

Doctrina

Writ of Mandamus o acción de cumplimiento en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Análisis del caso "Etcheverry"



Patricio Maraniello

Juez Federal Civil y Comercial de la Capital Federal. Presidente de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional. Vicepresidente General de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Director del Posgrado Intensivo en Derecho Constitucional Judicial en la Facultad de Derecho (UBA). Profesor Titular (UB y Univ. Maimónides). Personalidad Destacada de las Ciencias Jurídicas declarada por la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires con fecha 11/03/2021.

SUMARIO: I. Introducción. — II. Antecedentes en el Derecho comparado. — III. Regulación en las provincias argentinas. — IV. Caso "Etcheverry" de la Corte Suprema. — V. Creación del *mandamus* legal o acción de cumplimiento. — VI. A modo de reflexión.

I. Introducción

Más modernamente, el *mandamus* o acción de cumplimiento, como se lo conoce en América latina (p. ej.: Colombia), implica la posibilidad de obtener una orden judicial para obligar, generalmente a una autoridad, a que cumpla con su obligación establecida claramente en la ley (1).

El *mandamus* o acción de cumplimiento surge de los *writs* angloamericanos, donde se derivan los *writ of mandamus* y el *injunction*. La primera es una potestad para solicitar a un empleado o funcionario de los Estados Unidos o a cualquiera de sus agencias ejecutar una obligación debida al demandante. Por su parte el *injunction* es una orden expedida por una Corte de contenido perentorio que obliga, generalmente, a cesar un agravio o un perjuicio.

En nuestro país, si bien existen regulaciones en constituciones provinciales, no sucede de igual modo en nuestra Constitución Nacional, aunque podemos decir que es una derivación de la aplicación del art. 99 inc. 2, donde establece las facultades instructorias y reglamentarias del Poder Ejecutivo sobre la ejecución de leyes de la nación.

La Corte Suprema de Justicia, en su jurisprudencia, ha analizado dicho artículo, pero nunca expresamente desde un *Writ of*

Mandamus o Acción de Cumplimiento. Así, hasta llegar al caso "Etcheverry", que resulta importante para analizar el alcance de tan significativa herramienta constitucional.

II. Antecedentes en el Derecho comparado

II.1. Derecho anglosajón

Su origen lo encontramos en el Derecho de referencia, particularmente en la institución del *writ of mandamus*. Citando a William Blackstone, se entiende como una orden que se da en nombre del Rey por parte de un tribunal del Reino, que se dirige a cualquier persona, corporación o tribunal inferior dentro de la jurisdicción real, requiriéndole hacer alguna cosa en particular que corresponda a su oficina y atribuciones (2).

II.2. EE.UU.

Uno de los *mandamus* más conocidos en la historia de la Justicia Constitucional, fue sin duda el caso "Marbury vs. Madison" de 1803 de la Corte Suprema de los EE. UU. Recordemos que, hacia febrero del año 1801, el Presidente John Adams, de extracción federalista, estaba por concluir su mandato. El Congreso autorizó al Ejecutivo a nombrar jueces de paz para el Distrito de Columbia (la Capital de los Estados Unidos). Así, el Presidente saliente aceleró las designaciones antes que jurara su sucesor

Thomas Jefferson, del partido demócrata-republicano, lo que se denominó "los nombramientos de medianoche".

Llegado el momento de transferencia del poder, a comienzos del mes de marzo, no se había alcanzado a despachar el nombramiento del Sr. William Marbury. El perjudicado solicitó entonces el nombramiento al nuevo Secretario de Estado, James Madison. Frente a su negativa, Marbury interpuso una acción de "mandamiento judicial" ("*mandamus*") ante la Corte Suprema de Justicia de EE. UU.

Ese precedente no solo dio nacimiento al control de constitucionalidad difuso, a la inconstitucionalidad de oficio, sino también a los "*Writ of Mandamus*".

En la actualidad, la acción de cumplimiento es una herramienta jurídica sustancial codificada por la Asamblea nacional constituyente, cuyo único fin es la efectividad de la ley y de los actos administrativos. El "*Writ of Mandamus*" se encuentra consagrado en el art. 1631 del Código Judicial de los Estados Unidos, como la potestad establecida de las Cortes del Distrito para constreñir, en el buen sentido de la palabra, a un empleado o funcionario de los Estados Unidos o a cualquiera de sus agencias a ejecutar una obligación debida al demandante. Por su parte el *injunction* es una orden expedida por una Corte de contenido

perentorio que obliga a alguien a hacer o a cesar un agravio o un perjuicio. Como recurso el *injunction* se caracteriza, porque permite prestar toda la atención en el mérito del caso con un mínimo de tecnicismo procesal.

II.3. Brasil

En Brasil existe el denominado "*mandado de injunção*" y se encuentra regulado del siguiente modo en el art. 5º, inc. LXXI de la Constitución de 1988:

"...el mandado de injunção se dicta siempre que a falta de norma reglamentaria se tornen inviáveis el ejercicio de los derechos o libertades constitucionales..."

La doctrina lo ha catalogado como una acción sumaria especial garantizadora de los derechos básicos con aspectos similares al amparo, aunque con carácter más restrictivo, subsidiaria, procedente cuando la ausencia de normas reglamentarias obsta al ejercicio de los derechos constitucionales (3).

Al respecto resulta necesario diferenciarlo de los *writs* angloamericanos que son dos: el *writ of injunction* y el *writ of mandamus*; el primero es un mandamiento de prohibición (*injunction*), de no hacer; mientras que el segundo es un mandamiento de ejecución (*mandamus*): que sí haga.

Dicho ello, resulta impropia la denominación "*mandado de injunção*", pues el término *injunção*, que deriva del derecho an-

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Introducción al estudio procesal comparativo de la protección interna de los de-

rechos humanos", UNAM, México, 1974, p. 199.

(2) BLACKSTONE, William: "Commentaries on the law of England", Ed. Príncipe de 1765, 1769, vol. I. The Univer-

sity of Chicago Press, Chicago, 1979, p. 72.

(3) DIOMAR, Acker Filho, "Mandado de Injunção" en *Revista dos Tribunais*, vol. 628, febrero de 1988, p. 423.

Nota a fallo

Ocupación de terrenos fiscales

Usurpación por despojo. Requisitos. Atipicidad. Situación de crisis habitacional. Plan de urbanización. Derecho a una vivienda digna. Archivo de la causa.

JFed. Crim. y Correc. Nro. 1, La Plata, 31/03/2022. - N. N. s/ Usurpación (Art. 181 Inc. 1).

3

Derecho a la vivienda digna, ocupaciones y derecho penal

Gustavo E. Aboso

Jurisprudencia

Horas extra

Falta de prueba. Valoración de los testimonios CNTrab., sala VIII, 11/04/2022. - Albornoz, David Gustavo

Martín c. Gravent S. A. y otro s/ Despido.

5

Aporte solidario y extraordinario para ayudar a morigerar los efectos de la pandemia

Medida cautelar de no innovar tendiente a ordenar a la AFIP que se abstenga de reclamar el aporte. Alegación de confiscatoriedad. Informe contable. Prueba insuficiente. CFed. Mendoza, sala A, 07/04/2022. - Angulo, Juan Carlos c. ENA- AFIP- DGI s/ Inc. de medida cautelar.

