sin ahondar en la procedencia del impuesto aplicado— sostuvo que su accionar es correcto en cuanto solamente actúa como agente de retención.

El juez interviniente rechazó el planteo del actor, expresando que no se acreditó la confiscatoriedad del tributo aplicado, pero al mismo tiempo señaló que la cuestión debe ser resuelta por el organismo pertinente —la AFIP— o ante el fuero correspondiente, toda vez que la ANSES actúa solamente como agente de retención, con lo cual se también se declara incompetente para resolver.

Esta decisión fue apelada por el actor y el Tribunal de Alzada interviniente, en el caso, la sala 3 de la Cámara Federal de la Seguridad Social, se limitó a declarar la competencia del Juzgado de Primera instancia para resolver el planteo, pero no se expidió sobre el fondo de la cuestión, esto es la procedencia de la retención del impuesto a las ganancias efectuada por la ANSES.

Contra ello el actor interpuso recurso extraordinario, alegando arbitrariedad del fallo impugnado por cuanto eludió pronunciarse sobre el fondo de la cuestión contrariando así el derecho que le confiere el art. 18 de la Constitución Nacional.

El Alto Tribunal se aboca en primer término a dilucidar la procedencia del recurso intentado, y si bien señala que en el caso no se dirige contra una sentencia definitiva, la omisión en que incurre el pronunciamiento impugnado configura un supuesto de privación de justicia de imposible o tardía reparación ulterior.

“Que, si bien es cierto que el remedio federal no se dirige contra una sentencia definitiva, ello no es óbice para admitir su procedencia cuando, como en el caso, la omisión de pronunciamiento respecto de agravios oportunamente propuestos configura un supuesto de privación de justicia, incompatible con la naturaleza de los derechos en juego y de imposible o tar-

día reparación ulterior (arg. doc. Fallos: 316:380; 322:1481, entre muchos otros)”.

Dilucidada esta cuestión, el alto Tribunal se aboca al análisis del caso, señalando en primer lugar que —tal como alega el recurrente—, el tribunal de alzada omitió expedirse sobre la improcedencia de la retención en concepto de impuesto a las ganancias efectuada por la ANSES, cuestión específicamente planteada por este.

Sobre ello señala: “Que la garantía constitucional consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional importa no solo el derecho de acceder a un tribunal de justicia imparcial e independiente, sino el de ser oído y, de ahí, que las decisiones que se adopten hagan debido mérito de los planteos conducentes que realicen los litigantes (arg. doct. Fallos: 317:638, entre otros)”.

Y aún agrega: “El derecho de ocurrir ante un órgano judicial en procura de justicia, consagrado en el citado art. 18, requiere que la tutela judicial resulte efectiva; esto es, que sea oportuna y posea la virtualidad de resolver, sin dilaciones, las cuestiones sometidas a su conocimiento (arg. doct. Fallos: 339:740)”.

Todo ello, concluye, es suficiente para descalificar el fallo apelado por arbitrario conforme doctrina Fallos: 317/638 entre otros, y agrega: “Sin embargo, cabe apuntar que: i) la avanzada edad del actor —que a la fecha tendría 97 años (fs. 87)—; ii) la naturaleza de los derechos involucrados vinculados a la subsistencia durante la ancianidad, como así también la preferente tutela constitucional de la que goza el demandante; y iii) la incontestable circunstancia de que el reenvío de la causa a la anterior instancia podría conducir a la definitiva privación de su derecho, imponen a este Tribunal hacer uso de la atribución prevista en el art. 16 de la ley 48 y decidir sobre la procedencia de su reclamo”.

En consecuencia y dado que la cuestión es similar a lo decidido por este Tribunal en autos “García, María Isabel” (Fallos: 342:411), a cuyos fundamentos y conclusiones se remite, hace lugar al recurso extraordinario interpuesto, deja sin efecto la sentencia apelada, y conforme al precedente citado, ordena a la demandada a reintegrar a la actora los montos retenidos en concepto de impuesto a las ganancias sobre las su-

mas retroactivas correspondientes al reajuste de su haber previsional. Con costas.

II.1.a.ii. Impuesto a las ganancias. Medida cautelar. Procedencia

- *Cámara Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, 19/11/2020, “Rena, Luis Alberto c. AFIP s/ inc. de medida cautelar”*

El actor interpuso una acción declarativa de inconstitucionalidad de los artículos 23, inc. c; 79 inc. c; 81 y 90 de la Ley de Impuesto a las Ganancias 20.268 TO 2019, en cuanto dispone su aplicación a los montos provenientes de los beneficios jubilatorios, solicitando una medida cautelar, a fin de que la AFIP se abstuviera de descontar suma alguna de sus haberes previsionales, hasta tanto se resuelva la cuestión de fondo planteada.

Dicha petición fue acogida favorablemente en primera instancia, dado que el *a quo* consideró adecuadamente cumplidos los recaudos exigidos por la ley procedimental para ello, debido a lo cual, el Fisco interpuso recurso de apelación, tomando intervención la Sala IV de la Cámara Contencioso Administrativo Federal en su carácter de tribunal de alzada.

Al abocarse al análisis del recurso interpuesto, en primer lugar, el Tribunal señala que el actor es jubilado y por tanto sujeto al pago del impuesto a las ganancias, y a continuación examina la existencia de los recaudos de verosimilitud del derecho y peligro en la demora que posibilitan el dictado de la medida impugnada.

Con respecto a la verosimilitud del derecho, estima que la cuestión debe resolverse teniendo en cuenta el precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “García, María Isabel” (Fallos: 342:411), donde se declaró la inconstitucionalidad de los arts. 23, inc. c 9, 79, inc. c, 81 y 90 de la ley de impuesto a las ganancias, señalando: “Para así resolver, y en lo que aquí interesa, el Alto Tribunal sostuvo que el envejecimiento y la discapacidad son causas determinantes de vulnerabilidad y obligan a los involucrados a contar con mayores recursos ‘para no ver comprometida seriamente su existencia y/o calidad de vida y el consecuente ejer-

cicio de sus derechos fundamentales’ (considerando 13)”.

Asimismo, señala que en dicho precedente el Alto Tribunal, indicó que la capacidad contributiva es un parámetro insuficiente para grabar el ingreso de los jubilados, siendo necesario ponderar su vulnerabilidad vital, advirtiendo que el universo de jubilados es heterogéneo dado que está integrado por quienes se encuentran en condiciones de mayor vulnerabilidad y por tanto tienen mayores gastos y menor capacidad contributiva.

Expresa que el criterio sostenido por la Corte ha sido ratificado en numerosas oportunidades, citando además al respecto lo resuelto en el caso “Calderale, Leonardo Gualberto c. ANSES s/ reajustes varios”, con fecha 01/10/19, en la que quedó firme el pronunciamiento de la instancia anterior que declaró la inconstitucionalidad de la retención del Impuesto a las Ganancias, con independencia de la situación concreta de vulnerabilidad del jubilado.

Por todo ello concluye: “Así pues, en función al deber moral que pesa sobre los tribunales de justicia de considerar la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y en atención a la analogía que guarda la presente causa con el resuelto por el Alto Tribunal en los precedentes supra referenciados, corresponde tener por acreditada la *verosimilitud en el derecho invocada*”.

En cuanto a la existencia de peligro den la demora, recuerda la relación entre ambos requisitos, dado que a mayor verosimilitud del derecho puede atemperarse dicha exigencia, agregando: “Asimismo, tal evaluación exige ponderar tanto el gravamen que produciría el mantenimiento de la aplicación del Impuesto a las Ganancias aquí cuestionado al cabo del proceso este último fuera declarado ilegítimo, como aquel que resultaría de su suspensión temporal, en el supuesto de arribarse a una sentencia adversa a la pretensión (esta Sala, causa 63609/2017/1/CA1 ‘Abarca’, resol. del 21/11/2017)”.

Por otra parte, en lo que respecta al grado de afectación del interés público, la concesión de la medida cautelar no puede soslayar la relación entre el monto y la incidencia concreta de la fal-

ta de dicha recaudación por parte del Estado con el carácter alimentario que dichos fondos tienen para el jubilado.

“Que, en nada modifica lo expuesto el hecho de que la cautelar haya sido solicitada en el marco de una acción declarativa de inconstitucionalidad toda vez que el Máximo Tribunal no ha encontrado óbice procesal a la referida estrategia procesal (conf. Fallos: 331:2907 y 2919; 335:1222; 337:1245; entre otros). Más aun cuando, existen motivos por los cuales el mantenimiento de la situación existente puede tornar ineficaz la decisión a dictarse sobre el fondo del asunto en atención a la afectación que podría provocar la mengua de los haberes previsionales en las condiciones de vida del actor”.

Finalmente, desecha la argumentación con respecto a la coincidencia de la medida cautelar solicitada con el objeto principal de la demanda, puesto que ello no tiene “efectos jurídicos o materiales irreversibles” sobre la sentencia definitiva que justificaría su rechazo, dado que, si fuera desfavorable al actor, este debería ingresar el monto no retenido.

Asimismo, confirma la caución juratoria dispuesta por el juez.

Por todo ello resuelve desestimar el recurso interpuesto y conformar el pronunciamiento apelado. Con costas.

II.1.a.iii. Movilidad. Suspensión. Ley 27.541. Inconstitucionalidad

- *Cámara Federal de la Seguridad Social, Sala I, 03/05/2021, “Barros, Mario Rafael c. ANSES s/ reajustes varios”*

El actor interpuso demanda reclamando el reajuste de sus haberes jubilatorios obteniendo sentencia parcialmente favorable a sus pretensiones, en cuanto declaró prescriptos los créditos anteriores a los dos años del reclamo administrativo, y ordenó a la demandada el reajuste de los haberes y pago de diferencias resultantes del recálculo del haber inicial —obtenido bajo la vigencia de la ley 18.037—, y su posterior movilidad por aplicación de lo establecido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en los

casos Badaro, Pellegrini, Villanustre, Actis Caporale y Spitale.

Tanto la parte actora como la demandada interponen sendos recursos de apelación, debiendo destacarse que en el caso de la actora, además plantea la inconstitucionalidad de las leyes 27.416 y 27.541, alegando que fueron dictadas con posterioridad a la traba de la litis y su aplicación retroactiva afectan negativamente la movilidad de sus haberes, violando sus derechos garantizados por los arts. 14 bis y 17 de la Constitución Nacional, por lo cual dicho planteo debe ser tratado por los jueces ejercitando su control de constitucionalidad.

El Tribunal de Alzada en primer lugar analiza las constancias de autos estableciendo que la demanda fue iniciada con fecha 20 de febrero de 2015, y que luego de permanecer paralizada por un lapso, fue reactivada en septiembre de 2017, dictándose sentencia con fecha 13 de agosto de 2019.

En tanto la ley 27.426 cuya declaración de inconstitucionalidad introduce la actora en su recurso se dictó el 28/12/2017 y la ley 27.541, el 23/12/2019.

En función de ello, señala: “Respecto de las cuestiones traídas a conocimiento de esta alzada, cabe en primer término señalar que, teniendo en cuenta las fechas antes referidas, corresponde que este Tribunal se avoque al conocimiento, únicamente, de los cuestionamientos formulados en torno a la ley 27.541, no obstante el estado de la causa en que dichos planteos se realizan, y en el entendimiento que la modificación de las circunstancias, legales, jurídicas y fácticas posteriores al pronunciamiento apelado, indetectablemente alcanzan a los haberes del aquí actor, debiendo los jueces atender a las circunstancias existentes al momento de fallar”.

Ello así por cuanto la ley 27.541 que declaró la emergencia previsional suspendiendo por 180 días la aplicación de la movilidad del art. 32 de la ley 24.241, fue dictada durante el tiempo transcurrido entre la sentencia de primera instancia y la recepción de la causa en la alzada, configurando las modificaciones introducidas, circunstancias sobrevinientes de las que no es posible prescindir, conforme el criterio sentado

en por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Fallos: 308:1489; 312:555; 315:123341:124 y 341:266, entre otros.

No es el caso de la inconstitucionalidad planteada con respecto a la ley 27.426, ya que considera que la parte pudo haber introducido el tema ante el juez de grado, siendo en consecuencia su alegación en el recurso fruto de una reflexión tardía.

Abocándose en consecuencia al pedido de declaración de inconstitucionalidad de la ley 27.541 de emergencia, expresa que en primer lugar corresponde dilucidar si el perjuicio alegado por el actor tiene entidad suficiente para descalificar dicha norma, recordando que, conforme a ella, el Poder Ejecutivo Nacional, debía fijar trimestralmente el incremento de los haberes previsionales, a lo cual dio cumplimiento mediante el dictado los decretos 163/2020, 495/2020, 692/020 y 899/2020.

“Ello así corresponde recordar que el Alto Tribunal, desde antigua data, sostuvo que la normativa de emergencia está sujeta a cuatro requisitos: a) situación de emergencia definida por el Congreso de la Nación; b) persecución de un fin público que ‘consulte los superiores y generales intereses del país’; c) transitoriedad de la regulación excepcional; d) razonabilidad del medio elegido —en términos de adecuación de medios y fines— y respeto del ‘límite infranqueable’ fijado por el art. 28 de la CN (ver causa ‘Russo, Ángel’ Fallos: 243:467 (1959); 313:1513 (1991), En igual sentido, CSJN, Fallos, 318:1887 (1995); 321:1984 (1998); 325:28 (2002); Fallos, 330:3002; entre muchos otros)”.

Concluye el sentenciante, que todos estos requisitos fueron debidamente cumplidos, y que la situación de emergencia fue definida por el Congreso Nacional en dicha norma, persiguiendo un fin público superior, a más que la excepcionalidad de la medida se encuentra limitada temporalmente, resultando el medio elegido razonable al no disminuir ni congelar los haberes, sino solamente suspender la fórmula de movilidad, previéndose mecanismos de compensación mediante incrementos fijados por decretos.

Y agrega: “En este orden de ideas, corresponde también señalar que la legislación de emergencia responde al intento de conjurar o atenuar los efectos de situaciones anómalas, ya sean económicas, sociales o de otra naturaleza, y constituye la expresión jurídica de un estado de necesidad generalizado, cuya existencia y gravedad corresponde apreciar al legislador, sin que los órganos judiciales puedan revisar su decisión ni la oportunidad de las medidas que escoja para remediar aquellas circunstancias, siempre, claro está, que los medios arbitrados resulten razonables y no respondan a móviles discriminatorios o de persecución contra grupos o individuos (Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema, en la causa Galli, Hugo Gabriel y otro c. PEN - ley 25.561 - Dtos. 1570/2001 y 214/2002 s/ amparo sobre ley 25.561. 5/04/2005, Fallos 328: 690)”.

Asimismo, señala que con fecha 4 de enero de 2021, se sancionó la ley 27.609, que establece una nueva fórmula de movilidad con lo cual el planteo de autos devendría abstracto, y cualquier impugnación actual que pudiera intentarse “resultaría hipotética y prematura”.

Por tanto, corresponde desestimar los planteos de inconstitucionalidad interpuestos por el actor contra la normativa de emergencia y la modificación de las fórmulas de movilidad originales de las leyes 24.241, 26.417 y 27.426.

En cuanto a la apelación interpuesto por la demandada, señala: “Expresar agravios significa ejercitar un control de juridicidad, mediante la crítica concreta y razonada de los eventuales errores del juzgador, para lograr de ese modo, la modificación total o parcial de la sentencia o resolución atacada. Esta exigencia no aparece en modo alguno cumplida con suficiencia en la especie”, por lo cual declara desierto el recurso intentado.

Con costas de la Alzada por su orden.

## II.1.b. Prestaciones

II.1.b.i. Jubilación. Intimación. Art. 252, LCT. Requisitos

- *Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VIII, 19/11/2020, “Luciano, Sofía Irene*

*c. PAMI Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ despido*

La actora demandó por el cobro de diversos créditos provenientes en lo esencial del despido —que alega incausado— de que fuera objeto, dado el incumplimiento de la demandada en cuanto a los requisitos exigidos para la aplicación del art. 252 de la Ley de Contrato de Trabajo, así como de su obligación de entrega de los certificados de servicios y remuneraciones del art. 80 de dicha ley.

Esta pretensión fue favorablemente acogida en primera instancia, y apelada por la demandada, la que alega haber dado cumplimiento a dichas obligaciones por lo cual en el caso procede la efectivización del apercibimiento establecido en el art. 252 de la Ley de Contrato de Trabajo en cuanto admite la intimación a jubilarse del trabajador en el plazo de un año, transcurrido el cual el empleador queda habilitado para despedirlo sin indemnización alguna.

Contra dicha decisión recurre la demandada, interviniendo la Sala VIII de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en su calidad de tribunal de alzada, que en primer lugar expresa: “Liminarmente, cabe señalar que, a fin de que el empleador pueda valerse del mecanismo previsto en el citado art. 252, el trabajador debe reunir los requisitos (de edad y de años de servicios con aportes) necesarios para obtener la jubilación ya al momento de la intimación. Y, en este supuesto, es carga del patrono constatar que se encuentran reunidos los requisitos necesarios para ello, dado que es él quien va a estar interesado oportunamente, para no tener luego que responder por las consecuencias de un despido que puede devenir injustificado”.

En función de ello analiza las constancias de autos, determinando que la demandada no cumplió con las exigencias establecidas por la ley al intimar a la actora en los términos del art. 252, no habiendo verificado si contaba con los aportes necesarios para acceder a la jubilación, tal como dicha norma lo exige, señalando además que los certificados de servicios y demás documentación que debió extender oportunamente a fin de que esta se encontrara en condiciones de solicitar dicho beneficio fueron confeccionados tardíamente al contestar la de-

manda, esto es a más de seis meses del cese del trabajador.

Resumiendo, en concreto concluye que la actora no cumplió con los recaudos que le impone el art. 252 de la LCT y en consecuencia el despido dispuesto resultó injustificado, tal como lo resolviera el *a quo*.

Y señala: “A mayor abundamiento, esta Sala sostiene —en criterio que comparto— que ‘... El plazo de un año a que se refiere el artículo 252 LCT comienza a correr desde que se entregan los certificados y la documentación necesaria para que el trabajador pueda iniciar los trámites respectivos, por lo que cobra importancia el emplazamiento al efecto, y, en su caso, la puesta en mora e inmediata consignación judicial de dichos documentos, si el trabajador intimado fuere remiso...’ (*in re* ‘Sabio, Alberto c. Aerolíneas Argentinas SA s/ despido’, Expte. N.º 6064/2008 Sent. Def. N.º 39.894 del 14/11/2013)”.

En cuanto a la condena al pago de la indemnización establecida por incumplimiento del art. 80 de la Ley de Contrato de Trabajo, y a su alegación de haberlos puesto a disposición de la actora que no concurrió a retirarlos expresa: “En primer término cabe señalar que, en mi criterio, el art. 80 de la CT, es claro al disponer que es obligación del empleador entregar al momento de extinguirse la relación laboral, dos certificados. Uno, conteniendo constancia documentada del ingreso de los fondos de la seguridad social (apartado segundo). Otro, con las indicaciones sobre el tiempo de prestación de servicios, naturaleza de estos, constancia de los sueldos percibidos y de los aportes y contribuciones efectuados con destino a los organismos de la seguridad social” (apartado tercero).

Al respecto la demandada, no aportó prueba alguna que demuestre su afirmación de haberlos puesto a disposición de la actora, aun cuando fuera oportunamente intimado por esta, por el contrario, como se expresara, recién los produce al contestar la demanda, fechados a más de 6 meses del despido.

Por todo ello se resuelve confirmar la sentencia apelada e imponer las costas de la Alzada a la demandada vencida conforme art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Com.

### II.1.c. Procedimiento

#### II.1.c.i. Habilitación de instancia. Reajuste. Informalismo

- *Cámara Federal de la Seguridad Social, Sala I, 3/12/2020, "Rebecchi, Graciela Inés c. ANSES s/ reajustes varios"*

En el caso la actora reclamó el reajuste de su beneficio jubilatorio por medio de una carta documento, en la cual realizó una petición concreta invocando la jurisprudencia aplicable en la materia. Posteriormente y no habiendo obtenido respuesta satisfactoria a su reclamo, remitió también mediante carta documento un pedido de pronto despacho, a lo cual la ANSES le contesta con una nota de fecha 25 de febrero de 2018, haciéndole saber que su reclamo fue direccionado a la Dirección Gral. de Diseño de Normas y Procedimientos, a fin de que esta tome intervención, y que se volverían a comunicar por la misma vía.

No habiendo recibido posteriormente la actora noticia alguna, y entendiendo que en el caso se ha configurado el silencio de la administración, con fecha 5 de mayo de 2016, interpone demanda dentro del plazo estipulado por el art. 31 de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo.

Planteada así la situación el juez interviniente rechaza la demanda, considerando que no se ha habilitado la instancia judicial para su procedencia, ordenando en consecuencia el archivo de las actuaciones.

Contra dicha resolución se alza la actora alegando que su parte solicitó el reajuste por medio de carta documento, reconociendo el organismo demandado su recepción, debiendo recurrir a dicha modalidad ante la imposibilidad de efectuar otro tipo de presentación, debido a la falencia del sistema informático y los conflictos gremiales que en esos momentos atravesaba la ANSES.

Analizadas las constancias del caso, el tribunal de alzada en primer lugar señala: "Respecto de la cuestión traída a conocimiento, cabe destacar que en la materia rige el principio de informalismo a favor del administrado, siendo

este uno de los principios rectores del procedimiento administrativo, que no puede ser soslayado por una lectura parcial de la normativa aplicable".

A continuación, expone que, en casos análogos, ha sostenido que desde el momento en que la ANSES efectuó una comunicación al interesado, donde le informa que, pese al reclamo remitido por telegrama, debía concurrir a la UDAI a fin de solicitar turno para tramitar su reajuste, la vía judicial se encuentra habilitada.

"En efecto, esta Sala tiene dicho que: 'El último párrafo del art. 15 de la ley 24.463 mantuvo su redacción no obstante la reforma introducida por la ley 24.655, ya que el legislador consideró que la decisión de la ANSES es la condición suficiente para habilitar la posibilidad de su impugnación judicial. En consecuencia, en cuanto existe una resolución de la ANSES que la accionante entiende le causa agravio, el derecho a accionar judicialmente contra la misma no está condicionado al cumplimiento de otros requisitos más que los que la propia ley impone' (cfr. CFSS, Sala I, 'Fernández, Jorge Alfredo c. ANSES', sent. hit. 44904 del 30/06/1997 y sent. int. 4529 o del 27/11/1997 'Geloso, Amelia D. ANSES', entre otros)."

Y agrega que, en estos supuestos, la comunicación efectuada es el resultado de un obrar regulado por la demandada que, al hacer saber a la actora la improcedencia de su pedido de reajuste por el medio elegido, exterioriza una manifestación administrativa precisa.

"En tales circunstancias, concluir que la misma no resulta impugnabile judicialmente importaría premiar un comportamiento anómalo de la ANSES, que se aparta de las formas que debe observar, con la consiguiente afectación del derecho de defensa del peticionante (En igual sentido CFSS, Sala II, sent. hit. 47483 del 16/07/1998, 'Missorini, Femando c. ANSES')".

Por otra parte, destaca que una solución contraria, significaría incurrir en un injustificado ritualismo en una materia en la que rige el principio del informalismo a favor del administrado, y que afecta derechos alimentarios, a más de que la demandada contaba con todos los elementos

necesarios para resolver la cuestión tal como se le requería.

Concluyendo: “Por último, es dable recordar que la CSJN. ha descalificado por dogmáticas las sentencias en las que se ha declarado la inhabilidad de la instancia judicial en aquellos casos en los que la reapertura del procedimiento administrativo puede volver ilusorios el cobro de los créditos de carácter alimentario (Fallos 338:451) o en las ordenar la reapertura desde la etapa administrativa, luego del largo tiempo transcurrido desde el inicio del trámite de reajuste, podría someter a la beneficiaría a la contingencia de ver clausurada la posibilidad de acceder a mía decisión útil sobre el fondo del asunto frente a la eventualidad —nada incierta en reclamos de esta naturaleza— de no poder afrontar por razones biológicas o económicas un nuevo proceso (Fallos 335:1933)”.

En consecuencia, resuelve, revocar la sentencia apelada y devolver las actuaciones al juzgado interviniente para que prosiga con el trámite. Costas por su orden.

## II.2. Riesgos del trabajo

### II.2.a. Procedimiento

II.2.a.i. Comisiones Médicas. Habilitación de instancia

- CSJN, 22/04/2021, “Carrió, Jorge Emanuel c. Galeno ART SA s/ accidente - ley especial”

En el caso, la Sala X de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, en su carácter de tribunal de alzada revocó la sentencia del *a quo*, declarando la incompetencia del fuero para intervenir en las actuaciones por no haberse cumplimentado la instancia administrativa previa con la intervención de las comisiones médicas establecida por la ley 27.348.

Para así resolver consideró que la res. SRT 899/2017, el disponer que en las cuestiones jurídicas entendería un secretario técnico letrado y no los profesionales médicos, subsanó el defecto constitucional del procedimiento administrativo establecido y por tanto el agotamiento de dicha instancia deviene un requisito ineludible para a la habilitación de la vía judicial

El fallo fue apelado por la parte actora que ante el rechazo del recurso interpuso la queja de la cual resulta la intervención de la Corte.

El Alto Tribunal se expide remitiendo al dictamen del Procurador Fiscal, el cual invoca la jurisprudencia de la Corte en cuanto a la procedencia del recurso en materia de habilitación de instancia, cuando ello causa un agravio de imposible reparación ulterior, vedando el acceso a la jurisdicción de los tribunales y afectando el derecho a la defensa:

“En primer término, cabe señalar que si bien es jurisprudencia de la Corte Suprema que la decisión en materia de habilitación de instancia resulta una cuestión de índole procesal ajena al recurso del artículo 14 de la ley 48 (Fallos: 323:650, ‘Caplán’, entre otros), se han exceptuado de ese principio aquellos casos en los cuales se causa un agravio de imposible o inoportuna reparación ulterior pues se veda al recurrente el acceso a la jurisdicción de los tribunales y se restringe sustancialmente su derecho de defensa (Fallos: 323:1919, ‘Acosta’; 330:4024, ‘Instituto Nacional de Servicios Sociales Para Jubilados y Pensionados’, entre otros)”.

Por otra parte agrega que al invocarse la existencia de cuestión federal y fundar la apelación en la doctrina de la arbitrariedad, corresponde tratar dichos agravios, pues de haberse configurado tal situación no habría sentencia propiamente dicho conforme Fallos: 318:189, “Bichute de Larsen”; 323:35, “Botti”; 338:1347, “Registro Nacional de Trabajadores Rurales y Empleadores”; 339:1520, “Frigerio”; 341:1106, “Varela”, entre otros, concluyendo: “En ese sentido, la apelación resulta procedente pues, si bien es cierto que las cuestiones de hecho, prueba y derecho procesal son ajenas, como regla, a la vía del artículo 14 de la ley 48, corresponde hacer excepción a dicho principio cuando, como en el caso, el tribunal *a quo* no ha dado un tratamiento adecuado a la controversia de acuerdo con las instancias de la causa y la normativa aplicable (Fallos: 339:1583, ‘Puente Olivera’; 340:1331, ‘Parra’; 341:427, ‘Rica’, entre muchos otros)”.

A partir de ello se expide sobre la cuestión determinando que, si bien la demanda fue interpuesta con posterioridad a la entrada en vigor de la ley 27.348, con fecha 30/12/2016 la acto-

ra ya había agotado la instancia administrativa ante el SE-CLO, exigida por la ley 24.635 entonces vigente, y que la res. SRT 298/2017 reglamentaria de la ley 27.348 establece que esta solo será aplicable a las actuaciones iniciadas a partir del 1 de marzo de 2017, debiendo las anteriores, conforme lo dispone expresamente la res. MTEySS 468-E/2017, continuar su trámite conforme a lo normado por la ley 24.635 y su dec. reglamentario 1169/1996.

Finalmente concluye: “Por lo tanto, considero que la sentencia en crisis, que insta al actor a transitar una nueva instancia administrativa ante las comisiones médicas, sin ponderar que ya había agotado el procedimiento ante el SE-CLO y tenía expedita la vía judicial, incurre en un exceso de rigor formal que no guarda relación con las constancias de la causa y la normativa aplicable, por lo que debe ser descalificada con fundamento en la doctrina de la arbitrariedad”.

Conforme a lo cual, la Corte hace lugar a la queja, declara procedente el recurso extraordinario interpuesto y habida cuenta del tiempo transcurrido y los derechos discutidos en el caso, haciendo uso de la facultad que le confiere el art. 16 de la ley 48, resuelve habilitar la instancia judicial, revocando la sentencia recurrida y devolviendo los autos a fin de que ordene su radicación y tramitación por ante el Juzgado que corresponda.

### II.3. Salud

#### II.3.a. Medicina prepaga

II.3.a.i. Cobertura. Medida cautelar. PMO. Alcanances

- *Cámara Civil y Comercial Federal, Sala I, 4/09/2020, “Bater, Julieta c. Medicus SA s/ amparo de salud”*

La parte actora interpuso acción de amparo con medida cautelar, requiriendo que Medicus SA cubra la totalidad del medicamento indicado para el tratamiento de la menor amparista.