7

glosajón *injunction* significa “prohibición judicial”. En cambio, sería más apropiado el *writ of mandamus*, que es una orden dirigida a una autoridad pública para que cumpla un deber impuesto legalmente, para cuyo ejercicio no existe una norma reglamentaria.

II.4. Colombia

En Colombia se encuentra regulado constitucionalmente en el art. 87, con el fin de otorgarle a personas, bien sean naturales o jurídicas, la posibilidad de acudir ante la jurisdicción para exigir el cumplimiento de un deber que surge en virtud de una ley o de un acto administrativo y que no está siendo observado.

En el año 1997 se dictó la ley reglamentaria de la Acción de Cumplimiento. El art. 9 de dicha ley establece la improcedibilidad de esta acción para la protección de derechos que puedan ser garantizados mediante la Acción de Tutela —*amparo*, para nuestro país—. En estos eventos, el juez le dará a la solicitud el trámite correspondiente al derecho de Tutela.

Tampoco procederá cuando el afectado tenga o haya tenido otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento de la norma o Acto Administrativo, salvo que, de no proceder el juez, se siga un perjuicio grave e inminente para el accionante.

Finalmente, otra imposibilidad legal a esta acción la tenemos frente al cumplimiento de normas que establezcan gastos.

III. Regulación en las provincias argentinas

III.1. Río Negro

La Constitución de Río Negro en su art. 44 consagra expresamente el mandamiento de ejecución en los siguientes términos: “*Para el caso de que esta Constitución, una ley, decreto, ordenanza o resolución imponga a un funcionario o ente público administrativo un deber concreto, toda persona cuyo derecho resultare afectado por su incumplimiento puede demandar ante la justicia competente la ejecución inmediata de los actos que el funcionario o ente público administrativo hubiere rehusado cumplir. El juez, previa comprobación sumaria de los hechos denunciados, libra un mandamiento y exige el cumplimiento inmediato del deber omitido.*”

Por su parte el art. 207, inc. 2º dispone que “*el Tribunal Superior ejerce jurisdicción originaria y exclusiva en los siguientes casos [...]. En las acciones por incumplimiento en el dictado de una norma que impone un deber concreto al Estado Provincial o a los municipios, la demanda puede ser ejercida —exenta de cargos fiscales— por quien se sienta afectado en su derecho individual o colectivo. El Superior Tribunal de Justicia fija el plazo para que se subsane la omisión. En el supuesto de incumplimiento, integra el orden normativo resolviendo el caso con efecto limitado al mismo y, de no ser posible, determina el monto del resarcimiento a cargo del Estado conforme al perjuicio indemnizable que se acredite.*”

En el caso *Robles de Giovannini Modesta s/ mandamus* (expte. nro. 7623/1989, fallado en 1991) el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia, fijó algunas pautas. Consideró que la previsión hecha en el art. 207, inc. 2º, ap. D, es una de las formas de la acción de inconstitucionalidad (por mora) y se circunscribe a la hipótesis de que el Estado provincial o los municipios omitan cumplir la obligación de dictar una norma que impone un deber concreto a dichos órganos. Se patentizan las diferencias entre tal acción y el *mandamus*, pues en la primera el sujeto

pasivo es el Estado provincial o los municipios; en el *mandamus* es todo funcionario o ente público administrativo al que se le ha impuesto un deber concreto por cumplir; el objeto de la acción es el dictado de una norma que marca dicho deber al Estado provincial o a los municipios; en el *mandamus* es el cumplimiento por parte del funcionario o ente administrativo del deber impuesto por la Constitución, la ley, decreto, ordenanza o resolución.

En el caso se rechazó la acción que perseguía que el Poder Ejecutivo reglamentara una ley, atento a que no había tal obligación para este al haberse delegado la facultad reglamentaria a un Ente público no estatal. Debe recordarse que solo pueden ser objeto de la acción de inconstitucionalidad por omisión el Estado provincial o los municipios (4).

III.2. Chubut

En la Constitución de la Provincia del Chubut existen dos tipos de mandamiento o *mandamus*, el mandamiento de ejecución y el de prohibición.

El mandamiento de ejecución está regulado en el art. 58 y allí se establece que: “*Cuando una norma imponga a un funcionario o autoridad pública un deber expresamente determinado, todo aquel en cuyo interés debe ejecutarse el acto o que sufra perjuicio material, moral o político, por falta del cumplimiento del deber, puede demandar ante el juez competente su ejecución inmediata y el juez, previa comprobación sumaria de la obligación legal y del derecho del reclamante, dirige al funcionario o autoridad pública un mandamiento de ejecución.*”

Mientras que el mandamiento de prohibición se encuentra establecido en el art. 59 del siguiente modo: “*Si un funcionario o autoridad pública ejecuta actos expresamente prohibidos por las normas, el perjudicado puede requerir del juez competente, por procedimiento sumario, un mandamiento prohibitivo dirigido al funcionario o autoridad pública.*”

III.3. Entre Ríos

Luego de la reforma constitucional del 2008, se ha incorporado el art. 62, que resulta un *mandamus* más específico con una interesante regulación. En dicho artículo se establece que “*...si esta Constitución, una ley o una ordenanza dictadas en su consecuencia, otorgasen algún derecho que dependiera para su concreción de una ulterior reglamentación y esta no se dictara dentro del año de la sanción de la norma que la impone, el interesado podrá demandar ante el Superior Tribunal de Justicia la condena de la autoridad renuente, a dictar la norma omitida. Ante el incumplimiento del obligado, el tribunal integrará la misma o, de ser esto imposible ordenará, si correspondiere la indemnización al demandante del daño resarcible que sumariamente acredite.*”

Continúa en el párrafo siguiente: “*Si la autoridad omitiere un deber constitucional indispensable para el regular funcionamiento del Estado, cualquier legitimado por la ley podrá, por la vía prevista en el apartado anterior, se condene al funcionario remiso a cumplir la conducta debida o a que, en su defecto, la realice directamente el tribunal.*”

III.4. Ciudad de Buenos Aires

Por su parte, el art. 10 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires también definiendo la operatividad de todos los derechos, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, las leyes de la Nación y los Tratados internacionales ratificados y que se ratifiquen, los que no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de

su reglamentación, y esta no puede cercearlos.

Aquí encontramos una operatividad general constitucional sin excepciones, obligando a los poderes del Estado a cumplir con todos los derechos allí reconocidos sin la mínima posibilidad de exceptuarse por ningún motivo.

IV. Caso “Etcheverry” de la Corte Suprema

IV.1. Hechos

Los actores, en su condición de trabajadores con hijos en edad de concurrir a guarderías cuyos lugares de trabajo no contaban con ellas, junto con una ONG, interpusieron acción de amparo y requirieron que se subsanara la inconstitucionalidad por omisión reglamentaria del art. 179 de la ley 20.744 de Contrato de Trabajo en cuanto establece que “(e)n los establecimientos donde preste servicios el número mínimo de trabajadoras que determine la reglamentación, el empleador deberá habilitar salas maternas y guarderías para niños hasta la edad y en las condiciones que oportunamente se establezcan”.

La Cámara consideró que, en los términos del art. 99, inc. 2, de la Constitución Nacional, la omisión reglamentaria era manifiesta. Por ello, hizo lugar a lo peticionado y ordenó al Poder Ejecutivo Nacional reglamentar, en el plazo de noventa días hábiles, el artículo citado.

Contra esa decisión, la demandada interpuso recurso extraordinario que fue denegado y motivó la correspondiente queja.

IV.2. Sentencia

La Corte, por unanimidad, a través de un voto concurrente de los jueces Rosenkrantz y Highton de Nolasco, otro de los jueces Maqueda y Lorenzetti y uno del juez Rosatti, hizo lugar a la queja y declaró admisible el recurso extraordinario y confirmó la sentencia apelada.

Los jueces Rosenkrantz y Highton de Nolasco, en su voto, señalaron que la falta de reglamentación por parte del Poder Ejecutivo del art. 179 citado conducía en la práctica a privar de efectos jurídicos a la disposición y, de ese modo, relegaba el cumplimiento de la obligación de los empleadores e impedía el ejercicio de un derecho concreto de los trabajadores de acceder a un servicio de apoyo en sus tareas de cuidado familiar.

Así, se configuraba en el caso una omisión de autoridad pública frente a un claro mandato legislativo que exigía la reglamentación y que había sido desoído por un tiempo irrazonable, en franca violación del deber establecido en el art. 99, inc. 2, de la Constitución Nacional.

Por su parte, los jueces Maqueda y Lorenzetti, en primer lugar, consideraron que no era admisible el argumento de la demandada en cuanto a que el amparo no podía prosperar debido al tiempo transcurrido, ya que la propia configuración de una omisión constitucionalmente relevante exige, en general y entre otras condiciones, el transcurso de un plazo razonable.

Luego, en cuanto al derecho frustrado por la falta de reglamentación, señalaron que, dentro del marco general del derecho a la “protección integral de la familia” consagrado por el art. 14 bis de la Constitución Nacional, incumbe al Estado garantizar, por un lado, una igualdad real de oportunidades para las personas con responsabilidades familiares y, por el otro, el cuidado adecuado de los niños cuyos padres trabajan.

En ese sentido destacaron que resultaban aplicables al caso distintos tratados interna-

cionales de rango constitucional, tales como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención sobre los Derechos del Niño. Sostuvieron que, en efecto, con el dictado del art. 179 de la LCT el Poder Legislativo había dado cumplimiento a un mandato constitucional; y la falta de reglamentación durante cuarenta y siete años planteaba claramente un problema de operatividad del derecho de los actores consagrado por el marco normativo señalado.

Explicaron que la Constitución Nacional se vulnera tanto cuando se hace lo que ella prohíbe como cuando no se hace lo que ella manda; y que en el caso la falta de reglamentación era la causa que impedía el ejercicio del derecho, porque no había otro modo de obtener su satisfacción.

Con relación a ello, recordaron que le corresponde al Poder Judicial buscar los caminos que permitan garantizar la eficacia de los derechos y evitar que estos sean vulnerados; y que ello no debe verse como una intromisión indebida de los jueces, cuando se trata de tender a tutelar derechos o suplir omisiones en la medida que dichos derechos puedan estar lesionados.

Concluyeron así que deben ser respetados los ámbitos de discrecionalidad del Poder Ejecutivo, con un límite, es decir, que se configure una omisión durante un tiempo irrazonable que torne ilusoria alguna cláusula de la Constitución. Advirtieron que, más allá del tenor literal de las disposiciones del art. 179 de la LCT, la reglamentación que el Poder Ejecutivo debía dictar no solo debería tomar en cuenta las necesidades de las trabajadoras con responsabilidades familiares, sino también las de los trabajadores con idénticas responsabilidades.

Por último, el juez Rosatti señaló que la recta interpretación de la cláusula constitucional relativa a la protección integral de la familia requiere la específica ponderación del principio de trato igualitario de los integrantes primarios de dicho núcleo social y que la regulación de la asistencia al cuidado familiar es abordada como una vía dirigida a la equiparación de las responsabilidades y a la igualdad real de oportunidades y de trato de las mujeres en el ámbito del trabajo. Remarcó que la preferente tutela constitucional de mujeres y niños, y el amparo que el Convenio 156 de la Organización Internacional del Trabajo otorga a los trabajadores para el ejercicio de las responsabilidades familiares y el desarrollo de su proyecto de vida invalida todo límite que se pretenda imponer al efectivo goce de sus derechos.

Consideró asimismo que conforme la normativa constitucional y suprallegal aplicable era necesario superar los estereotipos de género que una lectura literal del art. 179 podía abonar. Es que admitir la formulación legal sancionada en 1974, destinada a una sociedad y un tiempo sustancialmente distinto al actual, como una limitación o impedimento —basado en el sexo y/o en el género— importaría consagrar una inteligencia regresiva y discriminatoria.

V. Creación del *mandamus* legal o acción de cumplimiento

V.1. Su inclusión a partir del caso “Etcheverry”

El tema central que se debe resaltar de este caso “Etcheverry” es el hecho de que el Máximo Tribunal de Justicia de la Nación, expresó que existía en los actuados un claro “mandato legislativo”. Con ello está determinando la existencia a nivel federal del *Writ of Mandamus*, o simplemente el “Mandamus”, que, como dijimos, no está regulado en la Constitución Nacional, pero sí en las Constituciones provinciales.

(4) BAZÁN, Víctor, ob. cit., Temis, p. 78.

V.2. Tipos o clases de *mandamus*

Los *mandamus* o acción de cumplimiento, pueden ser de dos tipos: el constitucional y el legal. El constitucional es el que surge directamente de la Constitución, pero, en nuestro país, este caso es absorbido y ejercido por la inconstitucionalidad por omisión. Por otro lado, tenemos el *mandamus* legal, que es que el surge directamente de la ley; pero si bien las leyes tienen una derivación obligatoria y sistemática de la Constitución, esta se desarrolla en forma directa de la propia ley, de ahí su denominación correcta como *mandamus* legal.

Es muy importante esta distinción, pues estamos frente a una nueva herramienta de la justicia constitucional, los *mandamus*, que pueden ser utilizados para petitionar ante las autoridades judiciales el cumplimiento de una obligación a un claro mandato legal.

V.3. Requisitos formales

Los requisitos formales, para poder utilizar el *mandamus* legal en nuestro país (5), son los siguientes:

1. Claro mandato legal

Se debe configurar, en el caso, una omisión a un claro mandato legislativo que exigía un actuar a través de la reglamentación y ejecución de una ley.

La omisión a un mandato debe ser claro, es decir, debe surgir indubitablemente de la sola lectura de la exigencia legal, sin interpretaciones forzadas; es por ello por lo que el *mandamus* legal debe ser desarrollado en procesos sumarísimos y no ordinarios.

2. Autoridad pública

Dicha omisión debe surgir de una autoridad pública, no de autoridades privadas. Llámase *autoridad pública* a toda autoridad que

está dentro de la órbita del Estado y ejerce funciones de interés público.