Dicha pretensión fue resuelta favorablemente en primera instancia, lo que motivó el recurso de apelación interpuesto por la empresa accionada, que en síntesis cuestiona la verosimilitud

del derecho invocado, requisito este ineludible para la procedencia de la medida cautelar otorgada, así como que la normativa aplicable no contempla la cobertura del 100 % del medicamento pretendida., no estando por tanto obligada a ello, y la caución fijada debería ser real y no juratoria.

El tribunal se aboca a la consideración de estos agravios, recordando en primer lugar que la Corte Suprema ha establecido reiteradamente que los jueces no están obligados a analizar todos los argumentos de las partes sino únicamente aquellos que a su juicio sean conducentes a la resolución del caso (Fallos 276:132, 280:320, 303:2088, 304:819, 305:537, 307:1121).

Con respecto a la cuestión planeada, señala que la amparista —de 10 años de edad—, es afiliada de la demandada y padece de una dolencia que compromete su desarrollo, en función de la cual su médica tratante le prescribió la droga cuya cobertura reclama.

Considera acertada la decisión del *a quo* acordando la medida cautelar expresa: “En cuanto a la verosimilitud del derecho invocado, no debe olvidarse que este requisito esencial para la procedencia de la medida cautelar, se refiere a la posibilidad de que el derecho exista y no a una incontestable realidad, la cual solo se logrará al agotarse el trámite (cfr. FENOCHIE-TTO-ARAZI, Código Procesal comentado, t. 1, p. 742; esta Sala, causas 14.152 del 27/10/1994, 44.800 del 21/3/1996, 35.653/1995 del 29/04/1997, 21.106/1996 del 17/07/1997, 1251/1997 del 18/12/1997, 7208/1998 del 11/03/1999, 889/1999 del 15/04/1999, 436/1999 del 8/06/1999, 7208/1998 del 4/11/1999, 1830/1999 del 2/12/1999, 7841/1999 del 7/02/2000, 424/2017 del 27/06/2017 y 3417/2017 del 12/10/2017)”.

Con respecto a la falta de obligación de la cobertura total del medicamento alegado por la demanda, señala que el Programa Médico Obligatorio fue concebido como un régimen mínimo de prestaciones que los prestadores deben cubrir.

“Es que, como sostuvo este Tribunal —en precedentes análogos al presente—, el PMO no constituye una limitación para los agentes de seguro de salud, sino que consiste en una

enumeración no taxativa de la cobertura mínima que los beneficiarios están en condiciones de exigir a las obras sociales (cfr. esta Sala, doctr. causas 630/2003 del 15/04/2003 y 14/2006 del 27/04/2006, entre otras), y el mismo contiene un conjunto de servicios de carácter obligatorio como piso prestacional por debajo del cual ninguna persona debería ubicarse en ningún contexto (cfr. esta Sala, causas 8545 del 6/11/2001, 630/2003 del 15/04/2003 y 14/2006 del 27/04/06”.

Con respecto al agravio referido a la caución juratoria dispuesta por el *a quo*, también entiende que corresponde confirmarla, teniendo en cuenta la naturaleza de la cuestión debatida en autos, así como que se encuentra en juego el derecho a la salud de la amparista menor de edad.

Finalmente concluye: “En consecuencia, y teniendo en cuenta que el juzgamiento de la pretensión cautelar solo es posible mediante una limitada aproximación a la cuestión de fondo sin que implique avanzar sobre la decisión final de la controversia, cabe concluir que el mantenimiento de la medida dictada por la señora jueza es la solución que, de acuerdo con lo indicado por la médica tratante, mejor se corresponde con la naturaleza del derecho cuya protección cautelar se pretende —que compromete la salud e integridad física de las personas (Corte Suprema de la Nación, Fallos: 302:1284)—, reconocido por los pactos internacionales (art. 25, inc. 1, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el art. 12, inc. 2, ap. d, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional; Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de jerarquía constitucional, ley 27.044; cfr. esta Sala, causas 22.354/1995 del 2/06/1995, 53.078/1995 del 18/04/1996, 1251/1997 del 18/12/1997, 436/1999 del 8/06/1999, 7208/1998 del 4/11/1999, 53/2001 del 15/02/2001 y 2038/2003 del 10/07/2003, entre otras; en igual sentido, CS, Mendoza, Sala I, del 1/03/1993 y CFed. La Plata, Sala 3, del 8/05/200, ED del 5/09/2000)”.

Por todo ello resuelve confirmar la medida cautelar decretada con costas a cargo de la demandada.

## II.3.b. Obra social

### II.3.b.i. Afiliación. Acción de amparo. Improcedencia

- *Cámara Civil y Comercial Federal, Sala II, 22/09/2020, “A, S. V. c. Obra Social Comisarios Navales y otro s/ amparo de salud”*

La accionante inicia el amparo, solicitando además se le otorgue una medida cautelar contra la Obra Social Comisarios Navales, que luego hace extensiva a OSDE, para que deje sin efecto la baja de su afiliación, motivada por la obtención de su beneficio jubilatorio.

Dicha pretensión en lo que respecta a la medida cautelar solicitada, fue rechazada por el *a quo*, sustancialmente por cuanto la actora fue dada de baja de su Obra Social el 15 de julio de 2015, continuando como afiliada adherente a OSDE, lo que impide que se haya configurado el requisito de peligro en la demora exigido para la procedencia de dicha medida, así como tampoco acreditó su imposibilidad de abonar la cuota mensual.

Dicha cuestión no fue apelada por la actora habiendo quedado en consecuencia firme.

En cuanto al fondo de la cuestión planteada, el *a quo* hizo lugar a la acción de amparo, condenando a OSOCNA y OSDE a mantener como afiliada a la interesada.

Contra ello recurrió OSOCNA, alegando que la accionante es beneficiaria del INPSSJP desde su jubilación en el año 2015, a más de que su salud e integridad física no están en riesgo, pues en la misma fecha contrató particularmente los servicios de OSDE.

El Tribunal de Alzada, analiza las constancias de autos de donde resulta que la actora como empleada en relación de dependencia estuvo afiliada a OSOCNA desde abril de 2003, siendo beneficiaria de OSDE y habiendo obtenido jubilación fue dada de baja el 31 de julio de 2015 y empadronada en el INSSJP en noviembre de ese año. Entre tanto suscribió con OSDE, el 1 de agosto de 2015, un contrato de afiliación como socio adherente/ directo del Plan Binario 410 haciéndose cargo del pago de la cuota.

Transcurridos dos años de su desafiliación, el 28 de junio de 2017, remite carta documento a OSOCNA intimándola a mantener su afiliación en las condiciones anteriores a su jubilación bajo apercibimiento de recurrir a la vía judicial.

En concreto ello significa que pretende se transfieran a OSDE los aportes retenidos de su haber jubilatorio a, a fin de reducir el monto de la cuota que paga como socia directa, adelantando que tal pretensión no puede ser favorablemente acogida.

“En efecto, ello es así, en primer lugar, porque admitir lo contrario atentaría contra la teoría de los actos propios (*proprium factum nemo impugnare potest*), en virtud de la cual la conducta de las partes resulta base cierta de interpretación de los términos del vínculo jurídico que las une y nadie puede contrariar sus propios actos, pues ello importaría restar trascendencia a conductas deliberadas que son jurídicamente relevantes y plenamente eficaces (Fallos 308:72; 316:3199; entre otros)”.

Señala que la propia conducta de la accionante en el caso durante más de dos años impide te-

ner por acreditado que su derecho se encuentre afectado arbitraria o ilegalmente.

“Y muy especialmente, porque la acción de amparo prevista en el art. 1° de la ley 16.986; y a partir de la reforma de 1994, en el art. 43 de la Constitución Nacional, se erige como una garantía tutelar de los derechos fundamentales, consistente en un remedio expedito para restaurar el derecho presuntamente conculcado (ver GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, ‘Derecho Procesal Constitucional - Amparo’, Rubinzal Culzoni Editores, febrero de 2002, ps. 245 y ss.)”.

Asimismo, expresa que el objetivo de la acción de amparo es restablecer el goce de derechos constitucionales afectados, cuando careciendo de otras vías aptas haya que recurrir a este extremo por peligrar la salvaguarda de derechos fundamentales (Fallos: 316:1768; 317:1128.).

Por todo ello, y visto las particularidades del caso, donde se cuestiona el accionar de la obra social, más de dos años después de producido, lo cual pone de manifiesto la inexistencia de urgencia que justifique la acción de amparo intentada, resuelve rechazarla. Con costas en el orden causado.

# JURISPRUDENCIA

---



## DERECHO A LA SALUD

**Niño con discapacidad. Límite de la cobertura. Obligación legal. Disidencia. Certiorari negativo.**

1. — Es arbitraria la sentencia que hizo lugar a la acción de amparo iniciada por los padres de un niño con discapacidad para que la empresa médica demandada le brindara la cobertura total, sin topes ni límites, de varias prestaciones —traslados, rehabilitación acuática, ortesis de polipropileno con memoria desarrollo DAFO ultralivianas y flexibles y enfermería a domicilio 24 hs—, pues la demandada se agravó por hallarse legalmente obligada a brindar las prestaciones requeridas solo hasta el importe dispuesto en el Nomenclador de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad (ley 24.901), pero el a quo omitió el examen integral no solo de la ley 24.901, sino también de la resolución 428/99 y sus modificatorias, en las que se impone la cobertura para cada prestación hasta un importe determinado.
2. — En reclamaciones fundadas en la tutela del derecho a la salud no hay razones que justifiquen eximir ni mitigar el deber de fundar las sentencias que pesa sobre los tribunales de justicia. Es enteramente aplicable la exigencia arraigada en la Constitución Nacional y en la CADH de que los fallos cuenten con fundamentos consistentes y racionalmente sostenibles, al encontrarse comprometidas las garantías de defensa en juicio y de tutela judicial efectiva de las partes, además de que al expresarse las razones que el derecho suministra para la resolución de controversias se favorece la credibilidad de las decisiones tomadas por el Poder Judicial en el marco de una sociedad democrática.

**CS, 19/08/2021. - L., T. c. OSDE s/sumarísimo de salud.**

[Cita online: [TRLALEYAR/JUR/123459/2021](https://www.argentina.gob.ar/tribunales/cst/19082021-l-t-c-osde-s-sumarismo-de-salud)]

### COSTAS

Por su orden en atención a la índole de la cuestión debatida.

CCF 002868/2013/2/RH001

Buenos Aires, 19 de agosto de 2021

*Considerando:*

1º) Que la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal confirmó la sentencia de la instancia anterior mediante la cual se había hecho lugar a la acción de amparo iniciada por los padres de un niño con discapacidad para que la Organización de Servicios Directos Empresarios (OSDE) le brindara la cobertura total, sin topes ni límites, de las siguientes prestaciones: traslados, rehabilitación acuática, ortesis de polipropileno con memoria desarrollo D.A.F.O. ultralivianas y flexibles y enfermería a domicilio 24 horas.

2º) Que para así decidir, el tribunal a quo señaló que, de conformidad con lo normado en el art. 2º de la ley 24.901, la demandada se hallaba obligada a brindar al hijo de los actores la cobertura total de la asistencia básica enunciada en dicha ley, en cuyos arts. 13, 15, 16, 17, 18 y 19 se establecía el derecho de las personas con discapacidad a requerir un transporte especial, así como las prestaciones de rehabilitación, terapéuticas educativas y asistenciales necesarias y una ayuda específica para cubrir sus requerimientos esenciales. A su vez, destacó, con cita de la resolución 210/2002, que “El Programa Médico Obligatorio (...) establece en el Anexo II que los agentes del seguro de salud garantizarán a través de sus prestadores propios o contratados la cobertura y acceso a todas las prestaciones incluidas en el catálogo allí previsto (...); no afectando la libertad de contratación ni los acuerdos de aranceles entre los Agentes del Seguro de Salud y los prestadores del servicio”. En particular, expresó que, en el caso, con la prueba testifical y pericial se demostraba la necesidad y conveniencia de las prestaciones requeridas para el niño, a la par que la demandada no había probado sus dichos ni brindado alternativa concreta alguna a los actores.

3º) Que contra esa decisión la requerida interpuso el recurso extraordinario -cuya denegación motiva esta queja- en el que invoca como cuestión federal la doctrina de esta Corte en materia de sentencias arbitrarias. Sostiene que el tribunal de alzada, sin declarar su invalidez constitu-

cional, se apartó manifiestamente de lo normado en el art. 6° de la ley 24.901 y en la resolución 428/99 del Ministerio de Salud y Acción Social y sus modificatorias, mediante las que se estableció el Nomenclador de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad previstas en la ley 24.901, en el que se incluyen los topes que corresponde atribuir para la cobertura de las prestaciones requeridas. Aclara que puso a disposición del niño a sus efectores contratados, así como que le otorga las prestaciones que le fueron solicitadas bajo la modalidad de reintegro hasta el valor fijado en la citada resolución, de manera que su conducta no puede ser considerada ilegal o arbitraria.

4°) Que el recurso extraordinario es admisible en los términos en los que ha sido promovido, pues se advierte que los agravios planteados suscitan cuestión federal suficiente, toda vez que se denuncia que el fallo dictado por el superior tribunal de la causa afecta la garantía de defensa en juicio, en tanto otorgó un tratamiento inadecuado a la controversia suscitada, al apartarse de las normas aplicables al caso, dando a la decisión un fundamento solo aparente (doctrina de Fallos: 312:683; 315:2514; 323:2314; 326:3043 y 338:53).

5°) Que, en efecto, ello acontece en el sub examine pues se advierte que la demandada llevó a conocimiento de la cámara una serie de agravios entre los que se destaca, por su conducencia para modificar el resultado del proceso, el concerniente a hallarse legalmente obligada a brindar las prestaciones requeridas solo hasta el importe previsto en el referido nomenclador. Este planteo exigía al tribunal de alzada una especial consideración respecto de las normas aplicables al sub examine. No obstante, lejos de satisfacer esa exigencia constitucional, el fallo luce dogmático y, en lo sustancial, omite el examen de las disposiciones que aparecen directamente vinculadas a la concreta situación fáctica suscitada en estas actuaciones. En tal sentido, la fundada decisión del caso no pudo soslayar un examen integral de las disposiciones aplicables que incluyera no solo aquellas establecidas de manera general en la ley 24.901, sino también una comprensión de la totalidad de las cláusulas concernientes al sub lite, entre las que se encuentran la citada resolución 428/99 y sus modificatorias, en las que -en concreto- se impone

la cobertura para cada prestación hasta un importe determinado.

6°) Que como lo ha sostenido esta Corte en oportunidad de examinar, como en el sub lite, reclamaciones fundadas en la tutela del derecho a la salud, en esta clase de asuntos no hay razones que justifiquen eximir ni mitigar el deber de fundar las sentencias que pesa sobre los tribunales de justicia de la República. De ahí, pues, que es enteramente aplicable la exigencia arraigada en la Constitución Nacional y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de que los fallos cuenten con fundamentos consistentes y racionalmente sostenibles, al encontrarse comprometidas las garantías de defensa en juicio y de tutela judicial efectiva de las partes, además de que al expresarse las razones que el derecho suministra para la resolución de controversias se favorece la credibilidad de las decisiones tomadas por el Poder Judicial en el marco de una sociedad democrática (Fallos: 337:580; 338:488; 339:290, 389 y 423).

7°) Que, en las condiciones expresadas, los graves defectos en que incurrió el tribunal de alzada afectan de modo directo e inmediato la garantía constitucional de defensa en juicio que asiste a la recurrente (ley 48, art. 15) y justifican la invalidación del pronunciamiento a fin de que la pretensión sea nuevamente considerada y decidida mediante un fallo constitucionalmente sostenible.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas por su orden en atención a la índole de la cuestión debatida. Agréguese la queja al principal, reintégrese el depósito de fs. 57 y vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo fallo con arreglo al presente. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase. — *Elena I. Highton de Nolasco*. — *Juan Carlos Maqueda*. — *Ricardo L. Lorenzetti*. — *Horacio Rosatti*.

Disidencia del doctor *Rosatti*

*Considerando:*

Que el recurso extraordinario cuya denegación originó esta queja, es inadmisibles (art.280delCódigoProcesalCivilyComercialdela Nación).

Por ello, se desestima la presentación directa. Se da por perdido el depósito de fs. 57. Notifíquese y, previa devolución de los autos principales, archívese.

## EXTRADICIÓN

### **Identidad del requerido. Cuestionamiento de un acto registral argentino que es la base de la imputación. Procedencia del pedido.**

1. — Corresponde confirmar la sentencia que hizo lugar al pedido de extradición toda vez que los agravios en que se sustenta la apelación constituyen una mera reiteración de los que ya fueron ventilados en el trámite de extradición, debidamente considerados por el a quo de forma ajustada a derecho.
2. — El proceso de extradición no reviste el carácter de un juicio criminal, por lo que no caben otras discusiones que las referentes a la identidad del requerido y a la observancia de los requisitos exigidos por las leyes y los tratados aplicables.
3. — En procesos de extradición deben ser desestimadas como causales de improcedencia de la misma, las defensas vinculadas con que el requerido no se encontraba en el país requirente al tiempo de la comisión del delito imputado en sede extranjera y/o incluso si la prueba reunida en el proceso de fondo era suficiente para vincularlo con el delito imputado y las cuestiones en torno a la validez de la prueba o de los actos procesales celebrados deben ventilarse en el proceso que se le sigue a la persona en el país requirente.
4. — Dadas las funciones que incumben al Ministerio Público Fiscal de defender la jurisdicción y competencia de los tribunales para, sobre esa base, impulsar el ejercicio de la acción penal pública (arts. 25, inc j y 33 de la ley 24.946 y art. 3° de la ley 27.148), corresponde encomendarle al Procurador General de la Nación interino que disponga las medidas que entienda pertinentes a fin de asegurar que la resolución que confirma la procedencia del pedido de extradición no conduzca a que se renuncie a una investigación seria y eficaz —en caso de que ella no hubiera ya tenido lugar— para esclarecer adecuadamente los hechos delictivos que habrían tenido lugar en sede argentina, en la inteligencia de que solo una investigación de esas características, que fije debidamente la naturaleza de las conductas ilícitas que podrían haberse desarrollado en el foro, brindará alguna posibilidad de desarticular cualquier remanente que subsista de las estructuras organizadas que podrían haber actuado.
5. — Corresponde encomendarle al Procurador General de la Nación interino que disponga las medidas que entienda pertinentes a fin de asegurar que la resolución que confirma la procedencia del pedido de extradición, no conduzca a que se renuncie a una investigación seria y eficaz para esclarecer adecuadamente los hechos delictivos que habrían tenido lugar en sede argentina, máxime teniendo en cuenta que una indefinición sobre el punto podría comprometer seriamente el orden público argentino no solo en la persecución eficiente y eficaz de los delitos alcanzados por su jurisdicción sino, además, la actuación estatal debida para salvaguardar la presunción de autenticidad que emana de los asientos registrales de aeronaves y la buena fe en las relaciones de cooperación penal internacional tanto en materia de asistencia judicial como de extradición.
6. — Resulta prevalente que se esclarezca, con extrema urgencia, la regularidad del asiento registral sobre el cual versó la medida de prueba objeto de la asistencia judicial prestada por la República Argentina que constituyó el único elemento de juicio para dirigir, en sede de la República del Paraguay, la imputación y que, a su vez, dio sustento al pedido de extradición con el fin de someterlo a proceso como autor del hecho investigado en suelo extranjero, en atención a las excepcionales circunstancias que se presentan en el caso, en que la regularidad de dicho asiento ha sido fuertemente cuestionada, en tanto esta

solución concilia los tres intereses en juego que confluyen en un procedimiento de extradición.

7. — Es improcedente el pedido de extradición, si de las actuaciones surge que aparece comprometida la regularidad de un acto registral de la República Argentina, con la particularidad de que constituye el eslabón inicial de los sucesivos actos estatales dictados en uno y otro país y que dieron lugar a la identificación de la persona requerida como el presunto autor del hecho investigado en la República del Paraguay y el consecuente libramiento del pedido de extradición, pues avanzar en una resolución de procedencia, en las circunstancias del caso, colocaría al individuo requerido en el absurdo de tener que discutir en sede extranjera, como única defensa de fondo, la inoponibilidad de un acto extranjero —inscripción registral como propietario de la aeronave— emanado del país que autoriza su extradición, con la agravante de que ello tendría lugar a más de 10 años de haber denunciado en el foro la falsedad del instrumento privado que le dio sustento y sin que haya recibido una respuesta estatal seria luego de todo ese tiempo en ninguno de los ámbitos jurisdiccionales en los que fue ventilada esa cuestión (del voto en disidencia de los Dres. Highton de Nolasco y Lorenzetti).
8. — Es improcedente el pedido de extradición, si de las actuaciones surge que aparece comprometida la regularidad de un acto registral de la República Argentina que constituye el eslabón inicial de los sucesivos actos estatales dictados en uno y otro país y que dieron lugar a la identificación de la persona requerida como el presunto autor del hecho investigado en la República del Paraguay, pues difícilmente los Estados Partes podrían haber previsto en sus relaciones de cooperación penal internacional una solución que tuviera en cuenta semejante problemática, sin que por ello la República Argentina pueda desentenderse de los serios cuestionamientos dirigidos contra la identificación de quien fuera presunto autor de los hechos investigados en sede extranjera; dada la inne-

gable interdependencia que se advierte entre los sucesivos actos estatales que culminaron en esa identificación y que, aunque definida por un juez extranjero, reconoce el único y exclusivo elemento de extranjería cual es el informe registral emanado de autoridad pública argentina y que fue facilitado al país requirente en el marco de una medida de asistencia judicial internacional, de cuya sustanciación no tomó noticia el requerido (del voto en disidencia de los Dres. Highton de Nolasco y Lorenzetti).

9. — Es improcedente el pedido de extradición, si de las actuaciones surge comprometida la regularidad de un acto registral de la República Argentina que constituye el eslabón inicial de los sucesivos actos estatales dictados en uno y otro país y que dieron lugar a la identificación de la persona requerida como el presunto autor del hecho investigado en la República del Paraguay, pues, una solución solo basada en la aplicación mecánica del tratado bilateral en modo alguno satisface la exigencia de una respuesta estatal seria que haya atendido a la verdadera sustancia del agravio introducido por el individuo requerido y que claramente denota que en modo alguno pretende cuestionar la prueba producida en el país requirente y/o la valoración que, a los efectos de identificarlo como el autor del hecho investigado, habrían efectuado las autoridades competentes de ese país, sino por el contrario puso en tela de juicio, en última instancia, la regularidad de un acto registral de la República Argentina (del voto en disidencia de los Dres. Highton de Nolasco y Lorenzetti).

**CS, 19/08/2021. - Servian, Fernando Javier s/ extradición.**

[Cita online: [TRLALEYAR/JUR/124466/2021](https://www.scs.judicial.gov.ar/ver?id=124466)]

FPO 011003416/2008/CS001

Suprema Corte:

-1-

Llegan las presentes actuaciones a conocimiento de V.E., en virtud del recurso ordinario

de apelación interpuesto por la defensa de Fernando Javier S contra el punto Ir de la sentencia dictada por la titular del Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional de la ciudad de Posadas, provincia de Misiones, que declaró procedente la extradición solicitada por las autoridades judiciales de la República del Paraguay para someterlo a proceso por el delito de exportación e importación, posesión, tenencia y tráfico ilícito de estupefacientes (fs. 41/320, 864/872 Y 874).

-II-

En su memorial ante V.E. (fs. 880/891), la asistenta letrada sostiene que corresponde revocar la decisión en atención a la errónea aplicación que el a qua habría efectuado del artículo 29 de la ley 24.767, al afirmar que “... S Fernando Javier es la persona que se encuentra requerida por la Nación reclamante.” Afirma que de la prueba obrante en la causa, surge que el nombrado no es la persona que según el Estado paraguayo cometió el ilícito ocurrido el 21 de agosto de 2006 en la ciudad de San Miguel de Misiones, como así tampoco sería el propietario de la aeronave marca Cessna matrícula L ·H que fue utilizada en ese suceso.

En este sentido, arguye que desde el momento en que fue presentado el pedido de excarcelación, quedó demostrado que la firma que obra en el contrato de compraventa de la aeronave, que se invoca como presupuesto del pedido, no pertenece a su asistido y que el día de los hechos este se encontraba realizando un trámite en la sección de bromatología de la Municipalidad de Posadas, conforme también surge del certificado oportunamente acompañado.

Manifiesta además que, al margen de toda la prueba que ilustra sobre la falta de participación del requerido en los hechos que se le enrostran, existe constancia de la solicitud que el 22 de febrero de 2006 efectuó su asistido ante el Registro Provincial de las Personas de la ciudad de Misiones para obtener su nuevo DNI, ante la pérdida y/o extravió del original, circunstancia que permite concluir que su identidad fue utilizada para cometer las maniobras que investiga la justicia paraguaya, a las cuales es ajeno.

Por último, se agrava por la falta de aplicación al caso de la regla *in dubio pro reo* pues

“... no solo es un principio universal de derecho cuando la duda es por demás razonable, sino que es ley expresa positiva y vigente ... en todo el territorio de Misiones, Argentina ...”

-III-

Los agravios de la defensa permiten sostener, conforme surge de la reseña precedente, que -en definitiva- no se dirige tanto a afirmar que el requerido no resulta ser la persona reclamada, SIILO a argumentar que no participó en los hechos que dieron sustento al pedido de extradición por haber existido una utilización ilegítima de su identidad al cometerlos.

En primer lugar, es preciso advertir que esa cuestión constituye la reedición de lo planteado ante el *a quo*, que fue fundadamente respondido en la sentencia, con argumentos que no han sido objeto de una crítica concreta y razonada, circunstancia que de por sí autorizaría el rechazo del remedio intentado (Fallos: 315:865; 317:87; 318:2311 y 322:348).

Desde tal perspectiva, en mi opinión, aun cuando hipotéticamente pudieran tenerse por ciertas las afirmaciones de la defensa, el agravio que sustenta la apelación resulta aquí inadmisibles.

Ello es así, pues -como se ha señalado más arriba- la discusión que propone la defensa acerca de la interpretación del artículo 29 de la ley 24.767 no se centra en la duda sobre la identidad del sujeto cuya entrega se ha solicitado, sino en la referida a la veracidad en cuanto a la intervención que la justicia del Paraguay le atribuye en los hechos allí investigados, ante la alegada utilización por parte de terceros de su documento de identidad, el cual le había sido sustraído anteriormente, o lo extravió, conforme consta en la prueba acompañada en autos.

Adviértase, por lo demás, que el texto de esa norma respalda el criterio de la juez federal, pues contempla la libertad de la persona detenida en caso de comprobarse que “no es la requerida” y prevé que se ordene “la captura de la persona correcta”, pero en modo alguno determina que el juez deba apartarse de los términos de la solicitud de extradición. Es oportuno destacar al respecto, que a partir de los datos de identidad

contenidos en el pedido de entreayuda no es posible cuestionar que el procedimiento se ha enderezado hacia la persona allí indicada.

Este de bate excede el marco y la finalidad específica del trámite que rige los pedidos de extradición, cuya particular naturaleza no autoriza una revisión exhaustiva de los elementos que integran el proceso que se sigue a la persona en el Estado requirente.

En efecto, las cuestiones en torno a la validez de la prueba o de los actos procesales celebrados en aquel país deben ventilarse allí mismo, toda vez que, como V.E. tiene dicho, el procedimiento a que están sometidas las solicitudes de extradición no constituye un juicio contra el reo en sentido propio y no caben en él otras discusiones que las referentes a la identidad del requerido y a la observancia de los requisitos exigidos por las leyes y los tratados aplicables (Fallos: 139:94; 150:316; 212:5; 262:409; 265:219; 289:216; 298:138; 304:1609; 308:887, entre muchos otros).

De lo contrario se desnaturalizaría el JUICIO de extradición, que no admite otros reparos que los derivados de la soberanía de la Nación requerida y de las condiciones fundamentales escritas en las leyes y tratados que regulan la materia (Fallos: 318:373 y sus citas de Fallos: 156:169 y 166:173; 308:887, considerando 2°; 324:1694; 327:4884; 329:2523 y 331 :608, entre muchos otros).

Una decisión como la que la defensa propiCia -es decir, rechazar la extradición sobre la base de la total falta de participación del requerido en los hechos que se le imputan en el Estado requirente-, implicaría una indebida intromisión en la competencia propia del tribunal extranjero. Es que, en rigor, lo que concretamente se pretende es que V.E. sujete a revisión los actos allí realizados, de un modo que menoscabaría sus potestades soberanas, como es el ejercicio de la jurisdicción en su territorio. En tal sentido, observo que en el memorial se propone que al revocarse la sentencia apelada, se remita copia del legajo a la justicia paraguaya “a los fines que sus agentes y operadores jurídicos (jueces, fiscales) teniendo ello presente, prosigan la investigación del ilícito por el cual interesaron esta extradición ... dirigida hacia las personas correctas que deban ser sometidas a un proceso penal” (fs. 891).

La improcedencia del agravio que postulo también ha sido aplicada por el Tribunal ante un planteo análogo en el trámite de una extradición que, como el sub judice, había sido solicitada por la República del Paraguay (in re “Valenzuela”, Fallos: 333:1205, considerandos 4° y 5°).