3. Plazo razonable

La falta de actuación por parte de la autoridad pública debe darse habiendo transcurrido un plazo razonable. Si bien en el mencionado caso “Etcheverry” fue desoído por un tiempo juzgado irrazonable, consideramos adecuado utilizar para su cuantificación los parámetros que encontramos en los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En el caso “Valle Jaramillo” (6), esa Corte recuerda los cuatro elementos para determinar la razonabilidad del plazo: i) La complejidad del asunto (7); ii) La actividad procesal del interesado (8); iii) La conducta de las autoridades judiciales (9); iv) La afectación generada por la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso (10).

4. Incumplimiento en la ejecución de la ley

Este punto deriva de su regulación constitucional, como lo ha indicado la Corte en el caso “Etcheverry”, es decir, del art. 99 inc. 2 de la Constitución Nacional, donde se exige al Poder Ejecutivo que emita las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación.

Aunque, podemos decir que ello se contradice con el requisito del punto 2, mencionado *ut supra*, sobre la exigencia a toda autoridad pública, pues la imposición constitucional es solamente al Poder Ejecutivo. Pero lo cierto es que debemos fijar nuestra atención en lo esencial de ello, que es la falta de ejecución de leyes; que si bien generalmente le corresponde al Poder Ejecutivo como órgano encargado de dicha función, ello no significa que pueda surgir de otra autoridad pública que deba cumplir con la ley, pues lo cierto es que en los *mandamus* legales o acción de

cumplimiento la obligación exacta y precisa surge de la ley para toda autoridad pública y no solo para el Poder Ejecutivo, como lo indica el art. 99 inc. 2 de la Constitución Nacional.

Es por ello, que el *mandamus* legal, si bien puede tener una primera aproximación en el art. 99 inc. 2, su regulación constitucional surge del art. 33 de la Constitución Nacional. En dicho articulado se establecen las acciones y garantías implícitas que surgen de la soberanía popular, en resguardo del sistema republicano de gobierno.

5. Imposibilidad de alterar el espíritu de la ley.

Si bien al Presidente de la Nación corresponde expedir las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes, ellas deberán realizarse cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias (art. 99 inc. 2, CN). Aquí se tiene en cuenta el principio de *razonabilidad legal*, donde se exige que, en momentos de reglamentar una ley, no puede alterarse su esencia o espíritu, es decir, lo esencial o central donde se apoya toda la estructura legal, sin que su regulación limite o impida su funcionalidad.

VI. A modo de reflexión

La Constitución no es, como se sabe, un catálogo de sugerencias, sino son verdaderas obligaciones, apoyado en lo que se conoce como la fuerza normativa de la Ley Fundamental. Esto exige que, frente a mandatos tanto constitucionales como legislativos concretos, el Poder Judicial deba determinar si existe una violación no solo por acción sino también por omisión de las autoridades públicas, que deben hacer operativas las pautas constitucionales o legales, sin que ese accionar pueda ser considerado como una afectación al principio republicano de división de funciones del Estado.

varado Espinoza vs. México”, *supra*, párr. 250.126.

(7) Evaluar en cada caso en particular cómo fueron los hechos, su dimensión, las pruebas que se debieron y efectivamente se aportaron en el proceso, su complejidad.

(8) Apunta principalmente al proceso penal: si es la parte la que provocó la demora en el juicio, se cae la responsabilidad del Estado. Se evalúa si el comportamiento de la parte fue de activar el trámite en el proceso interno.

Si bien estos mandatos constitucionales encuentran su herramienta de protección dentro de la inconstitucionalidad por omisión, lo cierto que los mandatos legales encuentran su protección en los *Writ of Mandamus*, o acción de cumplimiento, o simplemente los *mandamus*.

Hasta el dictado del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Etcheverry”, aquí analizado, no existía una clara determinación sobre los mandatos legales, que ahora no solo cobran vigencia sino que también constituyen un camino fundamental e indispensable para todos los ciudadanos que encuentran obstáculos en el ejercicio de un derecho emanado de la ley por omisión de alguna autoridad pública, razón por la cual creemos que estamos en presencia de una herramienta fundamental para el ejercicio de la soberanía popular y el bienestar republicano.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/1549/2022

Más información

Litterio, Liliana Hebe, “La reglamentación del art. 179 de la LCT con medio siglo de atraso”, LA LEY 18/04/2022, 1, TR LALEY AR/DOC/1244/2022

Bianchi, Alberto B., La Corte Suprema no es el consejo de estado. A propósito de la consulta del senado, Publicado en: RDA 2020-130, 36, Cita: TR LALEY AR/DOC/2144/2020

Libro recomendado

Constitución de la Nación Argentina

Autora: Gelli, María Angélica

Edición: 2018

Editorial: La Ley

(9) Lo que se conoce como *tiempo muerto del proceso*. Se pone en consideración los aportes dilatorios tanto de las autoridades judiciales como de las autoridades administrativas intervinientes.

(10) El impacto que haya tenido la prisión preventiva o el proceso en la persona sometida: siendo este un parámetro sumamente subjetivo, emocional y psicológico de cada persona.

Nota a fallo

Ocupación de terrenos fiscales

Usurpación por despojo. Requisitos. Atipicidad. Situación de crisis habitacional. Plan de urbanización. Derecho a una vivienda digna. Archivo de la causa.

1. - No caben dudas de que se ha producido el despojo del inmueble de titularidad del Estado Nacional por parte de los ocupantes. No obstante, dicho despojo resulta atípico a la luz de las exigencias del tipo penal de usurpación, pues no se concretó por ninguno de los medios comisivos taxativamente enumerados en esa figura legal. Recuérdese que la acción de despojar solo constituirá delito de usurpación si se ejecuta —en forma excluyente— mediante violencia, amenazas, engaños, abusos de confianza o clandestinidad.
2. - No se ha verificado que los ocupantes hayan empleado como medio para consumir el despojo algún tipo de violencia física o amenaza hacia el personal que custodiaba el predio. Tampoco ello fue si quiera aludido en la denuncia efectuada

por el propio organismo. Por el contrario, se encuentra probado que ingresaron pacíficamente a un predio descampado, sin cerco perimetral y en estado de desuso, un grupo de 40 familias —que luego accedieron a ser identificadas— entre las que se encontraban menores de edad —incluso lactantes—, las que inmediatamente comenzaron a delimitar una parte del terreno con palos, hilos y alambres.

3. - Frente a la intimación policial, los ocupantes se negaron a desalojar el predio y en los días posteriores se registraron actitudes hostiles por parte de grupos minoritarios. No obstante, las amenazas y la violencia deben ser utilizadas como medio para consumir el despojo, siendo irrelevante los actos posteriores a ello.
4. - La propiedad en cuestión era un terreno descampado que carecía de cualquier elemento de protección para impedir el ingreso de terceras personas —tales como candados, alambrados, cercos, obstáculos o barreras— sobre los que los ocupantes pudieran haber ejercido algún tipo de fuerza o violencia, como medio para consumir el despojo.