Finalmente, es pertinente recordar el criterio de V.E. en cuanto a que reclamar o imponer a jueces ajenos al proceso que se sigue (como lo son los de la extradición) resolver cuestiones tales como la identidad del presunto autor de los hechos, o la validez y fiabilidad de la prueba, sobre la base de un conocimiento imperfecto de las circunstancias de la causa (puesto que el juez argentino solo cuenta con los elementos indispensables para verificar si se cumplen los requisitos para conceder la extradición y no aquellos que le permitirían expedirse sobre la responsabilidad de los extraditables), trae como peligrosa consecuencia que puedan dictarse decisiones infundadas que podrían pesar en contra de los propios intereses de los imputados (Fallos: 329:1245, apartado VIII del dictamen de esta Procuración General al que hizo remisión el Tribunal, considerandos 55 del voto de la mayoría y 48 del de la doctora Argibay).

Por el contrario, el magistrado extranjero es el competente para entender en cuestiones como las que aquí postula la defensa y, oportunamente, habrá de ponderarlas con mayor conocimiento y plena jurisdicción. Allí, y sobre el fondo del asunto, es donde podría alegarse la aplicación del principio *in dubio pro reo* y no en estas actuaciones, donde no caben discusiones “acerca de la existencia del hecho imputado o la culpabilidad del requerido” (art. 30, ley 24.767).

-IV -

Por lo expuesto, es mi opinión que V.E. debe confirmar la sentencia en todo cuanto fue materia de apelación.

Buenos Aires, 2020. — *ES COPIA*.

Buenos Aires, 19 de agosto de 2021

*Considerando:*

1°) Que la jueza a cargo del Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional de Posadas

declaró procedente la extradición de Fernando Javier Servian a la República del Paraguay para ser sometido a proceso por el delito de exportación e importación, posesión y tenencia de estupefacientes, y tráfico ilícito de estupefacientes (fs. 862/863 y fundamentos a fs. 864/872).

2°) Que, contra esa decisión, interpuso recurso de apelación ordinario el defensor del requerido (fs. 874) que fue concedido a fs. 875 y fundado en esta instancia en los términos de que da cuenta el memorial obrante a fs. 880/891. A su turno, el señor Procurador General de la Nación interino aconsejó confirmar el auto apelado (fs. 893/895).

3°) Que es pacífica doctrina que el proceso de extradición no reviste el carácter de un juicio criminal, por lo que no caben otras discusiones que las referentes a la identidad del requerido y a la observancia de los requisitos exigidos por las leyes y los tratados aplicables (Fallos: 111:35; 117:145; 139:94; 150:316; 212:5; 308:887; 323:1755; 326:3696, entre otros).

En esa línea, se ha desestimado que pudieran ser esgrimidas, como causales de improcedencia de la extradición, defensas vinculadas con que el requerido no se encontraba en el país requirente al tiempo de la comisión del delito imputado en sede extranjera y/o incluso si la prueba reunida en el proceso de fondo era suficiente para vincularlo con el delito imputado (“Valenzuela, César”, Fallos: 333:1205, considerando 4° y 5°). También se ha sostenido que las cuestiones en torno a la validez de la prueba o de los actos procesales celebrados deben ventilarse en el proceso que se le sigue a la persona en el país requirente (Fallos: 329:2523 “Pozo Gamarra” considerando 7° y su cita de Fallos: 324:1694).

Incluso en el caso CSJ 128/2010 (46-P)/CS1 “Paparo, Claudio Alberto s/ detención preventiva con miras de extradición a la República del Paraguay”, se desestimaron los agravios del allí recurrente fundados en que había sido sometido al proceso extranjero por “su sola condición de dueño de la aeronave” “no obstante estar certificado que no se encontraba en Paraguay el día de los hechos” y que designó a un piloto paraguayo a quien identificó como “piloto au-

torizado a volar” las horas necesarias antes de poder regresar la avioneta a la República Argentina (sentencia del 4 de agosto de 2011, considerando 4°).

En consecuencia, deben desestimarse los agravios en que se sustenta la apelación en tanto constituyen mera reiteración de los que ya fueron ventilados en el trámite de extradición, debidamente considerados por el a quo de forma ajustada a derecho.

4°) Que, sin perjuicio de ello, atento las particularidades del caso, recordar las funciones que incumben al Ministerio Público Fiscal de defender la jurisdicción y competencia de los tribunales para, sobre esa base, impulsar el ejercicio de la acción penal pública (arts. 25, inciso j y 33 de la ley 24.946 y art. 3° de la ley 27.148) y, desde esa perspectiva, el Tribunal ha de encomendarle al señor Procurador General de la Nación interino que disponga las medidas que entienda pertinentes a fin de asegurar que la resolución que aquí se adopta, en cuanto confirma la procedencia del pedido de extradición, no conduzca a que se renuncie a una investigación seria y eficaz –en caso de que ella no hubiera ya tenido lugar– para esclarecer adecuadamente los hechos delictivos que habrían tenido lugar en sede argentina (conf. en la causa “Espitia Salazar, Luis Francisco y otro”, Fallos: 343:2161, considerando 17).

En la inteligencia de que solo una investigación de esas características, que fije debidamente la naturaleza de aquellas conductas ilícitas que podrían haberse desarrollado en el foro, brindará alguna posibilidad de –cuanto menos– desarticular, dada la modalidad que asume el tipo de delincuencia involucrada en hechos de estas características, cualquier remanente que –pese al tiempo transcurrido– subsista de las estructuras organizadas que podrían haber actuado (conf. considerando 16 de la sentencia cit.).

Máxime teniendo en cuenta que una indefinición sobre el punto podría comprometer seriamente, a esta altura, el orden público argentino no solo en la persecución eficiente y eficaz de los delitos alcanzados por su jurisdicción (Fallos: 330:4399, considerando 11) sino, además, la actuación estatal debida para salvaguar-

dar la presunción de autenticidad que emana de los asientos registrales de aeronaves y la buena fe en las relaciones de cooperación penal internacional tanto en materia de asistencia judicial como de extradición.

A tal efecto, se encomienda a esa parte acusadora que disponga las medidas que entienda pertinentes de modo tal que, con extrema urgencia y en forma coordinada con las distintas jurisdicciones que correspondan, se agote -de un modo integral- la investigación de los hechos que puso en evidencia este procedimiento de extradición, en cuanto habrían tenido lugar en la República Argentina, sin desatender la luz que podría arrojar en la solución del caso la existencia de otras operaciones comerciales en las cuales Fernando Javier Servian niega haber participado.

Lo expuesto, sin perjuicio de la competencia que corresponda ejercer a la autoridad administrativa competente, en el marco del deber de guarda y legalidad a observar respecto de las inscripciones registrales. A cuyo fin, corresponde que -de no haberse ya hecho efectivo- se libren las comunicaciones pertinentes al Registro de Aeronavegabilidad con el fin de anoticiarla sobre los cuestionamientos dirigidos contra la regularidad del acto registral comprometido en el caso.

5°) Que, desde esa perspectiva, corresponde precisar que dentro de los cursos de acción señalados precedentemente, resulta prevalente que se esclarezca, con extrema urgencia, la regularidad del asiento registral sobre el cual versó la medida de prueba objeto de la asistencia judicial prestada por la República Argentina que constituyó el único elemento de juicio para dirigir, en sede de la República del Paraguay, la imputación contra Fernando Javier Servian y que, a su vez, dio sustento a este pedido de extradición con el fin de someterlo a proceso como autor del hecho investigado en suelo extranjero.

En atención a las excepcionales circunstancias que se presentan en este caso, en que la regularidad de dicho asiento ha sido fuertemente cuestionada -con base en los extremos alegados por la defensa en su memorial y que fueran reseñados en el dictamen del señor Procurador

General de la Nación interino- esta solución concilia los tres intereses en juego que confluyen en un procedimiento de extradición (Fallos: 311:1925; 330:3977).

Por un lado, los del país requerido, porque salvaguarda debidamente la buena fe en la cooperación internacional. De otra parte, los intereses del país requirente, al evitar que una denegación como la que propone la parte recurrente conduzca a una situación de impunidad u obstaculice la actuación judicial extranjera. Por último, busca resguardar, también, los intereses del individuo requerido, dado que, en función de las líneas de acción antes apuntadas, se facilitará el esclarecimiento de su situación procesal en el país requirente procurando la salvaguarda del debido proceso.

Por ello, de conformidad en lo pertinente con lo dictaminado el señor Procurador General de la Nación interino, el Tribunal resuelve: Confirmar el fallo recurrido en cuanto declaró procedente la extradición de Fernando Javier Servian solicitada por la República del Paraguay. Notifíquese, tómese razón y devuélvase al juez de la causa a sus efectos. — *Carlos F. Rosenkrantz*. — *Juan Carlos Maqueda*. — *Horacio Rosatti*. — *Elena I. Highton de Nolasco*. — *Ricardo L. Lorenzetti*.

Disidencia de la doctora *Highton de Nolasco* y del doctor *Lorenzetti*

*Considerando:*

1°) Que la jueza a cargo del Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional de Posadas declaró procedente la extradición de Fernando Javier Servian a la República del Paraguay para ser sometido a proceso por el delito de exportación e importación, posesión y tenencia de estupefacientes, y tráfico ilícito de estupefacientes (fs. 862/ 863 y fundamentos a fs. 864/872).

2°) Que, contra esa decisión, interpuso recurso de apelación ordinario el defensor del requerido (fs. 874) que fue concedido a fs. 875 y fundado en esta instancia en los términos de que da cuenta el memorial obrante a fs. 880/891. A su turno, el señor Procurador General de la Nación interino aconsejó confirmar el auto apelado (fs. 893/895).

3°) Que es pacífica doctrina que el proceso de extradición no reviste el carácter de un juicio criminal, por lo que no caben otras discusiones que las referentes a la identidad del requerido y a la observancia de los requisitos exigidos por las leyes y los tratados aplicables (Fallos: 111:35; 117:145; 139:94; 150:316; 212:5; 308:887; 323:1755; 326:3696, entre otros).

En esa línea, se ha desestimado que pudieran ser esgrimidas, como causales de improcedencia de la extradición, defensas vinculadas con que el requerido no se encontraba en el país requirente al tiempo de la comisión del delito imputado en sede extranjera y /o incluso si la prueba reunida en el proceso de fondo era suficiente para vincularlo con el delito imputado (“Valenzuela, César” Fallos: 333:1205, considerando 4° y 5°). También se ha sostenido que las cuestiones en torno a la validez de la prueba o de los actos procesales celebrados deben ventilarse en el proceso que se le sigue a la persona en el país requirente (Fallos: 329:2523 “Pozo Gamarra” considerando 7° y su cita de Fallos: 324:1694).

Incluso en el caso CSJ 128/2010 (46-P)/CS1 “Paparo, Claudio Alberto s/ detención preventiva con miras de extradición a la República del Paraguay”, se desestimaron los agravios del allí recurrente fundados en que había sido sometido al proceso extranjero por “su sola condición de dueño de la aeronave” “no obstante estar certificado que no se encontraba en Paraguay el día de los hechos” y que designó a un piloto paraguayo a quien identificó como “piloto autorizado a volar” las horas necesarias antes de poder regresar la avioneta a la República Argentina (sentencia del 4 de agosto de 2011, considerando 4°).

4°) Que, sin embargo, la problemática suscitada en el sub lite se vincula con una cuestión que va más allá de los puntos de contacto que podrían establecerse con la jurisprudencia antes señalada y presenta aristas diferenciadas que -valoradas en su conjunto- exceden las hasta ahora abordadas por el Tribunal.

En efecto, el proceso extranjero se inició cuando, el 21 de agosto de 2006, en la ciudad de San Miguel Misiones, República del Paraguay, específicamente en el establecimiento ganade-

ro Doña Lucía, a eso de las 14.00 a 14:30 horas aproximadamente, se produjo el hallazgo de la aeronave mono motor con matrícula LV-HIV –cuyas demás características están debidamente identificadas- que cayó a tierra, presumiblemente por problemas mecánicos producto del sobrepeso de la mercadería ilegal (marihuana prensada) hallada en su interior consistente en 19 fardos, distribuidos en 331 panes de hierbas de marihuana, totalizando aproximadamente 330 kilos (conf. pedido de extradición a fs. 44).

El juez de ese país, a instancias del fiscal interviniente, el 16 de octubre de 2006 solicitó a la República Argentina, en el marco del Protocolo de Asistencia Jurídica en Asuntos Penales del Mercosur (aprobado por ley 25.095), colaboración para que el Registro Nacional de Aeronaves dependiente de la Dirección Nacional de Aeronavegabilidad de la Fuerza Aérea Argentina informara si la aeronave en cuestión estaba inscripta en esta jurisdicción y que, en caso afirmativo, se informara a nombre de qué personas, empresa o institución estaba o estuvo registrada. Asimismo que, de existir tal inscripción, se remitiera copia autenticada de los antecedentes registrales y documentos de la citada aeronave y los datos personales, domicilio y documentos de identidad de los posibles propietarios, tenedores o explotadores de la misma (conf. fs. 110).

El pedido ingresó a través del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto (fs. 107) y quedó radicado ante el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n° 2 bajo el registro 661/2007. Con la conformidad del Fiscal interviniente, el juez recabó la medida de prueba de la autoridad registral competente (fs. 115/116) cuyo resultado arrojó que la aeronave estaba inscripta a nombre de Fernando Javier Servian desde el 11 de mayo de 2006 (fs. 119) y adjuntó copia de los antecedentes legales obrantes en el legajo respectivo identificado como expediente 197.291/06 DNA (fs. 122/148). La respuesta fue enviada al país requirente y quedó incorporada al proceso extranjero el 7 de mayo de 2007 (fs. 152/152 vta.).

5°) Que una compulsas de las demás actuaciones obrantes en la causa evidencia que el contenido de esa medida de asistencia judicial ha quedado severamente comprometido al ponerse en tela de juicio, en el marco del sub lite, la

regularidad del asiento registral que vincula a Servian como titular del dominio de la aeronave. Ello con base en que negó ser el propietario de la misma, refirió que a inicios del año 2006 extravió su documento nacional de identidad y tramitó su reposición el día 22 de febrero de 2006 (fs. 19 y constancia de fs. 20/21) y dos peritajes que concluyeron en la falsedad de la firma que se le atribuye, inserta en el instrumento privado que plasmó la compraventa de la aeronave y que fue ulteriormente utilizado para inscribirla a su nombre en el registro respectivo (fs. 63/90 del “Incidente de excarcelación” y fs. 85/92 del “Legajo de Prueba” que corren por cuerda). El mismo resultado arrojó el primero de esos informes periciales respecto de la firma que aparece vinculada a Servian en el formulario obrante a fs. 54 del referido incidente y presentado ante la autoridad competente para dar inicio al trámite de inscripción registral.

Sendas conclusiones no fueron cuestionadas por las demás partes intervinientes ni en este procedimiento de extradición ni en la investigación penal que quedó radicada ante el Juzgado Federal de Rosario 3, Secretaría A, bajo el registro FRO 31000650/2008, para investigar los hechos denunciados por Fernando Javier Servian por la indebida utilización de su identidad (conf. fs. 1/2 y 83 de las fotocopias certificadas que de lo actuado en esa causa corren por cuerda bajo la carátula “Legajo de Prueba” y que se completan con las agregadas a fs. 805/847 de estos actuados). Ese mismo resultado pericial fue, además, invocado por el Ministerio Público Fiscal interviniente en las instancias de grado para impulsar la hipótesis de error en el proceso de identificación del individuo requerido con el presunto autor de los hechos (fs. 58 del “Incidente de Excarcelación” y fs. 848 de la causa), en términos que surgen abandonados por esa parte –sin ningún tipo de explicación– en instancias ulteriores al llevarse a cabo el debate en este procedimiento (fs. 857/863) e incluso en esta sede por el señor Procurador General de la Nación interino (fs. 893/895 cit.).

6°) Que, a lo expuesto, se suma que, según informó el juez extranjero interviniente, la medida de prueba objeto de la asistencia judicial prestada por la República Argentina constituyó el único elemento de juicio para dirigir, en sede de la República del Paraguay, la imputación con-

tra Fernando Javier Servian que –a su vez– dio sustento a este pedido de extradición con el fin de someterlo a proceso como autor del hecho investigado en suelo extranjero porque, en su “calidad de propietario, tenedor o explotador”, consintió “la comisión de los hechos punibles imputados y lo más probable obteniendo algún provecho económico de la comercialización ilegal de las mismas [en referencia a la sustancia prohibida], es más existe la posibilidad de que la aeronave haya sido piloteada por su propietario” (conf. pedido de extradición a fs. 43/46, aquí fs. 44 vta.). Cabe señalar, además, que en respuesta a un pedido formulado por quien actuara inicialmente como juez de la extradición (fs. 331), su par extranjero informó que “no cuenta con fotografías ni fichas dactilares del imputado” y que Servian fue imputado por el Fiscal solo con base al informe de inscripción de la aeronave (fs. 451).

7°) Que el escenario descrito pone de manifiesto que en el sub lite aparece comprometida la regularidad de un acto registral de la República Argentina, con la particularidad de que constituye el eslabón inicial de los sucesivos actos estatales dictados en uno y otro país y que dieron lugar a la identificación de Fernando Javier Servian como el presunto autor del hecho investigado en la República del Paraguay y el consecuente libramiento del pedido de extradición.

Difícilmente los Estados Partes podrían haber previsto en sus relaciones de cooperación penal internacional una solución que tuviera en cuenta semejante problemática, sin que por ello la República Argentina pueda desentenderse de los serios cuestionamientos dirigidos contra la identificación de Servian como presunto autor de los hechos investigados en sede extranjera. Ello dada la innegable interdependencia que –en las especiales circunstancias que confluyen en el sub lite– se advierte entre los sucesivos actos estatales que culminaron en esa identificación y que, aunque definida por un juez extranjero, reconoce un único y exclusivo elemento de extranjería cual es el informe registral emanado de autoridad pública argentina y que fue facilitado al país requirente en el marco de una medida de asistencia judicial internacional, de cuya sustanciación no tomó noticia el requerido.

8°) Que, en tales condiciones, una solución -como la adoptada- solo basada en la aplicación mecánica del tratado bilateral y de la jurisprudencia de que da cuenta el considerando 3°, en modo alguno satisface la exigencia de una respuesta estatal seria que haya atendido a la verdadera sustancia del agravio introducido -desde un inicio- por Fernando Javier Servian y que claramente denota que en modo alguno pretende cuestionar la prueba producida en el país requirente y/o la valoración que, a los efectos de identificarlo como el autor del hecho investigado, habrían efectuado las autoridades competentes de ese país. Por el contrario y tal como ya se señaló, puso -y sigue poniendo- en tela de juicio, en última instancia, la regularidad de un acto registral de la República Argentina, según las razones ya señaladas y con las consecuencias que de ello se derivan.

9°) Que, por ende, avanzar en una resolución de procedencia, en las circunstancias del sub lite, colocaría al individuo requerido en el absurdo de tener que discutir en sede extranjera, como única defensa de fondo, la inoponibilidad de un acto extranjero -inscripción registral como propietario de la aeronave- emanado del país que autoriza su extradición, con la agravante de que ello tendría lugar a más de diez años de haber denunciado en el foro la falsedad del instrumento privado que le dio sustento y sin que haya recibido una respuesta estatal seria luego de todo ese tiempo en ninguno de los ámbitos jurisdiccionales en los que fue ventilada esa cuestión. Ciertamente la República Argentina no puede -ni debería- mostrarse indiferente frente a un escenario de estas características que expande sus efectos al punto de teñir la autenticidad del contenido de la medida de prueba facilitada en el marco del auxilio judicial brindado a la República del Paraguay, con potencial compromiso de la buena fe que ha de regir la actuación del Estado en sus relaciones de cooperación penal internacional.

10) Que, la fiscal interviniente en la instancia de grado ponderó, como elemento en favor de la procedencia del pedido de extradición, la ausencia de un pronunciamiento definitivo en la causa penal radicada en jurisdicción federal de Rosario (conf. dictamen de fs. 504/505). Más allá del interés que debe guiar a las autoridades estatales para que se esclarezca debidamente la

presunta comisión de los hechos delictivos que se habrían cometido en jurisdicción argentina y que habrían posibilitado la inscripción registral en las circunstancias apuntadas, lo cierto es que es al Estado a quien incumbe adoptar sus decisiones en un plazo razonable sin que, por ende, la indefinición referida -de existir- pueda ser computada en contra del requerido.

Sumado a que, desde el inicio de este procedimiento de extradición, se admitió que Fernando Javier Servian avanzara en la producción de prueba tendiente a acreditar su hipótesis sobre el error de identificación que lo agravia -con base en la falsedad de la firma que se le endilga como inserta en el instrumento privado comprometido en la inscripción registral- al punto que el resultado de la producida no fue desvirtuado ni cuestionado por ulterior prueba, ni por los fiscales ni por los jueces intervinientes, ni en este procedimiento de extradición ni en la causa radicada en jurisdicción federal de la ciudad de Rosario, tal como surge de los antecedentes agregados (fs. cit.). De modo tal que el tenor de la solución de procedencia deviene -incluso- inconsistente con lo previamente actuado en la causa, lo cual resulta inadmisibles a la luz de los principios de progresividad y preclusión que también caracterizan a los procedimientos de extradición (mutatis mutandis Fallos: 331:2202, considerando 19).

11) Que, a esta altura, el Tribunal considera propicia la ocasión para recordar -una vez más- las funciones que incumben al Ministerio Público Fiscal de defender la jurisdicción y competencia de los tribunales (art. 25, inciso j, de la Ley Orgánica del Ministerio Público 24.946) para, sobre esa base, impulsar el ejercicio de la acción penal pública (art. 33) y, desde esa perspectiva, encomendarle al señor Procurador General de la Nación interino que adopte las medidas del caso con el fin de constatar -en caso de que ello no hubiera ya tenido lugar- si se agotaron debidamente las líneas de investigación habilitadas para esclarecer adecuadamente los hechos delictivos que habrían tenido lugar en sede argentina aclarando que, aún en los supuestos en que esa parte acusadora asuma un parecer en favor de la procedencia de la extradición -posición que, por las particularidades del sub lite, no será seguida por el Tribunal en esta ocasión-, en modo alguno ello conlleva la renuncia a lle-

var a cabo una investigación seria y eficaz en los términos y a los fines señalados (conf. sentencia “Espitia Salazar, Luis Francisco y otro”, Fallos: 343:2161, considerando 17).

En la inteligencia de que solo una investigación de esas características, que fije debidamente la naturaleza de aquellas conductas ilícitas que podrían haberse desarrollado en el foro, brindará alguna posibilidad de –cuanto menos– desarticular, dada la modalidad que asume el tipo de delincuencia involucrada en hechos de estas características, cualquier remanente que –pese al tiempo transcurrido– subsista de las estructuras organizadas que podrían haber actuado (conf. considerando 16 de la sentencia cit.). Y teniendo en cuenta que una indefinición sobre el punto podría comprometer seriamente, a esta altura, el orden público argentino no solo en la persecución eficiente y eficaz de los delitos alcanzados por su jurisdicción (Fallos: 330:4399, considerando 11) sino, además, la actuación estatal debida para salvaguardar la presunción de autenticidad que emana de los asientos registrales de aeronaves y la buena fe en las relaciones de cooperación penal internacional tanto en materia de asistencia judicial como de extradición.

A tal efecto, se encomienda a esa parte acusadora que extreme las medidas a su alcance de modo tal que, con extrema urgencia y en forma coordinada con las distintas jurisdicciones que correspondan, agote –de un modo integral– la investigación de los hechos que puso en evidencia este procedimiento de extradición, en cuanto habrían tenido lugar en la República Argentina, sin desatender la luz que podría arrojar en la solución del caso la existencia de otras operaciones comerciales en las cuales Fernando Javier Servian niega haber participado.

Lo expuesto, sin perjuicio de la competencia que corresponda ejercer a la autoridad administrativa competente, en el marco del deber de guarda y legalidad a observar respecto de las inscripciones registrales. A cuyo fin, corresponde que –de no haberse ya hecho efectivo– se libren las comunicaciones pertinentes al Registro de Aeronavegabilidad con el fin de anoticiarla sobre los cuestionamientos dirigidos contra la regularidad del acto registral comprometido en el caso.

Por ello, oído el señor Procurador General de la Nación interino, el Tribunal resuelve: Hacer lugar al recurso de apelación ordinario interpuesto y declarar improcedente la extradición de Fernando Javier Servian solicitada por la República del Paraguay. Notifíquese y devuélvase.

## PUBLICACIONES INJURIOSAS

**Redes sociales. Publicaciones que no se encuentran en la actualidad disponibles. Cuestión abstracta. Libertad de expresión.**

1. — El actor sustenta su solicitud en la vulneración de sus derechos personalísimos a través del contenido de publicaciones realizadas en determinadas cuentas de redes sociales, pero en la actualidad, las publicaciones cuestionadas ya no están disponibles, por lo que el tratamiento del recurso interpuesto en relación con estas ha devenido inoficioso.
2. — En cuanto a la pretensión de evitar publicaciones futuras que eventualmente pudieran afectar los derechos del peticionario, no resulta admisible, puesto que la determinación del carácter lesivo de la publicación entraña una valoración de su contenido y además implica una restricción general y para el futuro, que podría comprometer la búsqueda, recepción y difusión de información e ideas, derecho garantizado por la Constitución Nacional.

**CNFed. Civ. y Com., sala I, 06/07/2021. - Pérez Rivera, Ricardo Luis c. Facebook Argentina SRL y otro s/ medida autosatisfactiva.**

[Cita online: [TRLALEYAR/JUR/104694/2021](https://www.trialejar.com.ar/jur/104694/2021)]

Expte. n° CCF 001990/2021/CA001

Buenos Aires, 6 de julio de 2021.

*Considerando:*

1. El actor solicita una medida autosatisfactiva para que se ordene a Facebook Argentina SRL y a Julia Soledad Alberto: 1) suprimir las publi-

caciones realizadas el 21 de febrero de 2021 en las cuentas de Instagram y Facebook de la última relativas al peticionante –que ilustra el acta notarial acompañada–, 2) cesar la distribución o publicación de los contenidos agraviantes vertidos en las publicaciones adjuntadas en el acta notarial y adoptar medidas para evitar la “viralización” de ese contenido y 3) la eliminación de todo contenido o dato referido al peticionario en las mencionadas cuentas. También pide que se ordene a Facebook que se abstenga de habilitar el uso de enlaces, blogs, foros, grupos y sitios de fans que injurien o menoscaben al actor en su “intimidad personal” y actividad laboral. Asimismo, requiere que se disponga que la Sra. Alberto se abstenga de efectuar publicaciones o manifestaciones referidas al actor (cfr. fs. 2/9, punto I).

Expone que el 22 de febrero tomó conocimiento de la publicación realizada por la Sra. Alberto en su cuenta de Instagram y Facebook del 21 del mismo mes, cuyos términos reproduce. Aduce que las publicaciones contienen acusaciones agraviantes y falaces contra su persona que dañan su buen nombre y honor, así como también su derecho a la intimidad. Destaca que las imputaciones falsas perjudican su imagen y su desempeño profesional. Señala que es médico especialista en psiquiatría y en trastorno obsesivo compulsivo, además de sexólogo clínico. Agrega que con motivo de la publicación tuvo que abandonar un proyecto laboral a pedido de sus socios. Relata que mantuvo una relación sentimental entre agosto de 2020 y enero de 2021 con la mencionada mujer quien, por el vínculo que compartieron y en su calidad de psicóloga, conoce sus actividades y el efecto que la publicación puede causar en su ámbito personal y laboral. Manifiesta que a fin de obtener la retractación y la eliminación de los contenidos la intimó mediante carta documento, sin obtener respuesta.

Destaca que la verosimilitud del derecho se acredita con la constatación notarial que da cuenta de la violación del derecho al honor, a la vida privada y a la imagen a través de las publicaciones indicadas e invoca la protección establecida en el art. 52 del Código Civil y Comercial. Añade que también su derecho a trabajar, reconocido constitucionalmente, se ve afectado.

Sustenta el peligro en la demora en el acceso directo y público de los perfiles de la señora Alberto, en su cantidad de amigos virtuales y en el silencio ante las intimaciones cursadas.

2. La resolución apelada rechazó la medida precautoria con fundamento en la falta de acreditación de la verosimilitud del derecho necesaria para otorgar una medida como la solicitada. En esa dirección, la señora jueza ponderó los alcances de la libertad de expresión, según la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la materia, que comprende la de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole. Agregó que la conveniencia u oportunidad de la publicación que en el ejercicio regular de ese derecho decide hacer una persona, no pueden ser sometidas a una censura previa. En ese entendimiento, destacó que la sola manifestación del interesado sobre la falsedad de lo publicado resultaba insuficiente para admitir una cautelar que impidiera la libre expresión, teniendo el derecho a ejercerla por su parte y la posibilidad de reclamar un resarcimiento. Añadió que tampoco se fundó adecuadamente el perjuicio irreparable que sufriría el peticionario de no concederse la medida, para lo cual no basta con alegar que continúa la difusión de la información calificada como falsa.

3. El actor inicialmente se agravia de la omisión del tratamiento de las medidas solicitadas respecto de la Sra. Alberto.

Sobre la verosimilitud del derecho, sostiene que el derecho a la libre expresión y la prohibición de censura previa no son absolutos, sino que ante la colisión con otros derechos como el honor y la intimidad se debe ponderar cuidadosamente cuál debe prevalecer. Alega la imposibilidad de probar la falsedad de los hechos que, de haber ocurrido, hubieran acontecido en la esfera privada, también cuando se trata de un hecho negativo, como que no ha violado la intimidad de terceros “mostrando videos, fotos y haciendo alusiones a los mismos”. Añade que la decisión constituye una inversión del principio de inocencia establecido en el art. 18 de la Constitución Nacional puesto que, entre otras difamaciones, es acusado de un delito. Cita la doctrina del precedente “Gertz”, resuelto por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, en cuanto a la menor oportunidad de las personas

privadas de contrarrestar las falsedades. Subraya que la publicación cuestionada no es solo un listado de conductas reprochables sino también un llamamiento al boicot a su desempeño profesional, en lo que se denomina “cultura de la cancelación”.

Sustenta el perjuicio irreparable en que las conductas atribuidas, reprochables para cualquier persona, en un psiquiatra son devastadoras pues contradicen las cualidades básicas de comprensión, discreción y juicio para tratar a los pacientes, que se esperan de un profesional de la salud. Destaca que la reputación de un profesional liberal lleva años de construcción, experiencia y estudio y tiene una duración limitada en el tiempo, por lo que el proceso de calumnias e injurias insumiría como mínimo dos o tres años en los que su reputación se vería afectada, justo en el ápice de su vida intelectual y profesional.

Hace hincapié en el carácter preventivo de la tutela solicitada –reconocida en los arts. 52 y 1770 del Código Civil y Comercial– “para evitar que en el futuro se establezcan nuevas vinculaciones con las mismas características... con el objeto de prevenir que se produzca la repetición de la difusión de información lesiva a mis derechos personalísimos”. Destaca que ante la deliberada intención de la Sra. Alberto de no cesar en su obrar, evidenciada con el silencio frente a las intimaciones formuladas, solicita la medida autosatisfactiva para prevenir el agravamiento del daño.

Por último, señala que Facebook opera como moderador del contenido, por lo que es absurdo que ante el pedido de un particular de detener una publicación injuriante y calumniante se oponga formalmente la libertad de expresión que aquella no garantiza ni respeta.

4. En primer lugar, se debe señalar que de los términos de la resolución apelada no se desprende que el análisis de los requisitos de procedencia de la medida autosatisfactiva requerida haya sido efectuado exclusivamente con relación a Facebook, por lo que no se advierte la omisión apuntada por el apelante.

El actor sustenta su solicitud en la vulneración de sus derechos personalísimos a través

del contenido de publicaciones realizadas el 21 de febrero de 2021 en las cuentas de Instagram y Facebook correspondientes a la Sra. Julia Alberto que transcribe y analiza.

Cabe recordar que al tiempo de pronunciarse los jueces deben atender a las circunstancias existentes en ese momento (cfr. Sala II, causas 4404/93 del 29/10/96, 7633/99 del 28/9/00 y 1710/01 del 16/8/01; esta Sala, causas 1373/97 del 3/9/02, 4774/97 del 26/12/02, 21.785/94 del 18/12/03, 5766/92 del 22/5/03, 7698/03 del 16/3/06 y 2266/16 del 3/9/2020), y no median razones para que esa regla —consagrada legislativamente por el art. 163, inc. 6°, del Código Procesal—, quede circunscripta a las sentencias definitivas, pues resulta apropiado que en cualquier otra clase de resoluciones sean tenidas en cuenta aquellas circunstancias sobrevinientes que tengan aptitud para proyectar influencia en el resultado de la controversia suscitada, tal como lo ha hecho la Corte Suprema de Justicia de la Nación al decidir recursos extraordinarios (cfr. Fallos: 310:1084).

En ese entendimiento, no se puede soslayar que tal como surge del informe que se agrega precediendo la resolución, en la actualidad las publicaciones cuestionadas ya no están disponibles, por lo que el tratamiento del recurso interpuesto en relación con estas ha devenido inoficioso.

5. En cuanto a la pretensión de evitar publicaciones futuras que eventualmente pudieran afectar los derechos del peticionario, no resulta admisible, puesto que la determinación del carácter lesivo de la publicación entraña una valoración de su contenido y además implica una restricción general y para el futuro, que podría comprometer la búsqueda, recepción y difusión de información e ideas, derecho garantizado por la Constitución Nacional y por la ley 26.032 –B.O. 17605– y es incompatible con la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios”, R. 522. XLIX. del 28-1014” (cfr. considerandos 24 a 28 del voto de la mayoría).

No obstante lo hasta aquí expuesto, cabe recordar también que las decisiones sobre medidas cautelares no causan estado ni son definitivas.

vas ni preclusivas, de donde resulta que lo aquí decidido puede reverse siempre que se aporten nuevos elementos probatorios conducentes, que —en su caso— serán valorados por el señor juez. Ello dado que, en general, tales decisiones tienen carácter eminentemente mutable, de manera que la resolución que recae sobre ellas de acuerdo con las particularidades de cada caso es siempre provisional (cfr. esta Sala, doctr. causas 7115/2002 del 101202, 16.339/03 del 1205, 4386/10 del 30910, 3460/14 del 231014 y 4634/18 del 161018).

Por los fundamentos expuestos, el Tribunal *Resuelve*: declarar inoficioso el tratamiento del recurso interpuesto en cuanto se refiere a las publicaciones individualizadas en el escrito inicial y rechazarlo en cuanto a las eventuales publicaciones futuras.

Regístrese, notifíquese y devuélvase. — *Fernando A. Uriarte*. — *Alfredo S. Gusman*. — *Eduardo D. Gottardi*.

## NULIDAD DE LA NOTIFICACIÓN

**Falta de fijación de la cédula en la puerta de acceso de la unidad funcional del contribuyente. Actuación de los funcionarios notificadores. Incumplimiento del procedimiento legal.**

1. — Corresponde declarar la nulidad de la notificación cuestionada, toda vez que no obra constancia alguna de que la cédula hubiese sido fijada en la puerta de acceso de la unidad funcional del domicilio fiscal del contribuyente, ni se encuentra acreditado que el agente notificador hubiera actuado conforme al procedimiento establecido por los arts. 100 de la ley 11.683, 141 del Cód. Proc. Civ. y Com. y 153 del Reglamento para la Organización y Funcionamiento de la Oficina de Notificaciones para la Justicia Nacional y Federal, aprobado por la acordada CSJN 19/80 —modif. por la res. CM 188/2007— [1].
2. — La notificación de la resolución del fisco resulta nula, pues, en el acta de diligenciamiento no consta si, antes de fijar la cédula

en la puerta de acceso, el oficial verificó si había portería o personal dependiente del consorcio y, si —en ese caso— intentó entregar la pieza a tal personal, o bien solicitó que se le permitiera el ingreso al edificio para fijar la cédula de notificación en la puerta de la unidad funcional del contribuyente. Tampoco describió el lugar en donde fijó la cédula, es decir si lo hizo en la puerta de entrada del edificio o en la puerta de la unidad funcional [2].

3. — La adecuada notificación de los actos tiene por objeto proporcionar a los litigantes la oportunidad de ejercer su derecho de defensa —consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional— con la amplitud que exige la garantía del debido proceso.

**CNFed. Contenciosoadministrativo, sala II, 10/08/2021. - Fernández Ramos, Rubén Alejandro c. EN-AFIP-DGI s/ Dirección General Impositiva.**

[Cita online: [TRLALEYAR/JUR/118152/2021](https://www.tribunales.gub.uy/ver/118152/2021)]

### JURISPRUDENCIA VINCULADA

[1 y 2] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo Federal, sala V, “Michigan Avenue SA c. Dirección General Impositiva s/ recurso directo de organismo externo”, 02/11/2017, AR/JUR/97759/2017.

Expte. n° CAF 046526/2019/CA001

Buenos Aires, 10 de agosto de 2021.

*Considerando:*

I. Que, por resolución del 26 de mayo de 2021, la señora jueza de primera instancia declaró no habilitada la instancia judicial en las presentes actuaciones.

Para decidir de ese modo, tuvo en cuenta que de las constancias del expediente administrativo acompañado surgía que el 10 de enero de 2019 a las 15:35 hs. el oficial notificador se había constituido en el domicilio fiscal constituido a fin de notificar el contenido del Dictamen 1367/18 y la Resolución n° 2641 (DI CRSS), procediendo a fijar la cédula de notificación en la puerta de

entrada del inmueble; ocasión en la que se había dejado expresa constancia que esa diligencia se estaba realizando bajo las disposiciones de la Resolución General AFIP n° 3385/12 que disponía la feria fiscal de verano entre los días 01/01/2019 y 31/01/2019.

En orden a la forma en que se había realizado la notificación, refirió que el artículo 11 de la Resolución General AFIP n° 4280/18 determinaba que la constitución del Domicilio Fiscal Electrónico no relevaba a los contribuyentes de la obligación de denunciar el domicilio fiscal previsto en el artículo 3° de la Ley 11.683, texto ordenado en 1998 y sus modificaciones, ni limitaba o restringía las facultades de la Administración Federal de practicar notificaciones por medio de soporte papel en este último y/o en domicilios fiscales alternativos.

En punto a la fijación del instrumento de notificación en la puerta de ingreso al inmueble cuyo domicilio había sido constituido por la parte actora, entendió que dicha diligencia había sido efectuada de conformidad con lo dispuesto en la Acordada 19/80 (CM Resolución 188/2007) y el artículo 100 de la Ley 11.683.

En ese contexto, y en atención a que el actor había deducido la presente acción el 3 de septiembre de 2019, concluyó en que dicha parte no había impugnado temporaneamente el Dictamen n° 1367/18 (DV REVB) y la Resolución n° 2641/18 (DI CRSS), a tenor de lo normado en el artículo 25 de la Ley 19.549, lo que llevaba a declarar no habilitada la instancia judicial en las presentes actuaciones.

II. Que, disconforme con lo resuelto, el 2 de junio de 2021, el actor interpuso y fundó recurso de apelación; su traslado fue contestado por la AFIP el 8 de junio de 2021.

El demandante, en primer término, advirtió que la jueza a quo omitió considerar que el Fisco Nacional había confundido los conceptos jurídicos cometiendo una equivocación respecto de la excepción planteada, pues había opuesto la defensa de prescripción alegando que la demanda había sido presentada extemporaneamente.

Sentado ello, reiteró los argumentos que ya había expuesto en estas actuaciones con relación a las irregularidades incurridas en la notificación del Dictamen n° 1367/18 (DV REVB) y la Resolución n° 2641/2018 (DI CRSS), por los cuales no se había hecho lugar al recurso administrativo que había impetrado.

En tal sentido, señaló que la cédula de notificación había sido fijada en la puerta de ingreso general del edificio (no del departamento), quedando a merced de pérdidas y sustracciones. Y que, además, la notificación no había cumplido con los contenidos previstos en el artículo 137 del Código Procesal Civil y Comercial, puesto que se había omitido mencionar el expediente o actuaciones en virtud de las cuales se practicaba, la transcripción de la parte pertinente de la resolución y el detalle preciso de la documentación que se acompañaba.

Agregó que la cédula había sido solo dirigida al domicilio fiscal, omitiendo la notificación en el domicilio electrónico, contraviniendo lo dispuesto en la Ley 27.430 y la Resolución AFIP n° 4280/18.

A partir de tales circunstancias, solicitó que se declarase la nulidad de la notificación practicada y que se tomara como fecha cierta de notificación el 4 de julio de 2019, oportunidad en la que había tomado vista de las actuaciones administrativas.

III. Que, el 28 de junio de 2021, emitió su dictamen el señor Fiscal General y, por los fundamentos que expuso, opinó que debería admitirse el recurso intentado y revocar la sentencia apelada.

IV. Que, de manera preliminar, cabe advertir que los términos en los que la demandada opuso la excepción en modo alguno obstan al examen del cumplimiento de los requisitos de admisibilidad de la acción contencioso administrativa, que deben ser comprobados de oficio por el juez (conf. art. 31 de la ley 19.549, sustituido por art. 12 de la ley 25.344).

V. Que, precisado lo anterior, corresponde señalar que de las actuaciones administrativas acompañadas surge que, el 3 de diciembre de 2018, el Director de la Dirección de Contencioso

de los Recursos de la Seguridad Social, mediante Resolución n° 2641/2018, resolvió “NO HACER LUGAR a la presentación interpuesta por el contribuyente contra la exclusión de pleno derecho del Régimen Simplificado para Pequeños Contribuyentes” y confirmó esa exclusión y el alta de oficio en los tributos del régimen general desde el 17 de marzo de 2011” (cfr. fo. 111/115 del archivo “RESOLUCION DEFINITIVA Y NOTIF DE VÍAS RECURSIVAS”, incorporado a las actuaciones digitales el 18/02/2021, fs. 247/264).

La notificación de ese acto fue cursada, el 10 de enero de 2019, al domicilio fiscal del actor, ubicado en Beruti 3139, 1er piso, depto. “A”, CABA (cfr. fo. 120 del archivo “RESOLUCIÓN DEFINITIVA Y NOTIF DE VÍAS RECURSIVAS”, ut supra mencionado).

Surge del texto de la cédula de notificación acompañada que “[h]abiendo encontrado el domicilio citado precedentemente cerrado y en virtud del carácter constituido del mismo, se procedió a fijar en la puerta de acceso, la presente Cédula de Notificación junto con la documentación detallada en el párrafo que antecede. Es un sobre con ..... (.....) fs. CONSTE”.

Además, en la cédula, se dejó constancia de que los plazos administrativos se encontraban suspendidos entre los días 01/01/2019 y 31/01/2019, por la feria fiscal de verano.

VI. Que sentado ello, y a los fines de resolver la cuestión traída a conocimiento del Tribunal, cabe recordar que el artículo 100 de la Ley 11.683 dispone: “Las citaciones, notificaciones, intimaciones de pago, etc., serán practicadas en cualesquiera de las siguientes formas: [...]

“b) Personalmente, por medio de un empleado de la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS, quien dejará constancia en acta de la diligencia practicada y del lugar, día y hora en que se efectuó, exigiendo la firma del interesado. [...] Si [en la segunda visita realizada por dos agentes] no hubiere persona dispuesta a recibir la notificación o si el responsable se negare a firmar, procederán a fijar en la puerta de su domicilio y en sobre cerrado el instrumento de que se hace mención en el párrafo que antecede. [...]

“e) Por cédula, por medio de los empleados que designe el Administrador Federal, quienes en las diligencias deberán observar las normas que sobre la materia establece el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. [...]

“g) Por comunicación en el domicilio fiscal electrónico del contribuyente o responsable, en las formas, requisitos y condiciones que establezca la Administración Federal de Ingresos Públicos, los que deberán garantizar la correcta recepción por parte del destinatario.

Esta Sala ha interpretado que la expresión “puerta de su domicilio” contenida en el artículo 100, inciso b), de la ley citada -precedentemente transcripto-, debe ser entendida como la puerta de la unidad funcional o departamento donde el contribuyente tiene su domicilio fiscal, pues ese lugar - en concreto- es el elegido o denunciado para recibir las notificaciones (“Aresco SA - TF 29750-I c/ DGI”, causa n° 32.079/09, 07/02/2011 y, en igual sentido, Sala I, “Aresco SA - TF 29748-I c/ DGI”, causa n° 32.058/09, 04/12/2012).

A su vez, el artículo 141 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (texto según ley 25.488 -BO 22/11/2001) establece que: “Cuando el notificador no encontrare a la persona a quien va a notificar, entregará el instrumento a otra persona de la casa, departamento u oficina, o al encargado del edificio [...] Si no pudiere entregarlo, lo fijará en la puerta de acceso correspondiente a esos lugares”.

En relación a esta disposición, este Tribunal, ha interpretado que la referencia a que el oficial fijará la pieza “...en la puerta de acceso correspondiente a esos lugares...” alude a la enumeración contenida en la primera parte de la norma, es decir, “...casa, departamento u oficina” (expte. “Aresco SA”, ya citado).

A su vez, el artículo 153, apartado d) del Reglamento para la Organización y Funcionamiento de la Oficina de Notificaciones para la Justicia Nacional y Federal, aprobado por la Acordada CSJN 19/80 -modif. por la Resolución CM n° 188/2007- aclara que “el término ‘fijar’ deberá entenderse como la colocación de la cédula en un lugar del domicilio que mejor garantice su recepción [...] En caso de no poder acceder hasta el domicilio indicado en la cédula (piso, de-

partamento, habitación, unidad funcional, etc.) el notificador deberá fijar la cédula en el último lugar al que tenga acceso en el domicilio individualizado por calle y número”.

Al respecto, este Tribunal señaló que esa disposición debe ser interpretada en el contexto del apartado b), del citado artículo, en cuanto establece que: “si no se responde a los llamados, entregará la cédula al personal que dependa directa o indirectamente del consorcio de propietarios, en caso que lo hubiere; c) si no pudiere entregarla, procederá a fijar la cédula en la forma indicada en el artículo 153, apartado d)” (causa “Aresco SA”, ya citada). Y, en atención a ello, se declaró la nulidad de actas de notificación por no constar en ellas si los funcionarios, al fijar la documentación en los términos del apartado d), intentaron entregar la pieza al personal dependiente del consorcio de propietarios, y si el edificio contaba con portería o dependiente del consorcio que permitiera, o no, el acceso a su interior o estuviera dispuesto a recibir la notificación.

VII. Que a la luz de las normas y de la doctrina reseñadas, por los fundamentos desarrollados por el Sr. Fiscal General en su dictamen y que este Tribunal comparte, corresponde declarar la nulidad de la notificación cuestionada toda vez que no obra constancia alguna de que la cédula hubiese sido fijada en la puerta de acceso de la unidad funcional del domicilio fiscal del contribuyente, ni se encuentra acreditado que el agente notificador hubiera actuado conforme al procedimiento establecido por los artículos 100 de la Ley 11.683, 141 del CPCCN y 153 del citado Reglamento para la Organización y Funcionamiento de la Oficina de Notificaciones para la Justicia Nacional y Federal, aprobado por la Acordada CSJN 19/80 -modif. por la Resolución CM n° 188/2007-.

En efecto, tal como lo puso de relieve el señor Fiscal, en el acta de diligenciamiento no consta si, antes de fijar la cédula en la puerta de acceso, el oficial verificó si había portería o personal dependiente del consorcio y, si - en ese caso- intentó entregar la pieza a tal personal, o bien solicitó que se le permitiera el ingreso al edificio para fijar la cédula de notificación en la puerta de la unidad funcional -piso 1º, depto “A”-. Tampoco describió el lugar en donde

fijó la cédula -es decir si lo hizo en la puerta de entrada del edificio o en la puerta de la unidad funcional.

Tratándose de un edificio de propiedad horizontal, el agente que practicó la notificación debió haber dejado debida constancia de las circunstancias señaladas, conforme lo exigen la normas que se han citado, cuya finalidad es asegurar el conocimiento fehaciente del acto respectivo por parte de su destinatario.

Ante la ausencia de esas constancias, y no mediando prueba de que la AFIP hubiere procurado por otros medios comunicarle al actor el acto impugnado en autos, fijar la cédula en la puerta de acceso a un edificio, con el riesgo de que cualquier persona ajena pueda retirarla o desecharla, no permite tener por válidamente cumplida la notificación pretendida (conf. en el mismo sentido, doct. de la Sala V, por mayoría, en “Aldazabal Cristian Edgardo – TF 27964-I c/ DGI”, causa n° 17.409/2008, 19/02/2009, con relación a un sobre cerrado -conteniendo copia del acta- que fue dejado en la puerta de reja de acceso a un edificio).

Como corolario de lo expuesto, la notificación cuestionada en autos debe considerarse nula.

Debe tenerse presente que la adecuada notificación de los actos tiene por objeto proporcionar a los litigantes la oportunidad de ejercer su derecho de defensa -consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional- con la amplitud que exige la garantía del debido proceso (cfr. Fallos: 339:1436).

VIII. Que, en consecuencia, en virtud de la nulidad de la citada notificación, corresponde considerar, en línea con lo señalado por el señor Fiscal General, que el contribuyente se notificó de este acto el 4 de julio de 2019, momento en el que -conforme expone en su escrito inicial- habría tomado vista de las actuaciones administrativas.

Sobre esa base, la acción promovida el 3 de septiembre de 2019 fue presentada dentro del plazo establecido por el artículo 25 de la Ley 19.549.

Por las consideraciones que anteceden, y de conformidad con lo dictaminado por el señor Fiscal General, el Tribunal *Resuelve*: hacer lugar al recurso deducido por el actor y revocar la sentencia apelada en cuanto fue materia de agravios; con costas (arts. 68, primer párrafo, y 69, del CPCCN).

Regístrese, notifíquese y devuélvase. — *Luis M. Márquez*. — *María C. Caputi*. — *José L. López Castiñeira*.

## AMPARO DE SALUD

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

1. — Resulta atendible el planteo del actor respecto a la inclusión de su hijo —quien fue desafectado cuando alcanzó los 26 años—, y que padece discapacidad, en calidad de beneficiario directo del grupo familiar de su padre, por considerar que, de acuerdo con su estado de salud, el tratamiento al que debe ser sometido y según lo declarado por sus padres respecto a que este se encuentra a su exclusivo cargo, no hacen más que demostrar que el caso se encuadra en el supuesto previsto en la normativa interna aplicable.
2. — Las normas relativas a la afiliación de los beneficiarios de las obras sociales universitarias, por referirse a los más elementales derechos humanos, deben ser interpretadas de acuerdo al principio *pro homine*, criterio hermenéutico en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria.
3. — La interpretación literal de la norma cuestionada resulta contraria a sus propios fines, cual es el mantener como afiliados

directos a aquellos hijos con discapacidad que carecen de la posibilidad de contar con cierta independencia de tipo económico, extremo que se presenta en el caso bajo estudio.

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

[Citaonline:TRLALEYAR/JUR/121458/2021]

### COSTAS

Se imponen a la demandada vencida.

Causa: 14787/2019/CA2

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

*Considerando:*

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

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

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

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

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

Asimismo, cuestiona como fundamento del rechazo el argumento de que las personas discapacitadas que no tienen obra social pueden acceder a todas las prestaciones necesarias acudiendo a los organismos dependientes del estado, considerando de poca gravedad el negar a L. su calidad de beneficiario directo de ASUNT.

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

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

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

Sostiene el actor que a su hijo se le diagnosticó la mencionada enfermedad en febrero del año 2014, configurándose pérdida de las estruc-

turas cerebrales regular de los estados de ánimo, con ciclos donde alterna florida sintomatología, y ciclos asintomáticos pasando desde el polo depresivo al maníaco y viceversa (acompaña a la presente copia de la historia clínica y tratamiento asignado por el Dr. Ignacio Agustín Sánchez Arca, su médico psiquiatra de cabecera).

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

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

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

Plantea inconstitucionalidad del art. 4, punto 3, inc. b del estatuto de acción social de ASUNT, destacando que dicha normativa exige la incapacidad permanente para trabajar, como asimismo que se encuentren completamente a cargo del titular. Es por ello que considera que dicha disposición se encuentra en contradicción con lo normado por la Constitución Nacional, y los tratados internacionales, citando como fundamento, el art. 9 de la Ley Nacional N° 24.901 que determina el concepto de persona con discapacidad en base a lo dispuesto por

Ley N° 22.431, esgrimiendo que la ley nacional que regula a las obras sociales universitarias N° 24.741, dentro de cuya órbita de desempeña la demandada, prevé en su art. 4 que los hijos incapacitados mayores de 21 años, se encuentran a cargo del titular de la obra social, no requiriendo en ningún momento que dicha incapacidad tuviera que ser absoluta y permanente como lo requiere el estatuto cuestionado.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Su hijo L. N. R., quien padece “Trastorno Afectivo Bipolar, episodio mixto presente” (Cfr. Certificado de Discapacidad de fs. 31) se encontraba afiliado a ASUNT en su calidad de hijo del beneficiario directo (cfr. fs. 30). Ello de conformidad con lo dispuesto por el art. 9 de la Ley N° 23.660 que reconoce calidad de beneficiarios: “a) Los grupos familiares primarios de las categorías indicadas en el artículo anterior. Se entiende por grupo familiar primario el integrado por el cónyuge del afiliado titular, los hijos solteros hasta los veintinueve años, no emancipados por habilitación de edad o ejercicio de actividad profesional, comercial o laboral, los hijos solteros mayores de veintinueve años y hasta los veinticinco años inclusive, que estén a exclusivo cargo del afiliado titular que cursen estudios regulares oficialmente reconocidos por la autoridad pertinente, los hijos incapacitados y a cargo del afiliado titular, mayores de veintinueve años; los hijos del cónyuge; los menores cuya guarda y tutela haya sido acordada por autoridad judicial o administrativa, que reúnan los requisitos establecidos en este inciso...”

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En tal sentido, el caso del amparista debe ser analizado a partir de los estándares internacionales sobre derechos humanos. Al respecto, el Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales —órgano encargado del seguimiento, control y aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante PIDESC)—, al fijar los contenidos mínimos del artículo 12 del PIDESC ha emitido la Observación General N° 14 relativa a “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud” donde afirmó que “(...) el derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano. El derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales.

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

El Comité DESC ha afirmado enfáticamente que el derecho a la salud en todas sus formas

y a todos los niveles “abarca los siguientes elementos esenciales e interrelacionados”: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad, y calidad (conf. Observación General N° 14 citada, párrafo 12).

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

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

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

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

hacen más que demostrar que el caso se encuadra en el supuesto previsto en la normativa interna aplicable.

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

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

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

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

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

Por lo que, se resuelve: I. Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora a fs. 161/168 y revocar el punto I. de la sentencia apelada de fecha 25 de noviembre de 2020 (fs. 152/160), en mérito a lo considerado; en

consecuencia, Hacer lugar a la acción de amparo interpuesta por el señor P. R. y ordenar a la Acción Social de la Universidad Nacional de Tucumán (ASUNT) y a la Universidad Nacional de Tucumán (UNT) que proceda a reafiliar en forma inmediata al joven L. N. R. L., DNI ..., como beneficiario directo y brinde la cobertura médico asistencial que por ley corresponda, según lo considerado. II. Costas de ambas instancias, a las vencidas (art. 14 de la Ley N° 16.986). III. Diferir pronunciamiento sobre honorarios para su oportunidad. IV. Regístrese, notifíquese, publíquese y oportunamente devuélvase al juzgado de origen. — *Marina Cossio.* — *Ricardo Sanjuan.* — *Mario R. Leal.*

## DESALOJO

### Vencimiento del contrato. Inaplicabilidad de la suspensión dispuesta por el DNU 320/2020.

1. — El DNU 320/2020 establece en todo el territorio nacional la suspensión de sentencias en los procesos de desalojo por la causal de falta de pago de los alquileres exclusivamente; y no por otras causales. Es decir, solo los lanzamientos, no los procesos de desalojo ni cualquier lanzamiento, sino los ordenados en desalojos por falta de pago; no por otras causales, ni la de vencimiento de contrato.
2. — Si bien existe un criterio de amplia tolerancia para ponderar la suficiencia de la técnica recursiva exigida por el art. 265 de la ley adjetiva, por entender que tal directiva es la que más adecuadamente armoniza el cumplimiento de los requisitos legales impuestos con la garantía de defensa en juicio, lo cierto es que, más allá de tal amplitud en la apreciación de la técnica recursiva, existe un mínimo por debajo del cual las consideraciones o quejas traídas carecen de entidad jurídica como agravios en el sentido que exige la ley de forma, no resultando legalmente viable discutir el criterio judicial sin apoyar la oposición en basamento idóneo o sin dar razones jurídicas a un distinto punto de vista.

3. — Más allá del esfuerzo argumental que realiza la apelante para resistir la decisión arribada respecto de su representado, su memorial de agravios no contiene una refutación jurídica ni técnica respecto de la sentencia que hizo lugar al pedido de desalojo por vencimiento del plazo contractual, sino que sus agravios versan únicamente sobre la eventual suspensión del proceso que correspondería aplicar al caso en virtud del DNU 260/2020 dictado en el marco de la pandemia y que resulta de público y notorio conocimiento.
4. — La magistrada de la instancia de grado no hizo caso omiso a las circunstancias personales de los ocupantes del bien, en tanto difirió su consideración para la etapa de ejecución de sentencia, motivo por el cual no se advierte el agravio en tal aspecto, si se repara en que no existirá indefensión por parte de su representado desde que el estado de vulnerabilidad aludido será ponderado al momento procesal oportuno, es decir, antes de ordenar el lanzamiento respectivo.

**CNCiv., sala J, 22/04/2021. - Beltrame, Beatriz Sara c. García, Miguel Ángel y otro s/ desalojo por vencimiento de contrato.**

[Cita on line: [TRLALEYAR/JUR/11276/2021](https://www.trialej.com/ver/11276/2021)]

#### COSTAS

Se imponen a la demandada vencida.