5. - No se encuentra configurada la clandestinidad, ya que el ingreso a los terrenos se produjo a plena luz de día; y la delimitación informal de lotes con sogas, palos y alambres también ocurrió a la vista de todos.

6. - Existe una serie de determinantes socioeconómicos que afectaron —y afectan— la capacidad de las personas, mayoritariamente de sectores populares, para acceder al mercado formal residencial de las ciudades de nuestro país, sea como propietarios o inquilinos; de manera tal que el mercado informal se transforma en una alternativa viable con la que pueden asegurarse espacios donde vivir, que —incluso así— no suelen cumplir con las condiciones mínimas de habitabilidad para desarrollar un proyecto de vida digno, por estar caracterizados por el hacinamiento, la carencia de servicios públicos básicos y la desprotección legal. Todo esto recrudescer la conflictividad social en torno a la problemática del acceso al suelo y la vivienda.
7. - Los propios organismos estatales intervinientes habían reconocido que la mayoría de las familias ocupantes del pre-

dio sufría algún grado de déficit habitacional, por lo que, para garantizar el derecho al acceso a una vivienda digna, las autoridades municipales, provinciales y nacionales iniciaron diálogos pacíficos con los ocupantes y luego implementaron proyectos de urbanización que implican la oportuna cesión de la tenencia y la propiedad de lotes del terreno ocupado.

8. - El acceso a una vivienda adecuada también se encuentra previsto en los instrumentos internacionales de derechos humanos y en normas específicas del sistema interamericano que forman parte del ordenamiento jurídico interno, ya sea con jerarquía constitucional y/o suprallegal.

JFed. Crim. y Correc. Nro. 1, La Plata, 31/03/2022. - N. N. s/ Usurpación (Art. 181 Inc. 1).

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/25101/2022]

[El fallo *in extenso* puede consultarse en Atención al Cliente, <http://informacionlegal.com.ar> o en Proview]

Derecho a la vivienda digna, ocupaciones y derecho penal



Gustavo E. Aboso

Doctor en Derecho (UNED - Madrid). Defensor de Cámara en lo Penal, Contravencional y de Faltas del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Profesor de posgrado de Derecho Penal (UBA, Univ. Austral, UB, UNMdP y USAL). Profesor invitado (Univ. de Azuay [Ecuador] y la Univ. Mayor San Andrés [Bolivia]). Autor del "Código Penal de la República Argentina comentado y concordado", 2022, 6a ed., 1a reimp., entre otras obras.

La crisis económica que atraviesa nuestro país desde hace décadas impacta de manera dramática en el sector de la población con menores recursos. Una consecuencia directa de este proceso de deterioro social es el déficit habitacional que sufre un sector importante de la sociedad argentina que, según los cálculos más optimistas, alcanzaría a más de tres millones de ciudadanos (1). Mientras que en el Congreso de la Nación se discute una ley de alquileres que suplante a la fallida, la posibilidad de alquilar decrece de manera gradual con la carestía de las locaciones y la falta de oferta en el sector; existe un importante segmento de la población que no alcanza el salario mínimo vital y móvil para no ser calificado en el rubro estadístico de la pobreza.

La resolución en comentario fue noticia recientemente, pero por los motivos equivocados. Alcanzó amplia difusión en los medios informativos como en los grupos sociales la resolución del juez federal de la ciudad de La Plata que consideró que el asentamiento ocurrido en predios fiscales de esa jurisdicción resultaba atípico por falta de clandestinidad, según los términos utilizados en la infracción prevista en el art. 181 del Cód. Penal. Seguramente algunos, o mejor dicho la mayoría, pensó o se dejó guiar por el encabezado de la noticia difundida por varios medios periodísticos locales y que fue replicada de manera incansante en las redes sociales con comentarios sobre el sesgo político o ideológico que podría tener esta decisión en función del pasado reciente de los protagonistas, pero que claramente nadie o muy pocos se tomaron el trabajo de leer la resolución para poder formarse una opinión válida sobre el hecho informado.

En primer lugar, la noticia no debió haber sido la supuesta usurpación de terrenos fiscales en el ámbito de la ciudad de La Plata, sino el grave problema habitacional que atraviesan los sectores más vulnerables y que se replica de manera reiterada a lo largo de todo nuestro territorio. La demanda creciente de vivienda impulsada por sectores sociales cada vez más necesitados de una respuesta de las autoridades públicas debería haber sido la noticia principal, pero, como sabemos, esta clase de noticias carece por su habitualidad de un impacto mediático en un sector de la sociedad cada vez más sensible (o irascible) a los reclamos sociales. No es la intención de esta breve apostilla ofrecer una explicación razonable y razonada de la actual crisis social en la que se encuentra inmerso nuestro país, porque eso sería sencillamente explicar algo que es obvio.

Lo segundo en importancia y que las noticias no se ocuparon de aclarar de manera debida es que el asentamiento en terrenos

fiscales ubicados en la jurisdicción de la ciudad de La Plata no era nuevo, sino que la ocupación databa de más de dos años atrás, que durante el trámite del proceso con un juez anterior, el Ministerio Público Fiscal no había tomado decisión alguna sobre la conducta de las personas que se asentaron de manera irregular en los predios fiscales, es decir, no formuló acusación ni tampoco adoptó medida alguna que permitiera avanzar con el proceso, por ejemplo, el desalojo previsto en el art. 231 bis del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires. En este aspecto debemos recordar al lector, como lo subraya el fallo, que la división de funciones entre el juez y el fiscal en el proceso penal está diseñada para garantizar la imparcialidad del juzgador, el debido proceso y el derecho de defensa material competente.

Más allá de la inacción del acusador público, que puede justificarse de manera clara en que la presunta usurpación de terrenos fiscales, se trataba en realidad de un problema social y no de uno penal. De la lectura del fallo, cosa que se recomienda, el lector podrá advertir sin ayuda de terceros que el hecho que fue objeto de la resolución se vincula de manera prístina con el problema habitacional al que hicimos referencia en el encabezamiento de este comentario. ¿Cómo se enfrenta la autoridad y la sociedad con la creciente crisis habitacional que golpea a vastos sectores y que, merced de la grave coyuntura económica, no existe respuesta suficiente o políticas públicas que exploren vías de solución sustentables en el tiempo?

La primera impresión, a juzgar por la amplia difusión que alcanzó la decisión judicial en comentario, es que la vía punitiva sería la mejor opción para combatir el flagelo de las usurpaciones. Esta solución encierra, en primer lugar, un grado de miopía crónica sobre el diagnóstico de la crisis habitacional y el uso de las herramientas penales, en este caso el desalojo por medio de la fuerza pública, de terrenos fiscales que están ociosos. La solución punitiva solo acarrearía, de mínima, posponer la solución del problema de fondo, ya que los ocupantes de esos terrenos seguramente intentarán ocupar otros terrenos baldíos. El verdadero peligro es que el uso de la fuerza pública pueda derivar en mayor violencia entre los protagonistas, pero el desalojo exitoso no se traduce en una solución a largo plazo, lo único que se gana es demorar de manera innecesaria un problema social que escala de manera paulatina al pulso del deterioro de nuestra economía.