Expte. 29515/2019

**2ª Instancia.**- Buenos Aires, abril 22 de 2021.

¿Es justa la sentencia apelada?

La doctora *Verón* dijo:

La sentencia del día 14 de julio de 2020 hace lugar a la demanda entablada por la actora Beatriz Sara Beltrame —por intermedio de su curador Dr. Federico María Fleitas— contra Miguel Ángel García y su exconviviente María Alejandra Gullota y extensivo el pronunciamiento respecto a eventuales subinquilinos y/o ocupantes. En consecuencia, condena a los nombrados a des-

alojar el inmueble sito en Maipú ..., piso ..., unidad ..., departamento ..., de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, dentro del plazo de diez días de quedar firme el aludido pronunciamiento, bajo apercibimiento de lanzamiento, con costas. Difiere para la etapa de ejecución de sentencia, la consideración de las circunstancias personales de la ocupante y su grupo familiar en torno a la invocada situación de vulnerabilidad.

Contra tal pronunciamiento se alza la Sra. Defensora de Menores e Incapaces de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y del Trabajo N° 5 en representación de U. R. A. (ocupante), hijo de María Alejandra Gullota.

La Sra. Defensora de Menores e Incapaces de Cámara, expresa sus agravios con el dictamen incorporado al sistema informático con fecha 19/03/2021. Corrido el pertinente traslado la parte actora contesta conforme presentación de fecha 06/04/2021, argumentos a los que adhiere la Defensoría de Menores e Incapaces N° 6 conforme dictamen de fecha 08/04/2021, quien actúa en representación de la accionante.

Con fecha 9 de abril del año en curso, se dictó el llamamiento de autos, providencia que se encuentra firme, quedando de esta manera los presentes en estado de dictar sentencia.

### I. Breve reseña de los hechos

Relata la parte reclamante en su escrito de demanda que con fecha 13 de marzo de 2017 firmó un contrato de locación con el aquí demandado Miguel Ángel García por el cual le alquiló por un plazo de dos años el departamento de la calle..., piso..., unidad..., departamento., y que pronto a vencer el contrato, las partes firmaron un convenio de desocupación, comprometiéndose el demandado a desalojar la unidad el día 30 de marzo del año 2019. Refiere, que ante tal incumplimiento se vio obligado a iniciar el presente proceso de desalojo.

### II. Agravios

La Sra. Defensora de Cámara expresa que su defendido (U. R. A.) resulta agraviado en cuanto se hizo lugar a la demanda de desalojo haciendo caso omiso de su particular situación.

En efecto, señala que el Poder Ejecutivo Nacional declaró la emergencia sanitaria median-

te el decreto de necesidad y urgencia 260/2020 y, en ese marco, y mediante el decreto 320/2020 determinó la suspensión de los desalojos, medida prorrogada hasta el 31 de marzo del corriente año por el decreto 66/2021. Destaca entre los fundamentos de dicha normativa, que "...nos encontramos ante una emergencia sanitaria que obliga al gobierno a adoptar medidas y decisiones con el objetivo de velar por la salud pública, pero, también, para paliar los efectos de las medidas restrictivas dispuestas, que afectarán el consumo, la producción, la prestación de servicios y la actividad comercial, entre otros muchos efectos...," que "...esta situación exige extremar esfuerzos para enfrentar no solo la emergencia sanitaria, sino también la problemática económica y social. En efecto, el Estado debe hacerse presente para que los y las habitantes de nuestro país puedan desarrollar sus vidas sin verse privados de derechos elementales, como el derecho a la salud, pero sin descuidar otros, como el derecho a la vivienda..."

Agrega que, desalojar a menores de edad sin resolver previamente su situación de vivienda constituye, lisa y llanamente, una violación a sus derechos fundamentales, receptados en nuestra Constitución Nacional y los Tratados Internacionales incorporados a ella, dejándolos totalmente desprotegidos.

Cita a la Constitución Nacional (art. 14 bis *in fine*) y a la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 27), en lo relativo al acceso a una vivienda digna y a los derechos de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social, como así también, a las medidas que deben adoptar los Estados Partes y la asistencia material y programas de apoyo que deben proporcionar particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.

Sobre el particular indica que se ha comprobado que su representado, U. R. A., es un joven adolescente discapacitado y, junto a su familia, se encuentra en un estado de extrema vulnerabilidad y por ello, el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 82, al decidir en el expediente sobre violencia familiar iniciado por la progenitora de su defendido contra el aquí demandado, consideró necesario tomar el recaudo de que, previo al lanzamiento, se requiera la

asistencia de la Dirección General de la Mujer, el Consejo de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes; la Agencia Nacional de Discapacidad; el *Programa Proteger*; y el Ministerio de Desarrollo Social de CABA.

En función de ello, sostiene que nada ha sido tomado en cuenta por la *a quo*, limitándose a diferir la cuestión referida a la vulnerabilidad del grupo familiar para la etapa de ejecución, momento en el que será demasiado tarde para evitar la vulneración de los derechos de su defendido. Por lo tanto, estima que corresponde suspender el trámite procesal de autos y, eventualmente, previo a llevar a cabo el desalojo de su asistido, deberán arbitrarse los medios necesarios para solucionar su situación habitacional, requiriendo la intervención de los organismos mencionados.

Por último, se agravia por la regulación de honorarios efectuada, en tanto la considera elevada.

Por su parte la reclamante solicita el rechazo de los agravios en razón de los argumentos vertidos en su escrito del día 06/04/2021 y a cuyos fundamentos adhirió la Defensoría de Menores e Incapaces N° 6 (ver dictamen de fecha 08/04/2021) quien actúa en representación de la aquí actora.

### III. Solución

1. Como previo al análisis de las cuestiones planteadas, es menester señalar que los jueces no están obligados a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan solo aquellas que sean conducentes y posean relevancia para decidir el caso (conf. CSJN, Fallos: 258:304, 262:222, 265:301, 272:225, 276:132, 303:2088, 304:819, 305:537, 307:1121, entre otros; Fassi Yáñez, “Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación Comentado, Anotado y Concordado”, T. I, p. 825; Fenochietto-Arazi, “Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación. Comentado y Anotado”, T. I, p. 620).

2. Ahora bien, sabido es que la expresión de agravios no es una simple fórmula, sino que constituye una verdadera carga procesal, debiendo contener un estudio minucioso y preciso de la sentencia que se apela, y condensar

los argumentos y los motivos que demuestren los errores cometidos por el juez inferior para que el tribunal de alzada pueda apreciar en qué puntos y por qué razones, el apelante se considera perjudicado en sus derechos (Highton-Areán, “Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación”, T. 5, p. 243, 1ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2004).

Esta, supone la existencia de dos elementos: el perjuicio que se infiere a la parte quejosa, aspecto endógeno con sus consecuencias, y que dicho perjuicio, para llegar al ámbito conceptual de agravio, provenga de errores de la sentencia, los que deben ser indicados claramente.

Por ello, resulta inviable la apelación en mérito a lo establecido por el art. 265 del Código Procesal, cuando los agravios de los recurrentes se limitan a reiterar los mismos argumentos que fueron expuestos ante el *a quo* en el escrito de inicio, sin hacerse cargo de las consideraciones que aquel expresó al fundar su sentencia, por cuanto se pone en evidencia la falta de un agravio específico respecto de las apreciaciones efectuadas por el magistrado de la instancia previa. (Conf. CNCiv. Esta Sala, 15/07/2010, Expte. N° 72.250/2002 “Celi, Walter B. y otro c. Salvador M. Pestelli Sociedad Anónima s/ daños y perjuicios”; *idem*, *id.*, 23/06/2011, Expte. 90.579/2003 “Rivera Cofre, José A. y otros c. Clínica Gral. de Obstetricia y Cirugía Nstra. Sra. de Fátima y otros s/ daños y perjuicios”, entre otros).

Si bien existe un criterio de amplia tolerancia para ponderar la suficiencia de la técnica recursiva exigida por el art. 265 de la ley adjetiva, por entender que tal directiva es la que más adecuadamente armoniza el cumplimiento de los requisitos legales impuestos con la garantía de defensa en juicio; lo cierto es que más allá de tal amplitud en la apreciación de la técnica recursiva, existe un mínimo por debajo del cual las consideraciones o quejas traídas carecen de entidad jurídica como agravios en el sentido que exige la ley de forma, no resultando legalmente viable discutir el criterio judicial sin apoyar la oposición en basamento idóneo o sin dar razones jurídicas a un distinto punto de vista (conf. CNCiv., esta Sala, 17/12/2009, Expte. N° 62.375/2006 “Enser, Luis A. c. Empresa de Transporte General Tomás Guido SACIF y otros”; *id.*, 14/08/2009, Expte. N° 70.098/98 “Agrozonda SA c. Jara de Perazzo, Susana Ventura y otros s/

escrituración” y Expte. N° 60.974/99, “Agrozonda SA c. Santurbide SA y otros s/ daños y perjuicios”; íd. 21/12/2009, Expte. N° 43.055/99, “Vivanco, Ángela B. c. Erguy, Marisa B. y otros”).

En tal entendimiento, deviene prudente señalar que la Sra. Defensora de Cámara —aquí recurrente— en su expresión de agravios no ha aportado argumento alguno que reúna los requisitos establecidos en el art. 265 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, por lo que la presentación en cuestión, lejos se encuentra de reunir los recaudos exigidos por la normativa aludida.

En la especie, se advierte que más allá del esfuerzo argumental que realiza la apelante para resistir la decisión arribada en autos respecto de su representado, su memorial de agravios no contiene una refutación jurídica ni técnica respecto de la sentencia que hizo lugar al pedido de desalojo por vencimiento del plazo contractual, sino que sus agravios versan únicamente sobre la eventual suspensión del proceso que correspondería aplicar al caso en virtud del DNU N° 260/2020 dictado en el marco de la pandemia que resulta de público y notorio conocimiento (conforme asimismo Dec. PEN Nros. 320/2020 y 66/2021).

Esta circunstancia, por sí sola, bastaría para decretar la deserción del respectivo recurso (art. 266, cód. cit.), toda vez que su pretensión excede su marco, en tanto no intenta rebatir el pronunciamiento definitivo dictado en autos sino suspender el trámite de las actuaciones en pos de detener un eventual lanzamiento respecto de los ocupantes del bien. Empero, por respeto a su derecho de defensa efectuaré algunas consideraciones al respecto a los fines de brindar una mayor satisfacción a la parte apelante.

3. Es prudente señalar en primer lugar que, el proceso de desalojo es un proceso de conocimiento breve en el cual el propietario o el titular de algún derecho real que se ejerce por la posesión, el poseedor, demás personas a las que la ley les acuerda la tenencia de un inmueble con derecho a transmitirla a un tercero, persiguen la recuperación de dicha tenencia contra quien la detenta, sea que la hayan entregado en forma voluntaria en virtud de la celebración de un contrato y que por circunstancias vinculadas al mismo, la obligación de restituir se ha torna-

do exigible, o que la perdieron sin su consentimiento por el obrar ilegal de un tercero, igualmente obligado a restituirla, que finaliza mediante el dictado de una sentencia definitiva.

Ahora bien, el Decreto de Necesidad y Urgencia invocado por la Defensora recurrente (N° 320/2020), dispone en su art. 2° que —hasta el 30 de septiembre de 2020—, “se suspendan, en todo el territorio nacional, la ejecución de las sentencias judiciales cuyo objeto sea el desalojo de inmuebles de los individualizados en el artículo 9° de dicho decreto, siempre que el litigio se haya promovido por el incumplimiento de la obligación de pago en un contrato de locación y la tenencia del inmueble se encuentre en poder de la parte locataria, sus continuadores o continuadoras —en los términos del artículo 1190 del Cód. Civ. y Com. de la Nación—, sus sucesores o sucesoras por causa de muerte, o de un sublocatario o una sublocataria, si hubiere. Asimismo, establece que dicha medida alcanzará también a los lanzamientos ya ordenados que no se hubieran realizado a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto.

Este plazo previsto en dicho artículo (30/09/2020) fue prorrogado en un primer momento por el DNU N° 766/2020 hasta el 31 de enero del año en curso y luego por el DNU N° 66/2021 hasta el 31 de marzo del presente año.

En efecto, esta disposición lo que establece en todo el territorio nacional, es la suspensión de sentencias en los procesos de desalojo por la causal de falta de pago de los alquileres exclusivamente, y no por otras causales (conf. Abatti, Enrique L. y Rocca (h.), Ival, “Emergencia locativa. DNU 320/2020. Suspensión de desalojos, prórroga de plazos contractuales, congelamiento de alquileres”, La Ley Online, AR/DOC/985/2020). Es decir, solo los lanzamientos, no los procesos de desalojo (art. 2°), ni cualquier lanzamiento, sino solo los ordenados en desalojos por falta de pago; no por otras causales, ni la de vencimiento de contrato (conf. Leiva Fernández, Luis F. P., “*Annus horribilis*: la emergencia locativa en 2020”, La Ley Online: AR/DOC/1042/2020, CNCiv., Sala E, c. 11.922/2020 del 16/10/2020) (conf. CNCiv., Sala E, “L. G. M. A. c. L, J. V. y otro s/ desalojo por vencimiento de contrato Exp. N° 97.761/2019” del 27/11/2020.

Es decir que, para ser centro de imputación normativa del DNU es necesario ser locatario/a, que la causal sea exclusivamente la de falta de pago, y el inmueble de los enumerados taxativamente (conf. CNCiv., Sala E, c. 68.634 del 30/10/2020). De tal forma, si bien se trata, en el caso, de una locación para vivienda, el contrato de autos no se encuentra entre los comprendidos por el decreto N° 320/2020 y la prórroga dispuesta por el Decreto 766/2020 (ver asimismo DNU 66/2021), y, por tanto, no encuadra dentro de los presupuestos allí indicados.

De cualquier manera y sin perjuicio de la temporaneidad del planteo efectuado por la Sra. Defensora de Cámara (ver dictamen de fecha 19/03/2021), teniendo en consideración que la prórroga referida precedentemente ya expiró (31/03/2021), la cuestión introducida por vía de recurso ha devenido abstracta.

No obstante y para dar por agotado el tema, se advierte que la magistrada de la instancia de grado no hizo caso omiso a las circunstancias personales de los ocupantes del bien en tanto difirió su consideración para la etapa de ejecución de sentencia, motivo por el cual, tampoco se advierte el agravio en tal aspecto, si se repara en que no existirá indefensión por parte de su representado desde que el estado de vulnerabilidad aludido será ponderado al momento procesal oportuno (ejecución de sentencia), es decir, antes de ordenar el lanzamiento respectivo. Obsérvese a mayor abundamiento, el requerimiento efectuado por el Juzgado con competencia en asuntos de familia (JCiv. 82) en el marco de la causa N° 8151/19 sobre denuncia por violencia familiar relativo a requerir la asistencia de la Dirección General de la Mujer, Consejo de los Derechos del Niños, Niñas y Adolescentes, Agencia Nacional de Discapacidad, Programa Proteger y Ministerio de Desarrollo Social de CABA (ver pronunciamiento de fecha 21/10/2019).

En mérito a lo expuesto, se propone al Acuerdo:

Confirmar la sentencia en todo lo que decide y ha sido materia de apelación y agravios, con costas de Alzada a la actora perdidosa (art. 68 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

Así mi voto.

La doctora *Scolarici* y el doctor *Caia* adhieren al voto precedente.

Visto lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo precedentemente transcrito el Tribunal resuelve: I. Confirmar la sentencia en todo lo que decide y ha sido materia de apelación y agravios. II. Imponer las costas de Alzada a la demandada perdidosa y en virtud del principio general de la derrota (art. 68 y ctes. del Cód. Proc. Civ. y Comercial). III. Para conocer los honorarios regulados en la sentencia de grado que fueran únicamente apelados por altos por la Sra. Defensora de Menores. En cuanto estos honorarios, se tendrán en cuenta las pautas contenidas en el artículo 16 de la ley 27.423, las etapas cumplidas y el monto del proceso, pautas que permitirán un examen razonable a los fines de determinar la retribución de los profesionales intervinientes. Para ello, se considerará el monto del asunto el que surge tomando como base el total de los alquileres del contrato con la reducción pertinente dado que en el caso se trata de una locación destinada a vivienda. Asimismo se tendrá en cuenta el valor, motivo, extensión y calidad jurídica de la labor desarrollada; la complejidad; la responsabilidad que de las particularidades del caso pudiera derivarse para el profesional; el resultado obtenido; la trascendencia de la resolución a que se llegare para futuros casos; la trascendencia económica y moral que para el interesado revista la cuestión en debate y demás pautas legales contenidas en los artículos 1, 3, 15, 16, 19, 20, 21, 29, 40, 51, 54, 58 y cc. de la ley 27.423. En su mérito y de acuerdo con lo previsto por la ley citada, toda vez que los montos regulados bajo la normativa aludida a favor del Dr. Federico María Fleitas Ortiz de Rozas se encuentran ajustados a derecho, en virtud de las nuevas pautas arancelarias allí dispuestas, se los confirma. En cuanto a las tareas desarrolladas en la Alzada conforme la aplicación de la nueva normativa arancelaria (art. 30 de la ley 27.423) se regula los honorarios del Dr. Federico María Fleitas Ortiz de Rozas en la cantidad de ... UMA, lo que representa la suma de pesos... (\$...). IV. Regístrese, notifíquese a las partes, a la Sra. Defensora de Cámara y a la Defensoría de Primera Instancia N° 6. Comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Acordada N° 15/2013 art.

4°) y oportunamente devuélvase. — *Beatriz A. Verón.* — *Gabriela M. Scolari.* — *Maximiliano L. Caia.*

## PROCESO DIGITAL

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

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

**CNCiv., sala I, 13/08/2021. - G. P. M. c. Metrovías SA y otros s/ daños y perjuicios.**

[Citaonline:TRLALEYAR/JUR/121821/2021]

### **i** COSTAS

Por su orden, atento a las particularidades del caso.

63149/2012

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

*Considerando:*

I. Las presentes actuaciones fueron elevadas con motivo de la apelación que interpuso en

subsidio la parte actora contra la decisión dictada el 12 de abril de 2021, mantenida el 28 de abril. Los agravios fueron digitalizados el 13 de abril, cuyo traslado fue respondido el 29 de abril por la codemandada Metrovías SA.

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

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

La actora se opuso a la audiencia designada, pues, a su entender, debe realizarse la búsqueda de la prueba, tanto de la videograbación como del registro en soporte papel y, en su caso, procederse a la reconstrucción.

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

Respecto a este último registro informático, si bien, atento las particularidades del caso, no resulta de aplicación el procedimiento de reconstrucción previsto por el art. 129 del Cód. Procesal, evidente resulta que, a los fines de tener por extraviada la prueba, no basta la mera mención de que el personal de la Oficina de Sistemas y

Tecnología de esta Cámara no pudo hallarla, dado que se deberá adjuntar en autos la aludida respuesta.

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

Con tales alcances, se admitirá el agravio.

Por lo expuesto, el tribunal resuelve: Modificar la decisión dictada el 12 de abril de 2021, mantenida el 28 de abril, disponiendo librar oficio a la Oficina de Sistemas y Tecnología de esta Cámara y al Consejo de la Magistratura —Dirección General de Tecnología—, a fin de que busquen el registro de la audiencia de vista de causa llevada a cabo el 2 de julio de 2019 y en su caso lo acompañen. Con su resultado, y de ser infructuoso, se deberá designar una nueva audiencia para que declare la testigo S. Las costas son por su orden, atento las particularidades del caso (art. 69 del ritual). Regístrese, notifíquese, comuníquese y devuélvase. — *Gabriela A. Iturbide*. — *Marcela Pérez Pardo*. — *Víctor F. Liberman*.

## SEGURIDAD SOCIAL

**Retención de aportes. Ingreso de deducciones con destino a la obra social. Aportes sindicales.**

1. — A partir del cotejo de los recibos de sueldo acompañados y del informe emitido por la AFIP, solo es posible constatar que la patronal realizó el depósito de las retenciones efectuadas con destino al sistema jubilatorio. Sin embargo, no se desprende de ello que el a quo ingresara a analizar el cumplimiento de la carga de depositar las deducciones realizadas con destino a la obra social y aportes sindicales efectivamente retenidos.

2. — El art. 132 bis, LCT prevé la aplicación de la sanción conminatoria mensual a favor del trabajador en caso de haberse efectivizado retenciones sobre su remuneración en concepto de aportes con destino a los organismos o instituciones que allí se indican, no depositadas por el empleador al momento de la extinción del vínculo, ni al término del plazo de la respectiva intimación.
3. — El valor de lo cuestionado —representado por la diferencia entre el importe de la condena determinado en la sentencia en concepto de intereses y el que habría de obtenerse por aplicación de los distintos criterios propuestos en la impugnación— no supera el mínimo establecido por el art. 278 del Código Procesal Civil y Comercial de Buenos Aires para la admisibilidad del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

**SC Buenos Aires, 13/07/2021. - Olivera, Pablo Javier c. Cafés La Virginia SA y otros s/ despido y cobro.**

[Cita online: [TRLALEYAR/JUR/111054/2021](https://www.trilaley.com.ar/jur/111054/2021)]

### COSTAS

Se imponen a la vencida.

Causa L. 124.045

La Plata, julio 13 de 2021.

Antecedentes

El Tribunal de Trabajo n° 6 del Departamento Judicial de San Isidro, con asiento en dicha ciudad, acogió parcialmente la acción instaurada, imponiendo las costas del modo que especificó (v. sent. fs. 740/761 vta. y aclaratoria de fs. 802/805 vta.).

Se dedujeron, por la parte actora, recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley (v. fs. 769/774 vta. y 775/788).

Dictada la providencia de autos y encontrándose la causa en estado de pronunciar senten-

cia, la Suprema Corte resolvió plantear y votar las siguientes cuestiones

1ª ¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido a fs. 769/774 vta.? 2ª ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar con relación al interpuesto a fs. 775/788?

1ª cuestión. — El doctor *Torres* dijo:

I. El tribunal de trabajo interviniente hizo lugar parcialmente a la demanda promovida por el señor Pablo Javier Olivera y condenó solidariamente a Cafés La Virginia SA, Smith Group SA y Spell SA al pago de la suma que estableció en concepto de indemnizaciones por antigüedad, sustitutiva de preaviso, integración del mes de despido, vacaciones proporcionales —con más el sueldo anual complementario sobre todos los rubros mencionados y el proporcional del primer semestre del año 2002—, salarios adeudados, diferencias salariales, los incrementos previstos en los arts. 16 de la ley 25.561; 15 de la ley 24.013; 2 de la ley 25.323 y la sanción contemplada en el art. 80 de la Ley de Contrato de Trabajo —junto con la entrega del certificado allí establecido y el que se consigna en el art. 12 inc. “g” de la ley 24.241—. En cambio, la desestimó en cuanto pretendía el cobro de la indemnización prevista en el art. 8 de la ley 24.013, la sanción por temeridad y malicia (contenida en el art. 275, LCT) y una reparación por daño moral. A su vez, declaró abstracto el tratamiento de los planteos de inconstitucionalidad de la ley 6716, de la ley 8.480 y de la ley 10.628.

Asimismo —por mayoría— rechazó en todas sus partes la demanda iniciada contra Inc. SA (v. sent., fs. 740/761 vta. y aclaratoria de fs. 802/805 vta.).

En lo que es motivo de impugnación e interés para la resolución de la litis, el *a quo* desestimó la pretensión del trabajador de percibir la sanción conminatoria prevista en el art. 132 bis de la Ley de Contrato de Trabajo, porque juzgó acreditado que la demandada Spell SA cumplió con la obligación de depositar las sumas retenidas al actor. Con cita de doctrina legal forjada por esta Suprema Corte, agregó que en el supuesto de considerarse que el trabajo fue efectuado sin el debido registro, tampoco correspondía aplicar la referida multa, en tanto su

procedencia requería la existencia de fondos retenidos y no aportados (v. vered., fs. 741 y 742; y sent., fs. 749).

II. Contra dicha decisión, se alza la parte actora mediante recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, en el que denuncia absurdo y violación del art. 132 bis de la Ley de Contrato de Trabajo y de la doctrina legal que cita (v. fs. 769/774 vta.).

Alega que, en el caso, se encuentran configurados los presupuestos de aplicación del citado precepto, denunciando absurda valoración de los elementos de juicio sobre los que se cimentó el rechazo de la sanción peticionada, pues entiende que la solución adoptada transgrede la doctrina legal elaborada en la causa L. 107.254, “Alveira Garcilazo” (sent. de 05/06/2013; v. fs. 769/772 vta.).

Manifiesta que el sentenciante juzgó que el actor trabajó para Cafés La Virginia SA (desde el día 20 de junio de 2001), hasta la fecha del despido indirecto dispuesto por el dependiente (el 23 de abril de 2002), bajo la intermediación fraudulenta de la empresa Spell SA, que —a la par— había sido subcontratada por la intermediaria Smith Group SA, firma que actuaba como proveedora de mano de obra.

Aduce que en el fallo no se afirmó que el trabajador estuviera “en negro” o bien que no se le dedujeran aportes destinados a jubilaciones, a las previsiones de la ley 19.032, a obras sociales y a cuotas sindicales (v. fs. 772 vta. y 773).

Asegura que no se encontró controvertida la existencia de esas deducciones, toda vez que tales descuentos no resultaron desconocidos por los demandados y, además, surgen de los recibos de haberes acompañados por la codemandada Spell SA (v. fs. 46/54 y 773).

Agrega que, pese a considerarlo innecesario, el trabajador intimó en los términos del decreto 146/2001, sin mediar demostración del depósito de los fondos retenidos (v. fs. 773).

Denuncia que el tribunal de grado incurrió en absurdo al rechazar la procedencia de la mencionada sanción cuando tuvo por acreditados los depósitos de las sumas retenidas al actor, sin

efectuar el análisis de las constancias de la causa (v. fs. 773 y vta.). Asimismo, alega que los recibos de haberes que acompañó —reconocidos como auténticos en la primera cuestión del veredicto— demuestran las deducciones efectuadas sobre las remuneraciones del actor con destino al sistema jubilatorio, al Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (INSSJP), a la obra social (OSECAC) y el descuento de la cuota sindical (SEC). Aduce —también— que las mencionadas retenciones fueron reconocidas en la quinta cuestión del veredicto (v. fs. 773 vta. y 774).

Sostiene que la norma en cuestión obliga a acreditar los ingresos de todas las deducciones que se le efectuaron al trabajador “con destino a los organismos de la seguridad social [...] y las cuotas destinadas a las asociaciones profesionales de trabajadores con personería gremial” (fs. 774).

Afirma que esos extremos no fueron corroborados mediante la respuesta de la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP), puesto que la demandada únicamente le requirió que informara sobre los ingresos de aportes previsionales y su monto, limitándose el período de datos aportados al período comprendido entre junio 2001 a abril 2002. Ante ello, denuncia que se concluyó que la demandada Spell SA “...en algún momento ingresó los aportes jubilatorios del 11% deducidos al actor...” (v. fs. cit.).

Indica que la sentencia resulta equivocada, por cuanto en el citado oficio nada se dijo sobre las deducciones destinadas al INSSJP (ley 19.032), obra social y cuota sindical (v. fs. cit.).

Aduce que la patronal no probó —como era su carga— el ingreso de todos los fondos retenidos, ni siquiera —asegura— ofreció prueba tendiente a cumplimentar esa incumbencia (v. fs. 774 y vta.).

### III. El recurso prospera.

III.1. Toda vez que el importe de la penalidad prevista en el art. 132 bis de la Ley de Contrato de Trabajo (texto según art. 43 de la ley 25.345) sería el equivalente a las remuneraciones que se devengaron mensualmente a favor del tra-

bajador, con igual periodicidad a la del salario, hasta que el empleador acredite —de modo fehaciente— el ingreso efectivo de los montos retenidos, el litigio —a los fines de la estimación de su valor— resulta de monto indeterminado (art. 55, ley 11.653; causas L. 119.148, “Ferreira de Jesús”, sent. de 20/12/2017; L. 119.930, “Fernández”, sent. de 10/04/2019 y L. 120.815, “López”, sent. de 13/10/2020), por lo que ningún reparo relativo a la admisibilidad admite la impugnación.

III.2.a. Sentado lo anterior, es dable recordar que el citado art. 132 bis prevé la aplicación de la sanción conminatoria mensual a favor del trabajador en caso de haberse efectivizado retenciones sobre su remuneración en concepto de aportes con destino a los organismos o instituciones que allí se indican, no depositadas por el empleador al momento de la extinción del vínculo, ni al término del plazo de la respectiva intimación (causas L. 103.560, “Harismendi”, sent. de 17/08/2011; L. 107.254, “Alveira Garcilazo”, sent. de 05/06/2013, citada en el recurso, v. fs. 769 vta./772 vta.; L. 110.591, “Arguello”, sent. de 25/06/2014 y L. 117.623, “Alarcón”, sent. de 02/09/2015; e.o.).

III.2.b. Asimismo, ha señalado esta Suprema Corte que es facultad privativa de los tribunales del trabajo determinar —con arreglo a la prueba producida— si se verifican los requisitos a los que la norma indicada subordina la aplicación de la sanción conminatoria mensual allí prevista. Las conclusiones que al respecto se formulen en el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley no son revisables en casación, salvo que se invoque y acredite el supuesto excepcional de absurdo (causas L. 108.019, “Morell” y L. 108.019, “De Luca”, sents. de 16/05/2012; L. 119.786, “Gómez Jiménez”, sent. de 27/06/2018; e.o.).

III.3. En la especie, el interesado logra evidenciar la existencia del aludido vicio.

III.3.a. Resultó probado —en conclusión que arriba firme a esta sede casatoria— que al actor se le realizaron las retenciones con destino a los organismos de la seguridad social y sindical (v. vered., primera cuestión, fs. 740 vta. y 741) y que esos descuentos surgen acreditados mediante los recibos de sueldo agregados por la

parte actora (v. fs. 46/54), donde se los individualizan como “jubilación; ley 19.032; OSECAC y Sind. Empleados de Co.” (v. fs. cit.).

En el fallo de los hechos, el tribunal consideró probado “...que Spell SA hizo el depósito de las sumas retenidas al trabajador —informativa AFIP fs. 430/435—...” (v. vered., segunda cuestión, fs. 742 vta.).

Sobre esta base, el órgano judicial de grado se limitó a rechazar el reclamo deducido por el actor al amparo del mencionado art. 132 bis, alegando que en el supuesto de autos “...se encuentra acreditado que se efectuó el depósito de las sumas retenidas a Olivera. Si se considerase que el trabajo es sin registro tampoco puede prosperar, ya que, en la doctrina de la SCBA, para que proceda la indemnización debe existir fondos retenidos y no aportados [...] situación ajena a los trabajos sin el debido registro del contrato...” (v. sent., fs. 749).

III.3.b. De suyo, la decisión se aparta de la directriz que impone al juzgador evaluar los hechos litigiosos mediante un análisis integral y conducente de las constancias de la causa y, a la par, el recurrente acierta cuando se orienta a impugnar este aspecto del fallo, toda vez que —en efecto— lo resuelto carece de adecuado sustento y dista de constituir una razonada derivación de los elementos obrantes en autos (causa L. 121.662, “Aleman”, sent. de 14/07/2020).

Contrariamente a la conclusión del tribunal de origen, a partir del cotejo de los recibos de sueldo acompañados y del informe emitido por la AFIP —certificado del art. 12 inc. “g” de la ley 24.241; v. fs. 430/435—, solo es posible constatar que la patronal realizó el depósito de las retenciones efectuadas con destino al sistema jubilatorio (11%). Sin embargo, no se desprende de ello que el *a quo* ingresara a analizar el cumplimiento de la carga de depositar las deducciones realizadas con destino a la obra social y aportes sindicales efectivamente retenidos.

De allí que, a mi juicio, se configura la existencia del error grave, grosero y fundamental que caracteriza al vicio de absurdo, concretado en una conclusión incoherente y contra-

dictoria en el orden lógico formal o incompatible con las constancias objetivas que resultan de la causa (causas L. 117.888, “Garrigou”, sent. de 29/08/2017; L. 119.966, “Diehl”, sent. de 03/05/2018 y L. 121.376, “Aguirre”, sent. de 14/12/2020).

III.3.c. Lo expuesto resulta suficiente para revocar la sanción impugnada en cuanto rechazó la sanción conminatoria prevista en el art. 132 bis de la Ley de Contrato de Trabajo.

Si mi opinión es compartida, corresponderá devolver los autos al tribunal de origen para que, debidamente integrado, renueve los actos procesales que considere necesarios y emita nuevo pronunciamiento en torno a la sanción de referencia, teniendo en cuenta los planteos y defensas articuladas por las partes y las constancias objetivas del expediente.

IV. En virtud de lo expuesto, corresponde hacer lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley contenido en la presentación de fs. 769/774 vta., con el alcance establecido en el punto anterior.

Costas a la demandada vencida (art. 289, Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Con el alcance indicado, voto por la afirmativa.

La doctora *Kogan* y los doctores *Soria* y *Genoud*, por los mismos fundamentos del doctor *Torres*, votaron la primera cuestión también por la afirmativa.

2ª cuestión. — El doctor *Torres* dijo:

I. En lo que resulta materia de agravio, el tribunal de grado desestimó el planteo por conducto del cual se cuestionó la validez de los arts. 7 y 10 de la ley 23.928 (texto según la ley 25.561) y dispuso, por mayoría, aplicar intereses al capital de condena desde la fecha del distracto (23 de abril de 2002), y hasta la de su efectivo pago, según la tasa activa que fija el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones de descuento, con sustento en el art. 48 de la ley 11.653 (texto según ley 14.399; v. sent., fs. 754 vta./755 y aclaratoria de fs. 802/805 vta.).

II. Contra esa decisión, la parte actora interpone recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (v. fs. 775/788).

II.1. Respecto a la admisibilidad de la impugnación, plantea que este Superior Tribunal debe intervenir sin las limitaciones impuestas por las normas procesales, desde que en el recurso se cuestiona la adecuación de un fallo de un tribunal inferior respecto de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la Constitución nacional. Afirma que los fallos y precedentes del Máximo Tribunal "...deben ser acatados, por lo que su violación arbitraria constituye cuestión federal suficiente que habilita el recurso extraordinario que deberá ser articulado contra la decisión adversa a ella emitida por el tribunal superior de la causa que en autos no es otro que la Suprema Corte de la Provincia..." (fs. 775 vta. *in fine*/776 vta.).

Indica que de las pautas sentadas en la causa Ac. 59.366, "Centeno" (sent. de 10/06/1996), se desprende que esta Suprema Corte ha concedido efectos vinculantes a los pronunciamientos emanados de la Corte federal (v. fs. 776 vta. y 777).

II.2. En concreto, se agravia de la tasa de interés activa que —por mayoría— el tribunal de origen aplicó al capital de condena, con sustento en el art. 48 de la ley 11.653 (reformada por el art. 1 de la ley 14.399).

Sostiene que la Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció para los juicios laborales la inaplicabilidad de tasas confiscatorias —por producir un enriquecimiento indebido del deudor— como las dispuestas por la ley 14.399 en la Provincia de Buenos Aires. Tras citar en su apoyo dos precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, afirma que la doctrina del máximo Tribunal federal considera como créditos alimentarios a todos los que reclaman los trabajadores ante los tribunales del fuero laboral (v. fs. 777 vta.).

Señala que la aplicación de tasas de interés fuertemente negativas no otorga ningún interés real y positivo, por cuanto son muy inferiores a la inflación que sacude a nuestra economía y si quiera cubren la depreciación monetaria, afectando gravemente el poder adquisitivo del accionante (v. fs. cit.).

tando gravemente el poder adquisitivo del accionante (v. fs. cit.).

Con el objeto de acreditar el perjuicio invocado, cuantifica el crédito de autos aplicando un "...coef. ajuste por depreciación monetaria (352%)..." e intereses al 6% anual como los que se aplicaban en épocas de estabilidad plena (v. fs. 781).

Concluye señalando que la reforma introducida al art. 48 de la ley de procedimiento laboral por la ley 14.399 es un hecho de gravedad institucional y resulta inconstitucional, por cuanto despoja al acreedor de gran parte del poder adquisitivo de su crédito y de la totalidad de sus intereses (v. fs. 781 vta.).

A tenor de lo expuesto, propone tres métodos a fin de evitar la "confiscación" del crédito del trabajador: el primero, a través del mecanismo de indexación del crédito y por conducto del planteo de inconstitucionalidad de los arts. 7 y 10 de la ley 23.928 (texto según ley 25.561). El segundo mediante la utilización de un porcentaje de ajuste aplicable para el cálculo de los intereses. Y, por último, considerando la aplicación de la tasa activa con capitalización mensual de intereses (v. fs. 782 vta./785).

Luego, arguye que la ley 14.399 vulnera los arts. 14 bis, 17 y 18 de la Constitución nacional; 519, 520, 521, 522 y 622 del Cód. Civil de Vélez (v. fs. 785/786).

Para finalizar, ratifica la tesis respecto a la obligatoriedad de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, citando opinión autoral en apoyo de su postura (v. fs. 786/787).

### III. El recurso no prospera.

III.1. El valor de lo cuestionado ante esta instancia —representado por la diferencia entre el importe de la condena determinado en la sentencia en concepto de intereses y el que habría de obtenerse por aplicación de los distintos criterios propuestos en la impugnación— no supera el mínimo establecido por el art. 278 del Cód. Proc. Civ. y Comercial para la admisibilidad del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, razón por la cual su admisibilidad —en principio— solo puede justificarse en el marco de la

excepción que contempla el art. 55, primer párrafo *in fine*, de la ley 11.653.

En consecuencia, la función revisora de la Suprema Corte queda circunscripta a verificar si lo resuelto en autos contradice la doctrina legal, violación que se configura cuando la Suprema Corte ha establecido la interpretación de las normas que rigen la relación sustancial debatida en una determinada controversia y el fallo apelado transgrede la misma en un caso similar (causas L. 115.449, “Gamaleri”, sent. de 05/03/2014; L. 110.732, “Bustos”, sent. de 01/07/2015; L. 119.339, “Banegas”, sent. de 13/06/2018; e.o.).

III.2. Los planteos destinados a sortear los requisitos de admisibilidad impuestos por las normas procesales locales que formula el recurrente han sido resueltos en casos análogos, en sentido adverso a su postulación (causas L. 119.484, “Martínez”, sent. de 28/06/2017; L. 119.786, “Gómez Jiménez”, sent. de 27/06/2018; e.o.).

III.2.a. Este Superior Tribunal ha descartado las objeciones como las que aquí se esgrimen.

Aun cuando no se encuentra referido a la exégesis de norma alguna que haya regido la relación sustancial debatida en la especie conforme lo expuesto en párrafos anteriores, lo transcrito por el interesado correspondiente al precedente de este Tribunal Ac. 59.366, “Centeno” (sent. de 10/06/1996) para justificar la “obligatoriedad” o “carácter vinculante” que atribuye a los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, corresponde a la opinión personal de uno de los Ministros integrantes, no constituyendo entonces “doctrina legal” que permita subsumir el caso en la hipótesis de excepción contemplada en el citado art. 55 primer párrafo *in fine* de la ley 11.653.

III.2.b. Para más, y ello demuestra nuevamente la inhabilidad del entramado diseñado en el recurso en examen, se advierte una equívoca lectura por parte del interesado de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación individualizados como S.722.XXIV “Simonet” (sent. de 04/10/1994) y C.161.XXV “Chaine” (sent. de 13/10/1994), toda vez que en esos pronunciamientos en modo alguno el Alto Tribunal se pronunció por la inaplicabilidad en los “juicios

laborales” de tasas de interés como la dispuesta en la ley 14.399. Lo traído por el quejoso —siguiendo un desenfocado trazo de razonamiento— parece sustentarse en los votos en disidencia —y que no conformaron la postura mayoritaria— formulados en ambos casos por el entonces Ministro doctor Fayt.

III.2.c. Se recuerda, en tanto la crítica indirectamente pretende orientarse en ese sentido, que los fallos de la Corte nacional (como los de otros tribunales) no constituyen la doctrina legal que hace viable el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (arts. 278, Cód. Proc. Civ. y Comercial; 55, ley 11.653; causas L. 92.935, “P., A.”, sent. de 25/03/2009; L. 105.414, “Valencia”, sent. de 30/05/2012; L. 121.429, “Maravilla”, sent. de 19/09/2019; e.o.).

Tampoco son aptos los argumentos destinados a evidenciar la configuración de una “cuestión federal”, como otro de los caminos para sortear las restricciones procesales que imperan en el caso.

III.3. Descartadas las objeciones tendientes a sortear los límites procesales referidos a la admisibilidad, corresponde abordar el resto de los cuestionamientos que formula el interesado y, debo destacar, el medio extraordinario de impugnación deviene inatendible, pues no se verifica el supuesto habilitante contemplado en la citada norma del régimen adjetivo laboral local.

III.3.a. El planteo con arreglo al cual se cuestiona la constitucionalidad de la ley 14.399 por contener —en opinión del impugnante— una tasa de interés “fuertemente negativa”, carece de la necesaria denuncia de violación de doctrina legal, en el sentido y con los alcances en que ha sido definida por esta Suprema Corte (causas L. 92.472, “Gnemmi”, sent. de 30/11/2011; L. 116.975, “Kilimik”, sent. de 27/08/2014; L. 118.398, “Amor”, sent. de 24/05/2016; e.o.).

Aun cuando tal señalamiento sella la suerte adversa del medio de impugnación, cabe agregar que si bien este Tribunal —entre otros— en el precedente L. 108.164, “Abraham” (sent. de 13/11/2013) juzgó que la mentada ley se encontraba en pugna con la Constitución nacional, ello fue en la inteligencia de que legisla sobre

una materia de derecho común cuya regulación es competencia del Congreso de la Nación (arts. 31, 75 inc. 12, 126 y concs.). Dicho fundamento, palmariamente distinto al esgrimido por el quejoso, condujo a esta Corte a una definición igualmente disímil a la pretendida por aquel: la aplicación de la tasa de interés que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días, tasa pasiva que con posterioridad precisó debía ser la “más alta” (causa L. 118.587, “Trofe”, sent. de 15/06/2016). He de señalar que, si bien no era miembro de este Alto Cuerpo en esas oportunidades, remito a lo allí dicho, por razones de brevedad (art. 31 bis, ley 5827 y modif.).

Con lo dicho, queda claro que esta última solución, teniendo en consideración el concreto contenido de la sentencia y la impugnación contra ella formulada, no es aplicable en la especie, pudiendo además empeorar objetivamente la situación del recurrente.

III.3.b. Finalmente, no queda margen para ingresar en el análisis de la denunciada inconstitucionalidad de los arts. 7 y 10 de la ley 23.928; 4 y 5 de la ley 25.561, puesto que tal planteo fue esbozado como una de las tantas motivaciones destinadas a justificar el daño que derivaría de la aplicación de la tasa de interés empleada por el tribunal de la instancia ordinaria, en una tesis que —a mayor abundamiento— es contraria a lo expresado por esta Corte en cuanto reiteradamente ha declarado la validez constitucional de aquellas normas que prohíben expresamente toda forma de actualización monetaria, indexación de precios o repotenciación de deudas (causas L. 105.189, “Portillo”, sent. de 07/09/2011; L. 107.840, “Cimadoro”, sent. de 18/04/2012; L. 117.358, “Isa”, sent. de 26/03/2015; e.o.) sin que se aporten argumentos aptos para desvirtuar la aplicación de la doctrina citada.

IV. Por lo expuesto, corresponde rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido a fs. 775/788, con costas (art. 289, Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Así lo voto.

La doctora *Kogan* y el doctor *Soria*, por los mismos fundamentos del doctor *Torres*, votaron la segunda cuestión en el mismo sentido.

El doctor *Genoud* dijo:

I. El recurso no prospera.

I.1. Comparto las consideraciones que formula el doctor *Torres* en los puntos III.1. y III.2. de su voto.

I.2. Luego, en atención a los señalamientos que porta el recurso relativos al encaje constitucional de la ley 14.399, debo destacar que la temática referida a la validez de la reforma introducida al art. 48 de la ley 11.653 ha sido zanjada a partir de los precedentes L. 90.768, “Vitkauskas”; L. 102.210, “Campana”; L. 108.142, “Díaz”; L. 108.164, “Abraham” y L. 110.487, “Ojer” (sents. de 13/09/2013), en los que esta Corte se pronunció estableciendo como doctrina legal, que la disposición aludida resulta inconstitucional por legislar sobre una materia propia del ámbito de competencia que las provincias han delegado en forma expresa en el gobierno federal (arts. 31, 75 inc. 12, 126 y concs., Const. nac.).

Sentado lo anterior, si bien este Tribunal fijó doctrina legal en materia de tasa de interés en el precedente L. 118.587, “Trofe” (sent. de 15/06/2016), con motivo de la sanción del Cód. Civ. y Com. de la Nación, lo decidido sobre la temática en la instancia anterior ha de mantenerse en la especie por aplicación del principio que veda la reformatio in pejus (causas L. 56.742, “Carbone”, sent. de 17/12/1996; L. 58.473, “Villavicencio”, sent. de 22/04/1997; e.o.).

I.3. Finalmente, adhiero a lo expuesto en el punto III.3.b. del voto inaugural.

II. Por lo expuesto, corresponde rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido a fs. 775/788, con costas (art. 289, Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Con el alcance indicado, así lo voto.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente sentencia.

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, se hace lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido a fs. 769/774 vta. con el alcance indicado en el punto III.3.c. del voto emitido en primer término respecto de la primera cuestión. En consecuencia, se remiten los

autos al tribunal de origen para que, integrado con otros jueces, renueve los actos procesales que considere necesarios y emita nuevo pronunciamiento. Las costas se imponen a la vencida (art. 289, Cód. Proc. Civ. y Comercial). Asimismo, se rechaza el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto a fs. 775/788, con costas (art. 289, Cód. Proc. Civ. y Comercial). Regístrese, notifíquese de oficio y por medios electrónicos (conf. art. 1 acápites 3 “c”, resol. Presidencia SCBA 10/2020) y devuélvase por la vía que corresponda. Suscripto y registrado por la Actuaría firmante, en la ciudad de La Plata, en la fecha indicada en la constancia de la firma digital (Ac. SCBA 3971/2020). — *Hilda Kogan*. — *Luis E. Genoud*. — *Sergio G. Torres*. — *Daniel F. Soria*.

## CORRETAJE INMOBILIARIO

**Ciudad de Buenos Aires. Proceso colectivo. Comisiones. Contrato de locación con destino a vivienda única. Regulación local de la actividad.**

1. — Los cuestionamientos que la actora formuló contra diversos artículos de la ley 5859 de la Ciudad de Buenos Aires y el análisis que de ellos efectuaron los jueces de mérito para admitir la pretensión han sido en abstracto, esto es, sin que la discrepancia viniera dirimida a propósito de su aplicación a una relación jurídica concreta; y, por ello, de un modo incompatible con la acción de clase escogida. Que no versan sobre una relación jurídica concreta quedó revelado por la decisión a que dio lugar, que dice eliminar una norma general del ordenamiento jurídico, por un lado; mientras emitió otras, en su lugar. Es decir, operó sobre el ordenamiento jurídico y no sobre la esfera de relaciones jurídicas que se construyen a partir de él.
2. — No alcanza con identificar que puedan existir derechos individuales homogéneos en juego; una acción de clase exige mostrar que hay un hecho que, en efecto, repercute sobre determinadas relaciones jurídicas, lo cual supone mostrar que hay relaciones jurídicas alcanzadas y cómo ellas se vieron afectadas.
3. — La circunstancia de no haber notificado a alguien a quien se atribuya el carácter de deudor —sujeto de una relación jurídica alcanzada por la ley cuestionada— confirma el carácter abstracto del debate.
4. — Pese al esfuerzo argumental de los actores, no se ha podido demostrar que la previsión de un determinado contrato en la legislación de fondo vede a las jurisdicciones locales regular en materia de los honorarios que surgen de esa actividad contractual (del voto de la Dra. Ruiz).
5. — Resulta indudable que la facultad local de regular el ejercicio del corretaje incluye la de establecer los aranceles a los cuales se sujeta la actividad. La Legislatura local ejerció su facultad de regular los aspectos arancelarios del contrato —o sea, la retribución que el corredor percibirá por su tarea y la proporción en que este costo será asumido por el comitente y el cocontratante— y, teniendo en cuenta el interés público involucrado en el acceso a la locación con destino a vivienda de las personas físicas, estableció un máximo para la comisión a percibir y determinó que esta es afrontada por el locador comitente exclusivamente (del voto de la Dra. De Langhe).
6. — La ley 5859 de la Ciudad de Buenos Aires no violenta ni aniquila los elementos esenciales del contrato de corretaje. En efecto, el corredor continúa percibiendo una retribución por su trabajo y, a la hora de analizar si se ha afectado su derecho a percibir una contraprestación, resulta indiferente quién sufrague la comisión, en tanto el quantum fijado resulte razonable. Por otra parte, no se ha demostrado en estas actuaciones que el arancel fijado resulte irrazonable o desproporcionado teniendo en cuenta las prestaciones comprometidas por el intermediario (del voto de la Dra. De Langhe).
7. — La facultad de regular los derechos de las personas es una prerrogativa propia y

esencial del Poder Legislativo, orientada a garantizar la armonización en el ejercicio de las potestades de todos los integrantes de la comunidad y asegurar las condiciones que hacen a la vida digna de todas las personas, y en particular de las que pertenecen a los sectores más desfavorecidos de la sociedad (del voto de la Dra. De Langhe).

8. — Al aprobar la ley 5859 la Legislatura de la Ciudad ha hecho uso de la facultad de regular el ejercicio profesional de acuerdo con lo dispuesto por el art. 80, inc. 2, apartado d) de la Constitución de la Ciudad, sin que se haya probado en esta causa que la norma local sea irrazonable o desproporcionada, ni que resulte manifiestamente incompatible con las disposiciones sustantivas relativas al contrato de corretaje contenidas en el Código Civil y Comercial (del voto de la Dra. De Langhe).

**TS Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 30/06/2021. - Centro de Corredores Inmobiliarios de la Ciudad de Buenos Aires - Asociación Civil y otros c. GCBA s/amparo - otros s/ recurso de inconstitucionalidad concedido.**

[Citaonline: [TRLALEYAR/JUR/102113/2021](https://www.trialejar.com.ar/jur/102113/2021)]

Expte n° 16590/19

Buenos Aires, 30 de junio de 2021

*Resulta:*

1. Los señores Armando Fernando Pepe, por derecho propio, y Jorge A. Martín Irigoyen, en calidad de apoderado del Centro de Corredores Inmobiliarios de la Ciudad de Buenos Aires-Asociación Civil, interpusieron acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante: GCBA) a fin de que se dejen sin efecto la Ley N° 5859 y su decreto reglamentario, por resultar contrarios a los artículos 14, 14 bis, 16, 17, 28 y 31 de la Constitución Nacional y 1, 3, 10, 11, 16, 46 y concordantes de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires (fs. 1 vuelta). Afirmaron que las normas lesionan el derecho de los corredores inmobiliarios a trabajar y ejercer su actividad comercial, el derecho al trato igualitario, el derecho a la propiedad y a su patrimonio, con arbitrariedad

e ilegalidad manifiesta, conculcando derechos y garantías reconocidos por la CN. Sostuvieron que la Asociación estaba legitimada para iniciar la acción por encontrarse afectados derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, en virtud de lo dispuesto en el artículo 43 de la Constitución Nacional. Señalaron que los derechos patrimoniales de los accionantes en su calidad de corredores inmobiliarios son afectados en forma continuada, general y colectiva por las resoluciones impugnadas, dando lugar a la existencia de una homogeneidad fáctica y jurídica; pues si bien los derechos conculcados resultaban divisibles, la causa que los aqueja resulta común, colectiva y homogénea (fs. 4).

Plantearon que la Ley N° 5859 impide a los corredores inmobiliarios, en el marco de un contrato de locación con destino a vivienda única, percibir la comisión correspondiente de parte de los locatarios que sean personas físicas y, al mismo tiempo, limita y tarifa la posibilidad de concertar en la misma operación la comisión respecto de los locadores. Alegaron que, en consecuencia, "... el corredor ha sufrido una confiscación del 50 % de sus comisiones/honorarios, lo que resulta lesivo de su derecho de propiedad, al negarle dentro de la Ciudad de Buenos Aires el derecho que aún le garantizan los arts. 1350 y 1351 del CCCN" (fs. 6 vuelta). Y que el derecho a la vivienda de todos los habitantes de la Ciudad de Buenos Aires quedaría garantizado a expensas de la actividad de los corredores inmobiliarios, toda vez que la Ley N° 5859 desnaturaliza el contrato de corretaje conforme los lineamientos del Código Civil y Comercial de la Nación. Manifestaron que los términos de la ley en cuestión atentan contra el salario de los corredores y, en consecuencia, contra el derecho a una vida digna. Hicieron referencia a que la Ley N° 5859 confirió "superpoderes" al Instituto de la Vivienda de la Ciudad de Buenos Aires (IVC) e invadió la competencia de una entidad pública no estatal como es el Colegio Único de Corredores Inmobiliarios de la Ciudad de Buenos Aires (CUCICBA) (fs. 12 vuelta). Plantearon que el GCBA se ha inmiscuido en competencias propias del Congreso de la Nación, a quien le corresponde regular los derechos de los corredores inmobiliarios ya que se trata de una facultad delegada al Gobierno Federal por parte de las provincias (artículo 75 inc. 12). Advirtieron que,

por todo lo expuesto, la Ley N° 5859 vulnera el derecho de propiedad que le asiste a los corredores inmobiliarios, en tanto resulta confiscatoria, y el derecho a trabajar y ejercer la industria lícita. Por último, alegaron que implica una situación de desigualdad respecto de aquellas personas que ilegítimamente ejercen la misma actividad sin estar matriculados; como así también que resultaba discriminatoria respecto de sus colegas de otras provincias.

2. A fs. 78/81 el juzgado rechazó *in limine* la acción ante la ausencia de caso, en los términos del artículo 5 de la Ley 2145.

La resolución fue apelada por la parte actora.

A fs. 151/163 obra la sentencia de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario. La Alzada hizo lugar al recurso interpuesto por la actora y revocó la resolución de fs. 78/81, también ordenó que en el trámite del proceso colectivo se sigan los lineamientos fijados en el considerando 12 de esa sentencia y que estos autos y otros que menciona continúen su trámite ante el Juzgado del fuero N° 14, Secretaría N° 28.

El GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad a fs. 340/349 contra la sentencia, de la que tomó conocimiento con fecha 22 de diciembre de 2017 al conferirse traslado del pedido de medida cautelar incoado por la actora. El recurrente señaló que la sentencia recurrida era definitiva, le causaba a su parte un gravamen de imposible reparación ulterior al derecho de defensa y al debido proceso, y había sido dictada por el tribunal superior de la causa (fs. 341). Considera que el actor efectúa una interpretación antojadiza del art. 1350, y que desconoce que la distribución de competencias en la materia federal ha dejado en cabeza de las jurisdicciones subnacionales (provincias y CABA) la regulación de los honorarios profesionales.

Contestado el traslado por el Centro de Corredores Inmobiliarios (fs. 357/361), la Sala lo denegó por no dirigirse contra una sentencia definitiva o equiparable, y por no configurarse una cuestión constitucional pues las cuestiones decididas trataron sobre hechos, prueba y la ley 2145 (fs. 363/364 vuelta).

3. Recibidas las actuaciones en el juzgado, se ordenó el traslado de la demanda y de la medida cautelar solicitada (fs. 218). También dispuso medidas de difusión del proceso, oficios a la Secretaría General y a la Corte Suprema de Justicia de la Nación y difirió el pronunciamiento sobre la determinación de la clase y/o subclases involucradas y la representación adecuada, al resultado de las medidas allí dispuestas (fs. 210/220).

3.1. El GCBA contestó el traslado conferido de la medida cautelar solicitada en autos y solicitó su rechazo (fs. 238/248). Alegó que la Asociación Civil del Centro de Corredores Inmobiliarios carece de la representación que pretende. Además, señaló que no se ha acreditado que las normas cuestionadas produzcan una afectación real de derechos, que no se ha solicitado la suspensión del acto en cuestión en sede administrativa y que en definitiva la petición cautelar coincide con la petición de fondo. Por otra parte, pidió la citación como tercero de las distintas agrupaciones de inquilinos de la Ciudad de Buenos Aires.

3.2. A fs. 250/251 el Tribunal rechazó la medida cautelar solicitada. La resolución fue apelada por la actora a fs. 269/273 y el recurso fue rechazado por la Alzada (ver copia de la sentencia agregada a fs. 438).

4. A fs. 294/304 el GCBA contestó la demanda. Mantuvo su posición en cuanto al rechazo *in limine* de la acción y expresó que había articulado recurso de inconstitucionalidad contra la sentencia de Cámara que reconoció la legitimación colectiva a los presentantes. Además, sostuvo que no se ha acreditado una afectación real de los derechos que se dicen vulnerados y que la Ley N° 5859 regula una muy acotada parcela de la actividad profesional de los corredores inmobiliarios dado que solo se refiere a lo que concierne a locaciones de viviendas para personas físicas y deja afuera las locaciones con destino comercial o industrial como así también a las que celebren las personas jurídicas. Agregó que el planteo de inconstitucionalidad efectuado en la demanda debe ser rechazado porque la Legislatura ha ejercido facultades que le son propias y ante la tensión entre los derechos de los profesionales matriculados en el Colegio Único de Corredores Inmobiliarios —que consideró esencialmente disponibles— y el derecho

fundamental del colectivo inquilino —que señaló como indisponible— prevaleció el de estos últimos. Explicó que la norma local no colisiona con las normas nacionales pues tutela el interés público comprometido en la materia mientras que la norma nacional determina los derechos de tipo civil y/o comercial (fs. 298/298 vuelta). Expresó que la regulación de lo relativo al ejercicio de la profesión de corredores inmobiliarios resulta eminentemente local conforme lo establecido por el Tribunal Superior de Justicia en los autos “Corporación de Rematadores y Corredores” (Expte. 5520/07) (fs. 299). Por último, estimó que resulta vital para los gobiernos locales el ejercicio de poder de policía y con ello la competencia regulatoria en temas como el de marras.