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires hemos tenido una experiencia traumática con la ocupación del Parque Indoameri-

cano, allá por diciembre de 2010. Como se recordará, el desalojo forzoso del predio derivó en una violenta represión policial con un saldo luctuoso de dos personas fallecidas y numerosos detenidos. Quizá, una diferencia no menor entre este caso y el del asentamiento de la ciudad de La Plata es que no hubo en ningún momento una actitud hostil o violenta por parte de los ocupantes y tampoco la autoridad judicial adoptó una medida de desalojo, en su lugar se organizaron mesas de diálogo entre los pobladores y las autoridades provinciales y municipales para llegar a un acuerdo pacífico que permita dar una solución definitiva al problema del déficit habitacional.

En tercer lugar, el enfoque inicial que se le dio a la ocupación de terrenos fiscales en la citada jurisdicción fue el correcto y es un modelo que se replica en otros lugares. La intervención temprana de los organismos públicos resultó adecuada, cuya única razón de ser es la de brindar soluciones sociales al problema del déficit habitacional. En este sentido, el protocolo seguido fue el de evitar que el asentamiento se expandiera, seguido del censo de las personas que ocupan los terrenos a los fines de poder recabar la información necesaria para evaluar la situación personal, familiar y social de los ocupantes, en general, la presencia de mujeres y menores de edad es una constante, lo que habla más de una necesidad que de una presión política. En el caso concreto, vale recordar, solo se trató de un grupo reducido de 40 personas. Paralelamente a todo ello, se entablaron mesas de diálogo en los tres niveles de la administración pública con el objeto de destrabar el problema y ensayar vías de solución que incluyan necesariamente la posibilidad de acceder a la vivienda digna, algo que parece olvidarse con frecuencia es un deber institucional del Estado establecido por la Constitución Nacional y la provincial.

En síntesis, la ocupación de terrenos fiscales obedeció a una necesidad real y tangible de un grupo de ciudadanos que intentaron por vías de hecho buscar una solución transitoria o despertar a la autoridad pública de la típica apatía que la caracteriza y que en ese trance se buscó consensuar entre los protagonistas una solución a largo plazo que, lejos de pasar por el otorgamiento de planes sociales o ayudas económicas que no logran resolver el problema de fondo, permitan a los ocupantes el acceso a una vivienda digna, derecho básico que parece ser una anatema en nuestros días.

La lectura del fallo reseñado que mayor atención atrajo se relaciona con el encuadre legal dado por el juez de la causa. En este sentido, luego de más de dos años de indefinición procesal, el análisis jurídico

del hecho investigado arrojó como resultado previsible que la ocupación de terrenos fiscales en la zona de la intersección de las calles 76 y 143 de la ciudad de La Plata resultaba atípica, porque no había sido ejecutada de manera clandestina. En principio, el juicio de atipicidad resulta correcto, porque el delito de usurpación requiere modalidades comisivas determinadas que no se hicieron presentes en la ocupación bajo estudio.

El art. 181 del Código Penal regula la figura de usurpación. Es un delito patrimonial. Los medios comisivos típicos del despojo, total o parcial son el uso de violencia, amenazas, engaños, abusos de confianza o clandestinidad (2). De la lectura del hecho investigado no pudo acreditarse que el despojo de los terrenos fiscales haya sido acompañado por alguno de los medios señalados. En consecuencia, forzar una adecuación típica de la toma de los terrenos fiscales resulta infructuosa, ya que la reforma introducida por la ley 24.454 no alteró la situación de la atipicidad del despojo mediante invasión del inmueble, si no concurre alguno de los medios señalados (3).

De las modalidades reseñadas, parecería ser que el medio clandestino podría encajar en la toma de terrenos fiscales, pero la clandestinidad (incorporada como medio típico por la citada ley 24.454) importa la ocultación de los actos de ocupación respecto de las personas que tienen derecho a oponerse a ella, es decir, cuando se trata de una posesión viciosa (art. 1921 del Cód. Civil y Comercial). Esta modalidad se presenta como idónea en el caso de la invasión y el mantenimiento, no así de la expulsión de los ocupantes. La clandestinidad se identifica con el modo oculto del despojo (4), por ejemplo, escalamiento de la pared medianera para acceder al interior del predio y luego uso de fuerza física irresistible sobre la cerradura o puerta de ingreso (5). De acuerdo con los antecedentes desarrollados en la resolución, el modo clandestino habría sido el único medio para perfeccionar el despojo, ya que no hubo violencia ni engaño suficiente para habilitar una imputación alternativa de la acción típica de despojo.

Sin embargo, y siempre ceñidos al cuadro fáctico expuesto en la resolución, los terrenos en cuestión eran baldíos, es decir, no estaban habitados y tampoco se utilizó violencia contra morador alguno, en consecuencia, tampoco puede afirmarse la clandestinidad de la conducta reprochada a los ocupantes cuando la toma de tierras se realizó a plena luz del día; y por la cantidad de personas participantes, resulta ajena al concepto de *ocultamiento* que informa al concepto de clandestinidad (6).

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Informe de Gestión 2015-2019 de la Secretaría de Vivienda, dependiente del Ministerio del Interior, Obras Públicas y Vivienda de la Presidencia de la Nación, p. 7.

(2) Sobre el sentido y el alcance del término "violencia", vid. Tribunal Superior de Justicia CABA, expte. n° 11.565/2014, "Incidente de restitución en autos Rojas, Lorena y otros s/ infr. Art. 181 CP (J. B. Alberdi 2776) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido", de 26/08/2015; expte. n° 12.710/2015, "Ministerio Público - Fiscalía de Cámara de Sur de la CABA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en "Incidente de apelación en autos Herrera, Nicolás M. y otros s/ art. 181 Usurpación (despojo)", de 18/05/2016. El concepto de *violencia*

abarca la fuerza física irresistible utilizada sobre la cerradura de la puerta de ingreso al inmueble. Sobre la procedencia de la restitución anticipada del inmueble (ex art. 335 del Cód. Proc. Penal de CABA) sin necesidad de sentencia definitiva en el caso de uso de violencia para cometer el despojo, cfr. TSJ CABA, expte. n° 8141/2011, "Ministerio Público - Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: "Incidente de apelación en autos: Gómez, Cristian s/ infr. art. 181, inc. 1, CP", de 25/02/2013.

(3) ABOSO, Gustavo E., "Código Penal de la República Argentina comentado y concordado", Bdef, Montevideo-Buenos Aires, 2022, comentario del art. 181,

6a ed., 1a reimp., ps. 1210.

(4) NÚÑEZ, Ricardo C., "Tratado de Derecho Penal", Marcos Ferrer, Córdoba, 1989, t. IV, Parte Especial, p. 487; FONTÁN BALESTRA, Carlos - LEDESMA, Guillermo A. C., "Tratado de Derecho Penal. Parte Especial", La Ley, Buenos Aires, 2013, T. III, p. 324; CREUS, Carlos - BUOMPADRE, Jorge Eduardo, "Derecho Penal, Parte Especial", Astrea, Buenos Aires, 2007, t. 1, 7.a ed., p. 615; DONNA, Edgardo A., "Derecho Penal. Parte Especial", Rubinzal-Culzoni Edit., Santa Fe, 2007, t. II-B, 2a ed., p. 824; Cámara de Apelaciones y Garantías en lo Penal San Martín, Sala II, 10/10/2006, "Fuente, Maximiliano y otro".