4.1. En el marco del proceso colectivo, la ACIJ se presentó para ser tenida como terceros interesados, solicitó la conexidad con la causa “ACIJ c/ CUCICBA s/ Amparo” del juzgado n° 17, y dio razones para solicitar el rechazo de la demanda (fs. 395/410).

4.2. El juez de grado luego determinó que el colectivo de los corredores matriculados que ejercen la actividad en la CABA sería representado por CUCICBA y el colectivo de locadores comprendidos por la ley, por la ACIJ y el señor Gervasio Muñoz (fs. 421/422).

4.3. A fs. 445, CUCICBA se opuso al pedido de conexidad efectuado por ACIJ, que fue, finalmente rechazado por el a quo (fs. 460/461).

5. Con remisión a sendos dictámenes de la fiscal interviniente (fs. 476/481 vuelta y 487/489 vuelta), el juez rechazó la demanda de amparo (fs. 492/492 vuelta).

6. La parte actora apeló la sentencia (fs. 502/509 vuelta). Afirmó que no discute la legitimidad de la facultad de la Legislatura de fijar aranceles y honorarios, pero sí de aniquilar el derecho del corredor inmobiliario de cobrar sus honorarios al locatario en las locaciones urbanas habitacionales. Cuestiona que la ley pueda imponerle solo obligaciones respecto del locatario, pero le niegue el derecho a su estipendio. Afirma que la ley local prohíbe de manera inconstitucional el derecho reconocido por los artículos

1350 y 1351 del CCCN que gozan de supremacía federal.

6.1. El GCBA contestó el memorial defendiendo la potestad local de reglar el ejercicio de la profesión de corredor inmobiliario, con fundamento en el artículo 121 de la Constitución Nacional. Y en cuanto al conflicto con el CCCN hizo mención a la posición de la Comisión Redactora del Proyecto de Código que consideró que los aranceles del corretaje se regían por la legislación local (fs. 511/516).

6.2. También ACIJ respondió los agravios de la parte actora (fs. 518/522 vuelta). Entre otros argumentos, afirmó que la actora “olvidó mencionar cuáles eran los daños irreparables que le significó la sentencia, y sin los cuales no es procedente el recurso de apelación intentado (...) Para analizar la constitucionalidad de la ley en abstracto la actora contaba con la posibilidad de presentar una acción declarativa de inconstitucionalidad ante el TSJ...”

6.3. El fallo de la Sala II, por mayoría, hizo lugar al recurso de apelación de la parte actora y revocó la resolución apelada (fs. 555/562). Consideró, nuclearmente, que “[l]a ley 5859, al sustituir la expresión de voluntad de toda persona física que, con destino a vivienda, intervenga en una operación de corretaje inmobiliaria convirtiéndola en un ‘protesto automático’, no reguló el ejercicio de la profesión de corredor sino, antes bien, alteró las reglas del propio contrato. De ese modo, por un lado, vació de contenido a la regulación delegada que contiene el CCyCN en sus arts. 1346 y 1351 pues, se reitera, anuló la necesidad de formular protesto. Por otro, impidió a los inquilinos el derecho de celebrar un contrato oneroso en los términos de la legislación de fondo ya citada. Nótese, en tal sentido, que la prohibición contemplada en el art. 2° aparece dirigida a los corredores y les impide tanto a ellos como a las personas que revistan la condición de futuro locatario, celebrar contratos onerosos de corretaje, aun cuando por su posición económica o por la simple comodidad que ello podría brindarles tendrían la voluntad de perfeccionar ese acuerdo de voluntades. Esta previsión elimina irrazonablemente el ejercicio de un derecho que lícitamente la legislación común les confirió a tales sujetos. En otras palabras, colocar a los corredores y al posible inquilino

lino en la necesidad de tener que celebrar la relación jurídica que los vincula por fuera de los canales legales de registración y facturación de la actividad o, directamente, no poder celebrar un contrato oneroso de corretaje entra en franca colisión con las previsiones del CCyCN y, por lo tanto, pone de manifiesto lo impropio de los medios elegidos por el legislador para concretar el fin deseado por la norma local. // Este avance configura una afectación de los derechos consagrados en el art. 14 y las competencias asignadas en el art. 75 inc. 12 de la CN, entrando en conflicto directo con lo dispuesto en los arts. 28 y 31 de la ley fundamental, circunstancia que determina la invalidez del art. 2° de la ley 5859 (cfr. *mutatis mutandi*, TSJ *in re* 'Asociación Civil de Administradores de Consorcios de Propiedad Horizontal' cit.)" —fs. 559—.

En disidencia, el juez Juan Lima compartió el dictamen de la fiscal ante la Cámara que, entre otras cosas sostuvo: "... no puede desconocerse que, como se dijo, esta nueva regulación se inscribe en un contexto específico de comprobada dificultad de acceso a las locaciones urbanas de un colectivo de personas que legislativamente se consideró conveniente tutelar.// En esta dirección, la Ley N° 5859 se inscribe en el ejercicio de la potestad local de regulación de una actividad profesional y es inherente a dicha potestad fijar una razonable y adecuada retribución, atendiendo a las necesidades y características propias de cada territorio (Fallos 320:786). // Desde esta perspectiva, la alegada desproporcionalidad entre los medios empleados por la ley (prohibición de cobrarles a los inquilinos los gastos administrativos y comisión por la locación concretada) y los fines perseguidos (garantizar el acceso a un alquiler formal) no se presenta de un modo palmario ni manifiesto como arguye la recurrente ni lesiona con arbitrariedad manifiesta el derecho a ejercer industria lícita ya que la regulación atacada no desnaturaliza la actividad ni la priva de su esencia sino que, en todo caso, traslada el peso del negocio jurídico a una sola de las partes de él (los locadores) y lo hace menos gravoso para el otro cocontratante. // Es que una vez admitido que la legislatura local puede regular en materia de aranceles, se halla dentro de tales facultades la de disponer que en un tipo específico de contrato —y justamente porque su objeto es la locación de una vivienda única— la comisión a cobrar respec-

to de una de las partes co-contratantes sea 0%. // D. 2. Desde otra perspectiva, tampoco encuentro que los derechos constitucionales de propiedad, de trabajar y de ejercer industria lícita de las inmobiliarias representadas por la actora hayan sido desnaturalizados, ya que no toda la actividad de corretaje inmobiliario se halla alcanzada por la ley bajo estudio. En efecto, esta involucra solo una porción de aquella, cual es la vinculada con las comisiones a percibir en los contratos de alquiler destinados a vivienda única, celebrados con personas humanas. (...) // D. 3. Finalmente, más allá del marco colectivo en que se ha instaurado la acción, cabe agregar a lo anterior que la parte no ha aportado datos concretos que permitan observar con cierto grado de precisión en qué situación económico-financiera se encuentra el grupo que representa luego de la entrada en vigor de la ley en pugna ni de qué modo ha impactado esta normativa en el desenvolvimiento de las grandes y pequeñas inmobiliarias que se desempeñan en el territorio de la Ciudad. / Aunque por vía de hipótesis podría pensarse que la norma local resulta significativamente más gravosa para aquellas inmobiliarias pequeñas cuya actividad consista principal o exclusivamente, en locaciones urbanas destinadas a vivienda, la apelante ha traído argumentos meramente genéricos al respecto, que no permiten identificar puntualmente la situación de las distintas inmobiliarias involucradas. Ciertamente, en los fundamentos esbozados para sustentar su planteo, no ha efectuado distinción alguna en torno a la existencia de subclases dentro del universo de sus representados, respecto de las cuales pueda predicarse que un grupo de inmobiliarias habría sido desmedidamente afectado por la norma local".

7. ACIJ y ACIA interpusieron el recurso de inconstitucionalidad de fs. 574/588; sostuvieron básicamente que la sentencia: a) realiza una interpretación errónea del Capítulo del Código Civil y Comercial de la Nación que regula el corretaje (ver fs. 577 vuelta y fs. 580); b) es dogmática, por cuanto desconoce el modo en que funciona en la práctica el mercado de corretaje inmobiliario en materia de alquiler habitacional (ver fs. 580/581 vuelta); c) desprotege los compromisos constitucionales y de derecho internacional en materia de derechos humanos a los que nuestro país se ha comprometido (ver fs. 582/585).

7.1. También el GCBA en su recurso de inconstitucionalidad se agravió de que: a) la sentencia afectó la autonomía de la Ciudad (art. 121 y 129 de la Constitución Nacional) al limitar el poder de policía que posee en la materia (ver fs. 591 vuelta y 592); b) los jueces erraron al considerar que no existía compatibilidad entre la normativa local y la nacional de fondo y al considerar irrazonable la regulación efectuada por la legislatura a través de la sanción de la Ley N° 5859 (ver fs. 595 vuelta y fs. 596) y e) omitieron considerar la razonabilidad y el interés público que persiguió la norma (ver fs. 597 vuelta).

7.2. La Sala concedió los recursos en tanto los agravios constitucionales planteados por los recurrentes se encuentran vinculadas íntimamente con la determinación y el alcance de las facultades de poder de policía local y, por ello, la resolución del recurso involucra en forma directa la autonomía local (art. 121 y 129 de la CN). Y los denegó por la causal de arbitrariedad.

7.3. ACIJ interpuso recurso de queja contra la denegatoria parcial de su recurso (fs. 656/660).

8. Requerido su dictamen, el Fiscal General Adjunto dictaminó que el asunto fue tramitado sin que existiera un caso judicial “que habilite la jurisdicción de los juzgados contenciosos administrativos y tributarios de la Ciudad (art. 106 CCABA)”. También que “la actora no ha probado en qué contratos se ha visto afectado el colectivo que representa ni tampoco en qué medida ha afectado efectivamente a su situación económica la entrada en vigor de la ley cuya constitucionalidad impugna. O, en otros términos, no existe prueba alguna acerca de la pérdida efectiva de ganancias del colectivo que representa”. Agregó que “dada la evidente falta de prueba de la existencia del daño para el colectivo supuestamente afectado, la pretensión de la actora no se encuadra dentro de las previsiones de la Ley N° 2.145 de amparo, sino, y como sostuvo el juez de primera instancia al efectuar el rechazo *in limine* de la acción, se trata de una acción declarativa de inconstitucionalidad que debió tramitar por las normas previstas en la Ley N° 402 en instancia originaria ante el Tribunal Superior de Justicia”. Por ello propicia que el Tribunal “haga lugar a los recursos de inconstitucionalidad planteados por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y por la Asociación

Civil por la Igualdad y la Justicia, en conjunto con la Asociación Civil de Inquilinos Agrupados, rechace la queja y; en consecuencia, revoque la sentencia de Cámara” (fs. 667/670 vuelta).

#### *Fundamentos:*

El doctor *Lozano* dijo:

1. En esta acción, según relató la Cámara —sin que exista controversia al respecto—, fue entablada una demanda “...contra el GCBA [, que] pers[eguía] la declaración de inconstitucionalidad de la Ley 5859 y su reglamentación ‘.. por resultar nul[o]s, carentes de motivación suficiente, controvertir el principio de legalidad, y por ilegitimidad y arbitrariedad manifiestas” (fs. 152 vuelta).

A su turno, la decisión que viene objetada declaró la invalidez del art. 2 de la ley 5859 (incorporado como inciso 7 del art. 13 de la ley nro. 2340), según el cual: “7. Queda expresamente prohibido [a los corredores inmobiliarios] en las locaciones de inmuebles con destino habitacional en los que el locatario sea una persona física, requerir y/o percibir, mediante cualquier forma de pago, comisiones inmobiliarias y/u honorarios por la intermediación o corretaje a locatarios, sublocatarios y/o continuadores de la locación. La prohibición resulta extensiva a los honorarios por administración de dichas locaciones”; además, “...toda vez que en [los arts. 4 y 5 de la ley nro. 5859] se ordena la publicación del contenido del art. 2° de la ley 5859, declarado inconstitucional precedentemente, las disposiciones aludidas también pierden vigencia en lo pertinente” (fs. 559 vuelta y 561 vuelta). Asimismo, “...orden[ó] que, para los casos de inmuebles con destino habitacional en los que el locatario sea una persona física, los profesionales matriculados en CUCICBA: I) hagan constar en todo ofrecimiento publicitario que se emita vía páginas *web*, propias o de terceros, o mediante cualquier otro medio, que los inquilinos se encuentran facultados a formular protesto del corretaje, exceptuándose con ello del pago de los honorarios del corredor o, bien, en caso de aceptar expresamente la intermediación del corredor, el tope del monto de la comisión u honorario que surge de la normativa vigente; II) exhiban en los locales y/u oficinas en los que presten sus servicios carteles visibles al público con idén-

tico contenido al dispuesto precedentemente” (fs. 560 vuelta y 561 vuelta). Finalmente, ordenó “...que el GCBA difunda por medios electrónicos y físicos: I) el derecho que le asiste a las personas físicas, que deseen celebrar contratos de locación de inmuebles con destino habitacional, a formular protesto, exceptuándose con ello del pago de comisiones u honorarios de corredor o, bien, en caso de aceptar expresamente la intermediación del corredor, el tope del monto de la comisión u honorario que surge de la normativa vigente; II) los mecanismos administrativos y judiciales a disposición de las personas para reclamar en supuestos de conflicto o controversia con corredores inmobiliarios y/o sus comitentes, que versen sobre negociaciones referidas a locaciones de inmuebles con destino habitacional. Asimismo, esta información deberá ser de fácil acceso en la página *web* del GCBA y, especialmente, en la correspondiente a la Dirección de Defensa del Consumidor (u organismo que en el futuro la reemplace)” (fs. 560 vuelta/561 y 561 vuelta).

2. La pretensión tal como se encuentra expuesta en el primer párrafo del punto anterior y el resultado al que arribaron los jueces de mérito en función de cómo la han interpretado y canalizado, exceden los márgenes que la CCBA fija a la noción de causa judicial y, en esas condiciones, a la jurisdicción delimitada por su art. 106.

En efecto, los cuestionamientos que la actora formuló contra diversos artículos de la ley nro. 5859, y el análisis que de ellos efectuaron los jueces de mérito para arribar a la conclusión relatada, lo han sido en abstracto, esto es, sin que la discrepancia viniera dirimida a propósito de su aplicación a una relación jurídica concreta; y, por ello, de un modo incompatible con la vía escogida. Que no versan sobre una relación jurídica concreta quedó revelado por la decisión a que dio lugar, que dice eliminar una norma general del ordenamiento jurídico, por un lado; mientras emitió otras, en su lugar. Es decir, operó sobre el ordenamiento jurídico, y no sobre la esfera de relaciones jurídicas que se construyen a partir de él.

3. En este orden de ideas, no alcanza con identificar que puedan existir derechos individuales homogéneos en juego, una acción de clase exige

mostrar que hay un hecho que, en efecto, repercute sobre determinadas relaciones jurídicas, lo cual supone mostrar que hay relaciones jurídicas alcanzadas, y cómo ellas se vieron afectadas —aunque el impacto diferencial pueda encauzarse separadamente—, cosa que aquí no ha ocurrido.

Así, no es el propósito expresado, ni el modo en que viene interpretada la pretensión, obtener una reparación por haberse visto determinado colectivo privado de cobrar honorarios o ejercer una actividad durante determinado período.

A su turno, la circunstancia de no haber notificado a alguien a quien se atribuya el carácter de deudor —sujeto de una relación jurídica alcanzada por la ley cuestionada— confirma el carácter abstracto del debate. En este orden de ideas, tampoco se invoca que ACIJ o el Sr. Muñoz (en su condición de inquilino o de presidente de ACIA) hayan celebrado contratos en estas condiciones y que la decisión que se adopte en el marco de este proceso repercuta sobre los efectos de esos contratos, aunque, como cualquier otra persona, si celebran contratos en un futuro se verían alcanzados por las normas vigentes y aplicables. Finalmente, el GCBA no viene como obligado a algún pago sino como parte sustantiva que ha emitido la norma, situación que no supone siquiera la existencia de una relación jurídica nacida en el marco de ella.

4. Finalmente, y toda vez que el único propósito ha sido operar en abstracto sobre normas locales, en el aspecto en que el objeto está dirigido a cuestionar la validez constitucional de ellas, el modo en que los jueces de mérito interpretaron el alcance de sus competencias importa una superposición con las que a este Tribunal vienen asignadas por la CCBA, incompatible con el art. 113.2 —cuya validez, por lo demás, no ha sido puesta en tela de juicio—, que le encomienda el conocimiento originario y exclusivo de cuestiones de esa naturaleza, por la vía de la acción declarativa de inconstitucionalidad.

5. Por lo dicho, en suma, corresponde hacer lugar a la queja y a los recursos de inconstitucionalidad de fs. 574/588 y 589/600, declarar la nulidad de todo lo actuado, y rechazar la demanda de fs. 1/32. Sin costas (art. 14 CCBA).

Los doctores *Otamendi* y *Weinberg* dijeron:

Adherimos a la solución propuesta por el Dr. Lozano por compartir, en lo sustancial, los fundamentos expuestos en su voto.

La doctora *Ruiz* dijo:

1. Los recursos de inconstitucionalidad planteados por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y por la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia junto con la Asociación Civil de Inquilinos Agrupados fueron correctamente concedidos en cuanto involucran el examen del alcance del poder de reglamentación local de las profesiones liberales.

2. La cuestión puesta a consideración del Tribunal no es novedosa. En la sentencia “Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia y otros c/ Colegio Único de Corredores Inmobiliarios de la CABA s/ amparo s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 14600/17, sentencia de fecha 26 de octubre de 2018 el Tribunal sostuvo respecto de la competencia local para fijar pautas para los honorarios de los corredores lo siguiente:

“E. Efectivamente, la Ley N° 5859 (del 24 de agosto de 2017, agregada a fs. 905) modificó el cuadro normativo. Pues, por un lado, dispuso: ‘Artículo 6°.- Deróguese el artículo 54 de la Ley 2340 (texto consolidado según Ley N° 5666)’ [eje de la controversia en estos autos] y, por otro, estableció con toda claridad que el derecho a los honorarios ‘... Para los casos de locaciones de inmuebles con destino habitacional en los que el locatario sea una persona física, el monto máximo de la comisión a cobrar será el equivalente al cuatro con quince centésimos por ciento (4,15%) del valor total del respectivo contrato, a cargo del locador’ (artículo 1°, que sustituye el inciso 2 del artículo 11 de la Ley N° 2340, texto consolidado según Ley N° 5666). Y agregó una prohibición como inciso 7 al artículo 13 de la Ley N° 2340: ‘Queda expresamente prohibido en las locaciones de inmuebles con destino habitacional en los que el locatario sea una persona física, requerir y/o percibir, mediante cualquier forma de pago, comisiones inmobiliarias y/u honorarios por la intermediación o corretaje a locatarios, sublocatarios y/o continuadores de la locación. / La prohibición resulta ex-

tensiva a los honorarios por administración de dichas locaciones’. También los artículos 4 y 5 de la ley fijaron reglas de publicidad que indiquen la prohibición de cobrar a los inquilinos que sean personas físicas comisiones y gastos. // 4. El recurrente sostiene que la pauta arancelaria del artículo 57 de la Ley N° 2340 (ya derogado) repudia expresa normativa constitucional, a partir de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial. El argumento sería extensible a la prohibición y limitación incorporadas por la Ley N° 5859. / El planteo se apoya en la limitación que el artículo 126 de la CN fija a las provincias, pero omite valorar el artículo 121 CN con el cual se integra y dispone: ‘Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación’; y con el artículo 122 CN que establece que: ‘Se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas’. Tales disposiciones entran en juego al considerar las facultades de legislación y jurisdiccional que se reconocen a la CABA por el art. 129 CN. / A diferencia de lo que plantean los demandados, la posibilidad de que en esta jurisdicción se establecieran pautas arancelarias no surgía del artículo 37 de la Ley n° 25.028, hoy derogado —como interpretó CUCICBA en los fundamentos de la Resolución N° 350— sino de los arts. 121 y 129 CN. El ejercicio de tal facultad encuentra su raíz en las atribuciones de la Legislatura (art. 80, inc. 2). // (...) 7. El fallo ha articulado razonablemente los diversos aspectos involucrados, tanto el derecho de propiedad de los corredores (obsérvese que la norma cuestionada no prohibía acordar su monto con el comitente, sino evitaba que fueran impuestos al inquilino), protege a la parte débil en la relación de consumo (el locatario de la vivienda), limita —a su vez— la restricción a la situación de personas físicas en busca de vivienda para alquilar (titulares de derechos humanos en su calidad de tal); con lo que la libertad de contratar tiene garantizado un ‘espacio’ y las limitaciones en aras a intereses públicos también. Se satisface, entonces, tanto el estándar de competencia de la autoridad que dicta la norma legal (arts. 31, 121 y 129 CN) como los de razonabilidad en el contenido de la reglamentación (arts. 14 y 28 CN); se involucra la dimensión tuitiva del art. 42 mediante cierta limitación que propende razonablemente a proteger los de-

rechos de los inquilinos —actuales y futuros— que intentan tomar en locación una vivienda única a través de la intervención de corredores inmobiliarios de esta Ciudad”.

3. Pese al esfuerzo argumental de los actores, no han podido demostrar que la previsión de un determinado contrato en la legislación de fondo vede a las jurisdicciones locales regular en materia de los honorarios que surgen de esa actividad contractual (basta como ejemplo considerar que en la locación de servicios entre un abogado y su cliente se aplican las leyes de honorarios que dictan las jurisdicciones locales, tal el caso de la Ley 5134 en la CABA). Esa es, por lo demás la interpretación del art. 1350 del CCyCN que efectúa uno de los miembros de la comisión reformadora, el Dr. Ricardo Luis Lorenzetti (“Código Civil y Comercial de la Nación”, Comentado, T. VII, Ed. Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2015, págs.156/157), quien afirma: “(...) respecto de la comisión deberá estarse a los aranceles que en la actualidad existen en la mayoría de las jurisdicciones y que están sometidos a la legislación local, y si ellos no existieren, se deberá estar a lo convenido por las partes, y si no hubiere nada convenido, a lo que sea usual en el lugar donde se llevó a cabo el corretaje, y si tampoco pudiera ser determinado de esta manera, se recurrirá a la determinación judicial” (negritas añadidas).

Se trata de una valiosa interpretación del derecho común que tributa en una consideración de la división constitucional del poder en el régimen federal, que pone en su quicio el tema en debate.

4. Sobre tal base, al igual que en el precedente citado, es dable afirmar que la solución del caso exige articular razonablemente los diversos aspectos involucrados: el derecho de propiedad de los corredores (obsérvese que la norma cuestionada no prohíbe acordar su monto con el comitente, sino evita que sean impuestos al inquilino) y proteger a la parte débil en la relación de consumo de un bien que cuenta con tutela constitucional preferente (vivienda); con lo que la libertad de contratar tiene garantizado un “espacio” y las limitaciones en aras a intereses públicos también.

Como fue dicho en “ACIJ”, y cabe repetir ahora: “Se satisface, entonces, tanto el estándar de competencia de la autoridad que dicta la norma legal (arts. 31, 121 y 129 CN) como los de razonabilidad en el contenido de la reglamentación (arts. 14 y 28 CN); se involucra la dimensión tuitiva del art. 42 mediante cierta limitación que propende razonablemente a proteger los derechos de los inquilinos —actuales y futuros— que intentan tomar en locación una vivienda única a través de la intervención de corredores inmobiliarios de esta Ciudad”.

5. Las circunstancias y los argumentos que han sido referidos más arriba son enteramente aplicables a partir de la vigencia de la ley n° 27.551 (publicada en el BORA n° 34.416 del 30.06.2020) que, en cuanto es pertinente destacar, sustituyó al artículo 1351 del Código Civil y Comercial de la Nación por el siguiente:

“Artículo 1.351: Intervención de uno o de varios corredores. Si solo interviene un corredor, todas las partes le deben comisión, excepto pacto en contrario o protesta de una de las partes según el artículo 1.346. No existe solidaridad entre las partes respecto del corredor. Si interviene un corredor por cada parte, cada uno de ellos solo tiene derecho a cobrar comisión de su respectivo comitente.

En las locaciones de inmuebles la intermediación solo podrá estar a cargo de un profesional matriculado para ejercer el corretaje inmobiliario *conforme la legislación local*” (el destacado me pertenece).

Como se ve, el primer párrafo del artículo 1351 del CCyCN alude, en términos generales, a la intermediación de los corredores sin distinción alguna en razón de la actividad.

La segunda parte del artículo, en cambio, contiene previsiones específicas en materia de locación de inmuebles, hipótesis del presente caso.

La distinción señalada permite corroborar el criterio que sostengo en mi voto.

En efecto, el último párrafo del artículo 1351 del CCyCN remite, para el supuesto allí contemplado (intermediación de locaciones de inmuebles), a las “legislaciones locales” y, en este pun-

to, las razones y conclusiones ya expuestas resultan dirimentes.

6. La forma en que se resuelve hace innecesario expedirse respecto de la queja planteada por ACIJ.

7. Por ello corresponde hacer lugar a los recursos de inconstitucionalidad planteados por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y por la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia junto con la Asociación Civil de Inquilinos Agrupados, revocar la sentencia de Cámara y confirmar el rechazo de la demanda dispuesto en primera instancia. Costas por su orden en todo el proceso (art. 14, CCABA).

La doctora *De Langhe* dijo:

1. Los recursos de inconstitucionalidad planteados por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y por la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia junto con la Asociación Civil de Inquilinos Agrupados fueron correctamente concedidos en cuanto involucran el examen del alcance del poder de reglamentación local de las profesiones liberales.

2. En la sentencia impugnada por el GCBA y ACIJ, la Cámara de Apelaciones consideró que la Legislatura había hecho un uso irrazonable del poder de policía que la Constitución local le confiere al sancionar la Ley 5859, que en su artículo 2 —modificatorio de la Ley 2340— establece que “Queda expresamente prohibido en las locaciones de inmuebles con destino habitacional en los que el locatario sea una persona física, requerir y/o percibir, mediante cualquier forma de pago, comisiones inmobiliarias y/u honorarios por la intermediación o corretaje a locatarios, sublocatarios y/o continuadores de la locación.// La prohibición resulta extensiva a los honorarios por administración de dichas locaciones”.

La Cámara consideró que esta disposición exorbitó la facultad regulatoria local y modificó el artículo 1351 del Código Civil y Comercial —en cuanto consagra que “Si solo interviene un corredor, todas las partes le deben comisión, excepto pacto en contrario o protesta de una de las partes según el artículo 1346”—, y evaluó que la norma local, en lugar de regular la comisión que

el corredor puede reclamar al locatario imponiéndole valores máximos, la eliminó de plano y así creó una nueva figura contractual necesariamente gratuita para una de las partes —el locatario—. En consecuencia, determinó que la Ley 5859 prohibió el contrato oneroso entre locatario y corredor, contrato que se encuentra expresamente autorizado por el CCyC.

La Cámara concluyó que “este avance configura una afectación de los derechos consagrados en el artículo 14 y las competencias asignadas en el artículo 75 inciso 12 CN, entrando en conflicto directo con lo dispuesto en los arts. 28 y 31 de la ley fundamental, circunstancia que determina la invalidez del art. 2 de la Ley 5859” (consid. 10 del voto de la mayoría).

Contra esta resolución interpusieron recurso de inconstitucionalidad tanto el GCBA como el colectivo de inquilinos representado por ACIJ y ACIA. Los recursos fueron concedidos parcialmente por la Sala II, solo en lo que respecta a la interpretación y alcance de normas de carácter constitucional (artículos 28, 31 y 75 inciso 12 de la CN, 31 de la CCABA) y denegados respecto al resto de los agravios. A su vez, ACIJ acudió en queja ante este tribunal por las cuestiones respecto a las cuales fue denegado su recurso de inconstitucionalidad.

3. Ante todo, cabe señalar que este Tribunal ya ha analizado una cuestión vinculada a la que se debate en esta ocasión, en la causa “Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia y otros c/ Colegio Único de Corredores Inmobiliarios de la CABA s/ amparo s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 14600/17, sentencia de fecha 26 de octubre de 2018. En aquella oportunidad se encontraba en debate la facultad de la Legislatura local para regular los honorarios de los corredores inmobiliarios a la luz de las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación—potestad que el cuerpo legislativo había ejercido en la Ley 2340 imponiéndoles un porcentaje máximo en relación al monto del contrato—, en tanto que en esta ocasión lo que se encuentra debatido es la intensidad y razonabilidad con que la Legislatura ha ejercido esa facultad en el artículo 2 de la Ley 5859. En suma, no se discute aquí si el Estado local puede ejercer el poder de policía sobre las profesiones liberales —cuestión ya decidida por este Tribunal

en la causa referida— sino si ese poder regulatorio ha sido ejercido lícitamente en un caso concreto —la prohibición contenida en el artículo 2 de la Ley 5859— o si la reglamentación avasalló las facultades reservadas en la Constitución Nacional al Congreso de la Nación.

4. Para analizar la compatibilidad entre la Ley 5859 y el CCyCN es imprescindible recordar el marco jurídico aplicable al corretaje inmobiliario.