(5) CCrim. y Correcc. 2ª Nom. Santiago del Es-

tero, 10/05/2002, "Orieta, Julio", [TR LALEY AR/JUR/1616/2002]; CPenal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas, Sala I, 23/05/2011, causa n° 1035-00-CC/09, "Caballero, Lorenza s/ infr. Art. 181 CP"; id., 12/06/2017, causa n° 17.725-00-CC/16, "Capelo Nieva, Cristian R. s/ art. 181 CP"; Sala II, 29/10/2013, causa n° 5309-01-CC/2013, "Incidente de restitución en autos G., S. del R. y otros s/ art. 181 CP"; Sala III, 30/11/2017; CUIJ: J-01-00083610-5/2015-0, "N.N. y otros s/ infr. Art. 181 CP".

(6) SC Salta, 6/05/2014, "C. R. P. s/ recurso de sacación", [TR LALEY AR/JUR/41347/2014]. En este caso se consideró la clandestinidad del despojo de un terreno entregado en comodato por el gobierno municipal y

La modalidad clandestina del despojo se cristaliza cuando el autor o los coautores de la acción típica regulada en el art. 181 del Código Penal utiliza medios o modos de ocultamiento de la lesión de los derechos dominicales (7). Cuando la clandestinidad no puede ser demostrada en el proceso mediante la declaración de testigos, corresponde absolver por el beneficio de la duda (8).

Descartada la tipicidad de la conducta de despojo, resta encauzar el procedimiento por la vía civil en todo caso, pero sobre esto debemos señalar que la toma de terrenos fiscales puede ser valorada a la luz del estado de necesidad justificante (art. 34, inc. 3, del Cód. Penal), siempre y cuando se presenten los extremos normativos que autorizan su aplicación. La situación de vulnerabilidad en la que se encuentran miles de familias que no logran alcanzar el mínimo salarial y que enfrentan un peligro grave, actual y no provocado que se cierne sobre su existencia, agravado sin duda por la presencia de menores de edad, cuya condición etaria subraya con trazo grueso la urgente necesidad de brindarles una vivienda digna frente a la inacción del Estado que incumple de manera sistemática con el deber de resguardo y la promoción de los dere-

chos sociales más básicos (9), nos compele como abogados, pero sobre todo como seres humanos, a tomarnos los derechos en serio y en lugar de utilizar la herramienta punitiva como la mejor arma de control social para intentar de manera infructuosa acallar una legítima demanda social, descubramos bajo una mejor luz que el estado de necesidad justificante podría constituir seguramente una solución posible frente a la tentativa de reprimir la injusticia social con mayor injusticia represiva.

El ejercicio del derecho constitucional a la vivienda digna (art. 14 bis de la Constitución Nacional, art. 31 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) puede ser interpretado como un derecho progresivo en el que el Estado debe promover los medios financieros necesarios para acceder a la vivienda propia. Pero el interrogante que merece ser respondido se vincula con la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran miles y miles de personas que están fuera del sistema bancario y financiero, lo que hace meramente ilusoria la posibilidad de acceder a las líneas de créditos para obtener la casa propia.

Ahora bien, es factible advertir que mientras la inversión inmobiliaria del sec-

tor privado registra un incremento significativo, en especial, en sectores o lugares privilegiados de las principales ciudades de nuestro país, donde los emprendimientos están orientados hacia el segmento poblacional con mayores ingresos, es decir, el 1%, por el contrario, la inversión pública en la vivienda social y el desarrollo de programas de inclusión no alcanzan siquiera niveles aceptables que permitan paliar la actual crisis que se vive en nuestra sociedad. Desde la subejecución de los presupuestos fijados en materia de desarrollo habitacional o la falta de una política habitacional proactiva de largo plazo (10), en cualquier caso, el problema habitacional en nuestro país está lejos de solucionarse (11). No se trata de falta de terrenos fiscales o lugares aptos para la construcción y el desarrollo de asentamientos poblacionales con el debido suministro de los servicios básicos; lo que se necesita con suma urgencia es una mejor gestión de la política de vivienda que permita a la mayor cantidad de personas acceder a la vivienda digna, con arreglo al programa constitucional que garantiza este derecho fundamental.

En conclusión, la lectura jurídica del fallo analizado no merece reproche alguno, se ajusta a los lineamientos doctrinales y

jurisprudenciales que gobiernan la materia, ya que la ausencia de las modalidades típicas previstas en el injusto típico del delito de usurpación impide de manera legal adoptar la vía punitiva en observancia al principio de legalidad. Otro tipo de lectura, política, ideológica o inspirada en sesgos sectoriales queda por cuenta y orden del lector, pero lo que debe quedar claro que no se puede tapar el sol con la palma de la mano, frente a la creciente demanda habitacional de los sectores más vulnerables de nuestra sociedad, cuyas filas se acrecientan diariamente fruto de la delicada y perenne situación económica que atraviesa nuestro país; la solución cortoplacista no debe pasar por criminalizar la pobreza, sino por brindar una respuesta desde la implementación de políticas de gestión habitacional que permitan incluir a los más necesitados. No se trata de entregar o donar terrenos fiscales a mansalva, que en todo caso tampoco es la solución al problema de fondo, sino fijar una política social viable y programática que permita reducir las relaciones asimétricas que conviven en nuestra sociedad en materia de acceso a la vivienda.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/1550/2022

que fue usurpado por un tercero que ingresó sin autorización y, en ausencia del poseedor o de aquellas personas que pueden oponerse, tenía intenciones de permanecer en el lugar y se negó a retirarse cuando fue invitado a hacerlo. En este sentido, CApel. y Gtías. Penal, San Martín, Sala II, 29/12/2005, "Díaz, Rosa M.", [TR LALEY 35011393]. Según este precedente, la clandestinidad que tipifica la usurpación de inmuebles que se hallan temporalmente deshabitados consiste en tomar la cosa a espaldas de quien tiene derecho a oponerse, por lo que es característica la falta de prueba de vio-

lencia física.

(7) CPenal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas, Sala I, 10/02/2017, causa n° 20.947-00-00/15, "Cuenca Morel, Zonia Elisabeth y otro s/ art. 181 CP".

(8) CPenal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas, Sala I, 18/03/2018; causa n° 54.905-00-CC/11, "Jauregui, Ricardo s/ art. 181, inc. 1º, CP"; Sala II, 2/06/2018, CUIJ: DEB J-01-00003586-2/2017-1, "D. L., S. E. s/ infr. Art. 181 CP", (por mayoría).

(9) Las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad por discapacidad, producto de una en-

fermedad y que carecen de acceso a una vivienda digna, tienen expedita la vía judicial de amparo para hacer valer sus derechos frente a la omisión del estado, cfr. TSJ CABA, expte. n° 9205/2012 "GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: K. M. P. c. GCBA y otros s/ amparo (art. 14 CCABA)", de 21/03/2014. Sin embargo, no podemos dejar de señalar que la vía judicial requiere de plazos extensos que por lo general no se concilian con la urgencia de la necesidad que atraviesa el demandante.