4.1. La materia en análisis se encuentra regulada por normas de distinta naturaleza y jerarquía. En primer lugar, el contrato de corretaje se encuentra contemplado en los artículos 1345 a 1355 del Código Civil y Comercial de la Nación. Pero el mismo Código remite en diversas disposiciones a otras normas especiales (art. 1355) o locales (art. 1351).

Al respecto, se ha afirmado que luego de la entrada en vigencia del CCyC “quedan articulados tres niveles normativos: a) El nuevo Código positivo y referido al contrato de corretaje; b) la ley nacional especial, decreto-ley 20.266, modificada por la ley 25.028, de orden público, que establece los requisitos para ser corredor; c) las leyes especiales provinciales, de orden público, que establecen los requisitos para ejercer como corredor en estos ámbitos.// De esta manera el contrato puede ser modificado por acuerdo de partes, pero si no existen normas referidas a este se aplicarán las del Código.//Para ser corredor deben cumplirse los requisitos de la ley nacional, los que no pueden omitirse atento el carácter de orden público de las normas. // Para ejercer como corredor deben cumplirse las leyes de orden público provincial, las que no pueden omitirse por su carácter de imperativas”. (Lorenzetti, Ricardo Luis (Dir.). Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Tomo VII. 1° edición, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2015, pág. 167).

La articulación entre las normas nacionales y las locales en materia de corretaje inmobiliario ha sido expresamente incorporada al CCyC por la Ley 27.551, que incluyó un último párrafo en el art. 1351 que consagra: “En las locaciones de inmuebles la intermediación solo podrá estar a cargo de un profesional matriculado para ejer-

cer el corretaje inmobiliario conforme la legislación local”.

4.2. La retribución que percibe el corredor por su tarea se encuentra regulada en los artículos 1350 a 1354 del CCyC. En el primero de estos artículos se establece que “El corredor tiene derecho a la comisión estipulada si el negocio se celebra como resultado de su intervención. Si no hay estipulación, tiene derecho a la de uso en el lugar de celebración del contrato o, en su defecto, en el lugar en que principalmente realiza su cometido. A falta de todas ellas, la fija el juez”.

Ahora bien, esta disposición se complementa con la normativa emanada de las distintas jurisdicciones, ya que resulta indudable que la facultad local de regular el ejercicio del corretaje incluye la de establecer los aranceles a los cuales se sujeta la actividad. Así se ha afirmado que “La actividad del corretaje origina para el corredor el derecho al pago de un precio por la misma, que se denomina comisión, remuneración o retribución (...) Respecto del monto de la comisión, deberá estarse a los aranceles que en la actualidad existen en la mayoría de las jurisdicciones y que están sometidos a la legislación local, y si ellos no existieren se deberá estar a lo convenido por las partes y si no hubiere nada convenido, a lo que sea usual en el lugar donde se llevó a cabo el corretaje, y si tampoco pudiera ser determinado de esta manera, se recurrirá a la determinación judicial” (Lorenzetti, Ricardo Luis (Dir.), op. cit. págs. 156-157).

Cabe recordar que en la causa mencionada en el apartado 3 este Tribunal ya se ha pronunciado respecto a la vigencia de las facultades de la Legislatura local para regular el aspecto arancelario del ejercicio del corretaje luego de la entrada en vigor del Código Civil y Comercial de la Nación.

4.3. Por otra parte, el artículo 1351 CCyC establece en su primer párrafo quiénes son los obligados al pago de la comisión, y consagra que “Si solo interviene un corredor, todas las partes le deben comisión, excepto pacto en contrario o protesta de una de las partes según el artículo 1346. No existe solidaridad entre las partes respecto del corredor. Si interviene un corredor por cada parte, cada uno de ellos solo tiene derecho a cobrar comisión de su respectivo comitente”.

La interpretación armónica del primer párrafo del art. 1351 — obligados al pago de la comisión— y del segundo —facultades locales de regulación— permite concluir que si en una operación interviene un solo corredor inmobiliario, podrá reclamar comisión a ambas partes en los términos de la regulación arancelaria local, en tanto que si intervienen dos corredores, estos no pueden reclamar comisión a ambas partes sino que cada uno deberá recabarla de su comitente, exclusivamente, y siempre en los términos de la legislación arancelaria local.

4.4. La Ley 5859 no hizo otra cosa que ejercer la facultad local de regular los aranceles del contrato; así, estableció que los corredores inmobiliarios tendrán el derecho a percibir comisión por su tarea, que en caso de las locaciones de inmuebles con destino a vivienda en que el locatario sea una persona física, no podrían superar el 4,15% del valor total del contrato, y debería ser afrontada por el locador (art. 1 modificatorio del inciso 2 del art. 11 de la Ley 2340). En sentido concordante, reafirmó que, en los contratos referidos, no puede exigirse comisión u honorarios al locatario, sublocatario o continuador de la locación, ni por la conclusión del contrato ni por la administración de la locación (art. 2 modificatorio del inciso 7 del art. 13 de la Ley 2340).

En suma, la Legislatura local ejerció su facultad de regular los aspectos arancelarios del contrato —o sea, la retribución que el corredor percibirá por su tarea y la proporción en que este costo será asumido por el comitente y el co-contratante— y, teniendo en cuenta el interés público involucrado en el acceso a la locación con destino a vivienda de las personas físicas, estableció un máximo para la comisión a percibir y determinó que esta es afrontada por el locador comitente, exclusivamente.

Estas disposiciones no violentan ni aniquilan los elementos esenciales del contrato de corretaje. En efecto, el corredor continúa percibiendo una retribución por su trabajo y, a la hora de analizar si se ha afectado su derecho a percibir una contraprestación, resulta indiferente quién sufrague la comisión, en tanto el *quantum* fijado resulte razonable. Por otra parte, no se ha demostrado en estas actuaciones que el arancel fijado resulte irrazonable o desproporcionado te-

niendo en cuenta las prestaciones comprometidas por el intermediario.

5. La facultad de regular los derechos de las personas es una prerrogativa propia y esencial del Poder Legislativo, orientada a garantizar la armonización en el ejercicio de las potestades de todos los integrantes de la comunidad y asegurar las condiciones que hacen a la vida digna de todas las personas, y en particular de las que pertenecen a los sectores más desfavorecidos de la sociedad.

Está fuera de discusión que, al sancionar la norma impugnada, la Legislatura ha pretendido facilitar el acceso de los sectores más vulnerables a la locación urbana formal mediante la reducción del costo asociado a la suscripción del contrato para esa parte. Este objetivo está comprendido dentro de los que integran el concepto amplio de poder de policía sin que le corresponda al Poder Judicial analizar la eficacia o conveniencia de las medidas elegidas por el legislador, sino solo su razonabilidad o proporcionalidad en relación con los fines buscados (conf. CSJN, “Cine Callao”, 22 de junio de 1960).

6. En suma, al aprobar la Ley 5859 la Legislatura de la Ciudad ha hecho uso de la facultad de regular el ejercicio profesional de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 80, inciso 2 apartado d) de la Constitución de la Ciudad, sin que se haya probado en esta causa que la norma local sea irrazonable o desproporcionada, ni que resulte manifiestamente incompatible con las disposiciones sustantivas relativas al contrato de corretaje contenidas en el Código Civil y Comercial de la Nación.

En ese contexto, cabe recordar que la declaración de inconstitucionalidad de las leyes es la tarea más delicada que compete al Poder Judicial y que constituye la última ratio del orden jurídico, solo procedente cuando no exista ninguna interpretación de la norma impugnada que la torne compatible con las de jerarquía superior, ya que siempre debe estarse a favor de la vigencia de las normas. (Fallos 343:140, 341:1625; 340:1185; 335:2333 entre otros) Este supuesto no se verifica en el caso, ya que no aparece manifiesta la incompatibilidad entre las disposiciones del CCyC y la Ley 5859, por lo cual corres-

ponde dejar sin efecto la sentencia de Cámara que, al hacer lugar al recurso de apelación de la parte actora, se pronunció por dejar sin efecto la prohibición de cobrar comisiones a la parte locataria —cuando esta fuera una persona física— de la locación de inmuebles con destino a vivienda.

Por los motivos expuestos, voto por hacer lugar a los recursos de inconstitucionalidad planteados por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y por la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia junto con la Asociación Civil de Inquilinos Agrupados, revocar la sentencia de Cámara y confirmar el rechazo de la demanda dispuesto en primera instancia. Costas por su orden en todo el proceso (art. 14, CCABA).

Por ello, emitido el dictamen del Fiscal General Adjunto, por mayoría, el Tribunal Superior de Justicia

*Resuelve:*

1. Admitir la queja planteada por la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia, hacer lugar a los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia junto con la Asociación Civil de Inquilinos Agrupados y por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, declarar la nulidad de todo lo actuado y rechazar la demanda, sin costas. 2. Mandar que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva a la Cámara remitente. La sentencia se dicta en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. — *Santiago Otamendi*. — *Inés M. Weinberg*. — *Marcela de Langhe*. — *Luis F. Lozano*. — *Alicia E. C. Ruiz*.

## CONCURSO DE ACREEDORES

**Propuesta de acuerdo preventivo. Constitución de fideicomiso. Homologación. Evaluación. Derecho de los acreedores concurrentes.**

1. — Si el art. 43 de la LCQ expresamente prohíbe que la propuesta consista en una prestación que dependa de la voluntad del deudor, es decir, que subordine el cumplimiento a la decisión de una de las partes, tampoco puede aceptarse una propuesta que dependa, como en este caso,

del hipotético alcance de una sentencia judicial, pues, aun desde lo formal, el propio desarrollo del juicio depende efectivamente de la voluntad del deudor y de las posibilidades que aquel permita dentro de la estructura fiduciaria prevista en la propuesta. Máxime cuando es la propia concursada quien refirió las dificultades, avatares y complejidad del juicio que ofrece como propuesta.

2. — La propuesta de acuerdo no puede consistir en diferir el pago sin fecha, o sea, a época indeterminada; y que tampoco puede quedar su cumplimiento condicionado a actos de terceros, ya que la voluntad de los acreedores y la decisión jurisdiccional homologatoria del acuerdo aprobado deben ser en sí mismas suficientes para constituir un acto perfeccionado y concluido, no siendo admisible un acto claudicante, en el sentido de depender sus posibilidades de aquel cumplimiento.
3. — La obtención de las conformidades requeridas por la ley es una condición necesaria, pero no suficiente, para la homologación de la propuesta, con más razón cuando esa homologación tendrá la virtualidad de extenderla a todos los acreedores alcanzados por la propuesta.
4. — No se está cuestionando el derecho de la empresa a concursarse y ofrecer una propuesta concordataria, pero, en su funcionalidad, la aspiración puesta en evidencia por parte de la deudora de que el sacrificio económico comprometido pueda recaer exclusivamente en los acreedores involucrados afecta su finalidad social, el móvil perseguido y consecuentemente el fin de la norma, para lo que es reconocida.

**JNCom. Nro. 3, 13/04/2021. - Isolux Ingeniería SA, Sucursal Argentina s/ concurso preventivo.**

[Cita on line: [TRLALEYAR/JUR/54276/2021](https://www.trialeys.com.ar/jur/54276/2021)]

**COSTAS**

Según el art. 343.

9799/2018

**1ª Instancia.** - Buenos Aires, abril 13 de 2021.*Visto:*

1.1. En atención al estado de autos correspondiente a pronunciar en los términos del art. 52 de la LCQ.

Dicha estructura normativa le da un mandato insoslayable al juez que se convierte en piedra angular, en pauta de interpretación del enfoque y del análisis jurídico que se exige frente a la necesidad de considerar la homologación de una propuesta: “en ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley” (art. 52 inc. 4 de la LCQ).

Ciertamente, frente a los principios contenidos en los arts. 10 y 12 del Cód. Civ. y Comercial, su previsión parece sobreabundar, pues siempre el juez ha de velar por el ejercicio regular de los derechos, pero, con independencia de ello, su expresa inclusión contempla en este particular ámbito, un aspecto espacial a tener en cuenta: por sobre cuestiones formales o procesales “[e]n ningún caso...”, se podrá prescindir de su tratamiento.

Por otra parte, en cuanto a sus posibilidades de análisis, aquella previsión normativa no se agota en la evaluación exclusiva y excluyente del contenido de una propuesta dada; también alcanza a todos los aspectos que aun siendo ajenos a ella en su estricta percepción, resultan necesarios para prevenir la consecución de actos que avancen sobre el derecho de los acreedores concurrentes, pues son ellos los que van a ser alcanzados por la oferta de cancelación de pasivos presentado por la concursada deudora.

1.2. En los términos del artículo 43 de la LCQ la concursada presentó su propuesta de acuerdo que consiste esencialmente en “[l]a constitución de un fideicomiso que tendrá como activo y función la administración, cobro y distribución del producido del Reclamo, con el propósito de cancelar el 100 % (cien por ciento) del monto nominal en pesos de los créditos quirografarios verificados o declarados admisibles que integran la categoría quirografarios, en los términos

y condiciones que seguidamente se exponen...” (apartado III de fs. 7020/6).

1.3. El “reclamo” al que alude la concursada es una “...demanda judicial [promovida por la concursada, en la que] reclama al Estado Argentino el pago de sumas adeudadas con origen en facturas emitidas impagas, certificados de avance no aprobados, mayores costos por la extensión del plazo de Obra [la construcción, bajo la modalidad llave en mano, de una central termoeléctrica a carbón a instalarse en la Ciudad de Río Turbio, Provincia de Santa Cruz-ver apartado II.2. primer párrafo] y por gastos desde la paralización de la Obra hasta la toma de posesión del Estado Argentino y por bienes de propiedad de la contratista que se encuentran en la Obra. El Reclamo tramita actualmente por ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 2, Secretaría N° 3 (expediente N° 71.473/2018)” (apartado II.2 de fs. 7020/6).

“La concursada ha interpuesto un reclamo por el 91% de la participación que le corresponde en la UT Río Turbio. Los montos totales exigidos al Estado Nacional por la UT en su conjunto alcanzan (...) a la suma de \$7.649.267.529, [de ese monto] “...el porcentaje correspondiente a la concursada 91 % [es de] \$6.960.833.451. Como se notará, frente a un pasivo verificado y declarado admisible a la fecha que alcanza a casi seiscientos millones de pesos (...) el Reclamo alcanza para abonar el pasivo y los gastos del Reclamo y de la concursada aún en el caso en que se rechace una porción de los rubros que integran el Reclamo. En razón de ello, la concursada aportará al fideicomiso la porción del cincuenta por ciento del Reclamo...” (apartado II.3. de fs. 7020/6).

Los demás términos y condiciones que propone la concursada en su propuesta de acuerdo, están detallados en dicho escrito y a su contenido me remito.

1.4. El 03/09/2019 la sindicatura se expidió acerca del contenido de la propuesta de acuerdo (fs. 7126/8).

2.1. En lo medular, la propuesta de acuerdo que formuló la concursada consiste exclusivamente en que pagará, con intervención del

agente fiduciario, a los acreedores cuyos créditos han sido declarados verificados o admisibles, aquel monto de dinero que pudiera resultar susceptible de ser distribuido en caso de admitirse total o parcialmente una demanda judicial que promovió junto con la Unión Transitoria Río Turbio contra el Estado argentino y que tramita ante un tribunal nacional (demanda que el Estado Nacional aún no contestó, según informó la concursada en el apartado II.4.).

2.2. La referida propuesta está sujeta a una condición: que prospere la demanda judicial que promovió contra el Estado Nacional.

Según el artículo 343 del Cód. Civ. y Com., “se denomina condición a la cláusula de los actos jurídicos por la cual las partes subordinan su plena eficacia o resolución a un hecho futuro e incierto”.

La condición es un acontecimiento futuro e incierto, que aún no se ha verificado y que se ignora si llegará a verificarse (1).

Es un elemento accidental del acto jurídico, por lo que no se presume su existencia. El acontecimiento que constituye la condición del acto jurídico debe reunir, de acuerdo con el art. 343, dos caracteres particulares: debe ser un hecho futuro e incierto.

Respecto de la incertidumbre señalaré que este es el carácter esencial de la condición; debe tratarse de un hecho que puede o no ocurrir, y dependerá de esa circunstancia el acaecimiento de los efectos contemplados en aquel acto jurídico.

Por su parte, la exigencia de que se trate de un acontecimiento futuro está vinculada con la incertidumbre que es de la esencia de la condición, porque si se tratara de un hecho pasado o presente no habría incertidumbre.

He de señalar también que la condición será suspensiva cuando queda supeditada la adquisición del derecho a la realización del hecho previsto y, en este caso, la obligación condicional es de eficacia pendiente por cuanto el nexa deviene perfecto recién cuando el hecho acae.

De acuerdo con ello, los contratos no entran en vigor hasta que se cumple la condición y las partes no traban relaciones en firme hasta entonces.

En otras palabras, la condición suspensiva supedita el nacimiento del negocio jurídico al acaecimiento de un hecho futuro e incierto, que no depende de la voluntad de las partes (2).

2.3. Ahora bien, si el art. 43 de la LCQ expresamente prohíbe que la propuesta consista en una prestación que dependa de la voluntad del deudor, es decir que subordine el cumplimiento a la decisión de una de las partes, tampoco puede aceptarse una propuesta que dependa, como en este caso, del hipotético alcance de una sentencia judicial, pues, aun desde lo formal, el propio desarrollo del juicio depende efectivamente de la voluntad del deudor y de las posibilidades que permita el desarrollo del juicio dentro de la estructura fiduciaria prevista en la propuesta.

Hago notar al respecto, que es la propia concursada quien refirió a las dificultades, avatares y complejidad del juicio que ofrece como propuesta, cuando señala que “[s]abido es que la tramitación de este litigio en esta jurisdicción local, conlleva entre diez y quince años de duración. La misma debería ser llevada a cabo por la concursada, necesitando contar con la documentación, informes, antecedentes, asesores, técnicos contadores, demás involucrados para que el reclamo por su magnitud, tenga todas las posibilidades de éxito que su historia amerita” (fs. 7022).

Pese a destacar todo ello, Isolux no ha manifestado en ningún momento contar con fondos suficientes para aportar al fideicomiso y afrontar, de esa forma, los costos de esta demanda. Tampoco indicó la estrategia que desarrollará para proveerse de la estructura jurídica necesaria que requerirá su desarrollo, mucho más si se opta, como se insinúa, por la jurisdicción internacional de solución de controversias.

Es decir que en el caso estaríamos frente a una propuesta que no se sabe a ciencia cierta cuándo o cómo se va a pagar, o peor aún, que en sus propios términos es posible que no se pague nunca.

Sobre el punto, autorizada doctrina ha destacado que la propuesta de acuerdo no puede consistir en diferir el pago sin fecha, o sea, a época indeterminada y que tampoco puede quedar su cumplimiento condicionado a actos de terceros, ya que la voluntad de los acreedores y la decisión jurisdiccional homologatoria del acuerdo aprobado deben ser en sí mismas suficientes para constituir un acto perfeccionado y concluido, no siendo admisible un acto claudicante —en el sentido de depender sus posibilidades de cumplimiento de otros actos de terceros— (3).

2.4. No dejo de observar que la concursada ha alcanzado las mayorías requeridas por el art. 45 de la LCQ al obtener la adhesión del 68,88 % del capital computable y el 51,28 % de los acreedores que conforman el pasivo a ponderar en esta instancia (ver por ejemplo las adhesiones presentadas en fs. 7982/4 y fs. 8038/8101 entre otras) pero, como he señalado desde la doctrina, la obtención de las conformidades requeridas por la ley es una condición necesaria pero no suficiente para la homologación de la propuesta, con más razón cuando esa homologación tendrá la virtualidad de extenderla a todos los acreedores alcanzados por la propuesta (5).

2.5. En un apartado anterior, hice referencia a que el Juez es hoy parte fundamental en el proceso concursal; no resulta un mero controlador de su corrección formal ya que tiene facultades para evaluar la pertinencia del acuerdo y para evitar que se constituya un abuso contra los acreedores.

Esto es así porque dicho procedimiento no está instituido en exclusivo beneficio del deudor, sino también de los acreedores y del comercio en general y todos esos intereses reciben amparo legal, porque también resultan afectados por el procedimiento.

Se sigue de ello, que no me encuentro obligado a homologar un acuerdo porque las mayorías hayan sido alcanzadas, pues conservo en todos los casos la potestad de realizar un control sustancial de la propuesta, en todos aquellos supuestos en los que el acuerdo pudiera afectar los bienes que deben tutelarse, atendiendo al orden jurídico en su totalidad. Mucho más cuando se ha entendido que la terminología que emplea

el art. 52 inc. 4° de la LCQ, constituye un estándar cuya valoración debe ser realizada en el caso concreto y esa facultad conduce a estimar la relatividad de la imposición de la homologación que prevén los incisos 1 y 2 a) del art. 52 de la LCQ, que deberá pasar por el tamiz que contempla el inc. 4° (6).

Juegan aquí y dentro del marco concursal en el que transitamos, principios propios que se han ido moldeando con el fin de restablecer cierto equilibrio entre los involucrados y en el que el Estado no es un tercero ajeno, sino el llamado a resolver el conflicto en el marco de la justicia distributiva que como decía Abelardo F. Rossi, es una forma de justicia superior y por naturaleza anterior a la conmutativa pues se coloca por encima de los intereses particulares procurando un debido reparto de bienes y valores (7).

2.6. Dentro del contexto expuesto en el apartado anterior, además de la observación que efectué en el apartado 2.3, resulta también insoslayable señalar que, en la propuesta formulada, su homologación y la constitución del fideicomiso dentro de los 60 días desde que haya quedado firme aquella “procediéndose a la registración en los registros correspondientes (art. 1669 Cód. Civ. y Comercial) se tendrá por cumplida la propuesta concursal, desinteresados los acreedores concursales para con la Concursada, no teniendo los acreedores ningún otro reclamo que formular a la concursada” (v. apartados II.6 y III.7 de fs. 7022 vta.).

Va de suyo entonces que, para la concursada de homologarse la propuesta, su estado de cesación de pagos quedaría superado con la aceptación mayoritaria de la oferta del juicio en trámite, juicio que a la fecha resulta incierto aleatorio y que, de acuerdo con la última información suministrada por ella, se encuentra en estado embrionario, no habiéndose aún contestado siquiera la demanda.

Ello permite concluir: a) en la precariedad de la materialización de la propuesta; b) en su abusividad, ya que cualquiera que fuese el resultado del juicio involucrado, la deudora licuaría el 100 % del pasivo verificado o declarado admisible (que según dice asciende a cerca de setecientos millones, aunque la sindicatura alude a otro número en el informe general), sin pagar un solo

peso y le posibilitaría volver a desarrollar su sensible actividad en el sector de la obra pública o privada, pues el cumplimiento de la propuesta a la que aludí en párrafos anteriores, aunado a la pretensión de la vigencia de su “...existencia societaria y [de] todos los registros necesarios a tal efecto” (ver fs. 7024 vta.), borraría su situación de insolvencia.

Quiero dejar aclarado que la configuración de un ejercicio abusivo del derecho presupone, obviamente, la existencia de un derecho en cabeza de quien incurre en esa conducta, pues la esencia del abuso está precisamente en cómo se lo ejercita.

Desde tal óptica deben considerarse los fines y valores que justifican su razón de ser, porque cada derecho tiene su espíritu, su objeto, su finalidad y quien quiera apartarse de su misión social comete una falta, una sin razón en su ejercicio susceptible de comprometer su responsabilidad.

Es decir que no está aquí cuestionado el derecho de Isolux a concursarse y ofrecer una propuesta concordataria, pero, en su funcionalidad, la aspiración puesta en evidencia por parte de la deudora de que el sacrificio económico comprometido pueda recaer exclusivamente en los acreedores involucrados, afecta su finalidad social, el móvil perseguido y consecuentemente el fin de la norma para lo que es reconocida (8).

He de recordar que el proceso concursal importa por esencia, distribución de sacrificios para dejar atrás una crisis económica o financiera que agobia un patrimonio insolvente, pero en ningún caso ese sacrificio debe (o verosímilmente puede, como en el caso), impactar solo en los acreedores, pues la posibilidad de que ello ocurra lo descalifica como trámite idóneo para plasmar una solución de justicia que el Poder Judicial, como garante del buen funcionamiento del orden público concursal, debe procurar.

Una solución diferente importaría relegar la función de la jurisdicción a un simple rol accesorio y circunstancial de simple moderador de las consecuencias derivadas del incumplimiento generalizado que, a no dudarlo, se produci-

ría si diera judicial homologación a la propuesta que es sometida a mi consideración.

Todo ello coadyuva al rechazo de la propuesta formulada.

3. No soslayo en mi análisis, la consideración de los efectos que puedan derivarse de la conclusión alcanzada en el apartado anterior, fundamentalmente bajo la óptica que contempla el inciso 2° b) iv. del art. 52 de la LCQ.

Destaco en primer lugar que Isolux es una estructura societaria (sucursal de una sociedad extranjera), que no tiene en la actualidad ninguna actividad económica (ver fs. 6458/6467), ni cuenta con bienes inmuebles de su propiedad, teniendo solamente bienes muebles registrables (automotores y maquinarias individualizados en fs. 6492/6507).

Es decir que no parece posible que con el desarrollo de su giro económico pueda encontrar opciones viables para superar la cesación de pagos que le alcanza; tampoco participa ni se le debe reconocer una actividad a la que se le pueda atribuir un rol estratégico en el desarrollo económico de una comunidad o que directamente pueda ser considerada como dador de empleo, habida cuenta que en la actualidad ello no existe (conforme surge de los informes mensuales presentados por la sindicatura que dan cuenta de los pocos empleados que tiene a la fecha, y que se encuentran exclusivamente dedicados a tareas administrativas).

Ciertamente ello tampoco fue previsto como alternativa por parte de la deudora, a punto tal que como ya destaque, de homologarse la propuesta los acreedores no cuentan con la posibilidad de efectuarle ningún otro reclamo (ver punto III.7 de fs. 7024).

No advierto entonces la conveniencia de homologar una propuesta que carece de una razón axiológica (valorativa) para su procedencia y que no está concebida para satisfacer a los acreedores, sino diseñada fundamentalmente para poder superar sin costo actual, el estado de cesación de pagos que la agobia.

Podría pensarse, como hipótesis de trabajo, que Isolux está en mejores condiciones econó-

micas para llevar a cabo aquella reclamación, pues podría sostener económicamente un procedimiento extenso y costoso.

No me parece y lo actuado en el expediente no me persuade de lo contrario pues, como ya señalé, la deudora ha omitido en todo momento expresarse sobre quién garantizaría la continuidad de aquel costoso proceso.

En este marco, estimo que la sindicatura podrá hacerse cargo, con similar eficacia, de la defensa de los intereses aquí comprometidos, reemplazando a la deudora en su legitimación activa; con más razón, cuando a todo evento, nada impediría que aún declarada su insolvencia, Isolux coadyuve a la defensa de sus intereses y participe activamente en pos de recuperar créditos que son, en su estimación, casi diez veces lo que debe y que le permitiría, si se dan las proyecciones favorables que ha establecido, la conclusión de una quiebra por uno de los modos anormales que prevé la ley (conf. arts. 102, 110 y 228 de la LCQ).

Como consecuencia de todo lo expuesto resuelvo: 1. Rechazar la propuesta de acuerdo preventivo presentada por la concursada. 2. Notifíquese por Secretaría a la concursada y a la sindicatura. 3. Firme que se encuentre la presente decisión, vuelvan los autos a sus efectos. — *Santiago Cappagli. — Jorge S. Sícoli.*

(1) Conf. MESSINEO, Francesco, “Manual de Derecho Civil y Comercial”, t. II, trad. de Santiago, Sentís Melendo, Bs. As, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1979, p. 460.

(2) Conf. CONTE-GRAND, Julio en SÁNCHEZ HERRERO, Andrés (dir.) y SÁNCHEZ HERRERO, Pedro (coord.) “Tratado de derecho civil y comercial”, t. I, 2° edición, Bs. As., LA LEY, 2018, ps. 814/5 y las notas al pie números 205, 206, 208 y 209.

(3) Conf. HEREDIA, Pablo, D., “Tratado Exegético de Derecho Concursal”, t. II, Ed. Ábaco, Bs. As., 2000, ps. 58/9. En la misma línea, en un libro de reciente publicación, puede verse DI LELIA, Nicolás, J., “Régimen concursal preventivo”, t. II, Ed. Bibliotex, San Miguel de Tucumán, 2020, p. 112.

(4) Conf. CHOMER, Héctor O. y SÍCOLI, Jorge S., “Ley de concursos y quiebras 24.522”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 127.

(5) Conf. CNCom. Sala F, 29/11/2011 *in re* “Bendow Argentina SA s/ conc. prev.” TR LALEY AP/JUR/240/2011.

(6) Conf. JUNYENT BAS, Francisco y MOLINA SANDOVAL, Carlos, “El informe general del síndico y las nuevas facultades del juez”, ED, 198-676.

(7) ROSSI, Abelardo, F., “Aproximación a la justicia y a la equidad”, Bs. As., 2000, ps. 21/22.

(8) Ver en este sentido ALTERINI, Jorge y ALTERINI, Ignacio, “Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético”, t. 1, 2° Ed., Bs. As., Ed. La Ley, 2016, p. 89.