(10) Cfr., Informe de Gestión 2015-2019 elaborado por

la Secretaría de Vivienda. En este sentido, *La situación habitacional en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, informe de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, septiembre de 2015.

(11) GRANERO REALINI, Guadalupe - BARREDA, María Pía - BERCOVICH, Fernando, "La política habitacional en Argentina. Una mirada a través de los institutos provinciales de vivienda", CIPPEC, Programa de Ciudades. Área de Desarrollo Económico, Documento de Trabajo n° 181, mayo de 2018, p. 36 y ss.

Jurisprudencia

Horas extra

Falta de prueba. Valoración de los testimonios

Los testimonios, a la luz de los principios de la sana crítica (art. 90, LO), no permiten tener por acreditado que el actor trabajaba en el extenso horario denunciado, porque la versión del inicio y la de los testigos contrasta con la de los demandados, que sostuvieron que la tesorería cerraba a las 17.30 h y, desde esa óptica, no se alcanza a comprender cómo hubiese sido posible que el actor pudiese haber rendido cuentas a las 18.30 o 19 h, para solo después retirarse, máxime cuando en la demanda sostuvo que se dirigía a las oficinas del primer piso para rendir las cuentas del día, lo que, a la luz de lo dicho, resultaba materialmente imposible, dadas las razones de seguridad que motivaban el cierre temprano de la empresa.

CNTrab., sala VIII, 11/04/2022. - Albornoz, David Gustavo Martín c. Gravent S. A. y otro s/ Despido.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/29894/2022]

2ª Instancia.- Buenos Aires, abril 11 de 2022.

El doctor *Pesino* dijo:

I. La sentencia de grado, acogió la demanda tendiente al cobro de diversos cré-

ditos de naturaleza laboral. Contra dicha decisión se alzan en apelación las partes.

II. La actora se queja porque se habría omitido el tratamiento del reclamo por los salarios por accidente de trabajo entre mayo y diciembre de 2013, de los que habría sido privado por haber sido despedido no bien ocurrido el siniestro; por la desestimación del reclamo por despido discriminatorio; por considerar reducido el monto indemnizatorio acordado en el marco de la acción fundada en el derecho común y por considerar elevados los honorarios regulados a los profesionales y peritos actuantes.

La accionada Gravent se queja porque se admitieran los reclamos por diferencias de salarios y horas extras, así como por el acogimiento de la multa del artículo 80 de la LCT En lo que atañe a la acción fundada en el derecho común, se agravia porque a su criterio se evaluó la prueba de manera incorrecta; porque el accidente y las tareas no habrían sido demostradas; por la declarada existencia de relación causal; por el monto indemnizatorio diferido a condena y por las regulaciones de honorarios.

Por último, la aseguradora sostiene que no hay responsabilidad alguna de su parte; que el accidente no fue probado y que el porcentaje de incapacidad y el monto de condena son elevados.

III. Por cuestiones metodológicas, habré de abocarme, en primer lugar, al análisis de los recursos deducidos contra la decisión recaída en la acción con fundamento en el

derecho común y, entre ellos, a los de las accionadas.

Se impone memorar que el reclamo indemnizatorio se basó en un accidente sufrido el día 3 de abril de 2013, de lo que no cabe duda al leer el tercer párrafo de fs. 8, el segundo de fs. 12 y el segundo, del punto b), de fs. 13, aun cuando se hubiese deslizado, en el mismo, que el daño "pudo ser el resultado de las acciones repetidas de levantar cosas pesadas".

Ahora bien, el informe pericial médico fue claro en sus conclusiones: "2- El mecanismo lesional relatado en el escrito de inicio es idóneo para generar las lesiones (cervicobraquialgia postraumática)... 4- Las lesiones y secuelas se relacionan en forma concausal en el presente evento en función de que el actor presenta una Discopatía cervical crónica, previa e inherente a su constitución" (fs. 484 vta.). Como puede apreciarse, el galeno atribuyó la incapacidad —en parte, porque hay un componente concausal— al hecho traumático del 3 de abril de 2013 y de ello no caben dudas porque a fs. 495 dijo "El actor Sr. Albornoz, David Gustavo Martín sufrió un accidente laboral el día 3 de abril de 2013 durante su jornada habitual de trabajo y en circunstancias que se encontraba realizando una tarea forzada con levantamiento de peso padeció un cuadro de Cervicobraquialgia postraumática... Esta incapacidad guarda verosímilmente relación con el accidente que originara los presentes autos ya que el mismo, en el caso demostrarse que ha ocurrido tal como lo relata el actor, por su etiología, topografía, mecanismo de producción y cronología es

causa suficiente, idónea y eficiente como para producir las secuelas descriptas en este informe pericial".

En esas condiciones, correspondía al actor demostrar la ocurrencia del hecho dañoso, porque fue desconocido por las accionadas (art. 377 Cód. Proc. Civ. y Comercial). Al respecto considero que, el sentenciante de grado, se centró en una cuestión que no tenía nada que ver con lo que debía resolver, por cuanto se dedicó a analizar la vinculación causal entre el evento y el tipo de tareas, cuando el reclamo se basaba en un infortunio concreto (del 3 de abril de 2013) y el perito médico había sido claro en cuanto a que la afección era de origen traumático.

Sentado ello, señalo que el testigo D'A. (fs. 399), manifestó que "...el actor, en los últimos tiempos un día trabajando con el dicente haciendo esfuerzo con una caja, un día se empezó a quejar... ese día trabajó y después empezó a faltar... que lo que refirió pasó en el mes de abril de 2013..."

I. (fs. 412) dijo que "...el dicente estaba ayudando a cargar la camioneta de F. D'A. y el actor levantó dos cajas de resmas...y cayó arrodillado...que le había agarrado un tirón en la zona de la nuca...fue en abril del 2013... al día siguiente no se presentó a trabajar y a principios de mayo lo despidieron...que después del día que faltó... se reintegró a trabajar normalmente.

En cuanto a L. (fs. 401) y P. M. (fs. 403) no vieron el accidente, por lo que nada aportan en favor del accionante.

Analizadas las declaraciones a la luz de los principios de la sana crítica (art. 90, LO), no las encuentro, suficientes, como para tener por acreditada la ocurrencia del evento por el que se acciona. Ello así, porque ni D'A., ni I., han proporcionado la razón de sus dichos, o sea las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que tomaron conocimiento del hecho y no se corroboran entre sí. D'A. primero habló de "los últimos tiempos" (lo que daría la pauta de que pudieron ser los últimos meses), para luego hacer referencia al mes de abril de 2013, circunstancias que parecen muy difíciles de compatibilizar; además dijo que el actor hizo esfuerzo con una caja, cuando en la demanda se sostuvo que eran dos, agregando que se empezó a quejar, sin aclarar de que se quejaba.

Por su parte I., que refirió que el actor estaba levantando dos resmas, sostuvo que cayó arrodillado, porque le había agarrado un tirón en el cuello, ubicando el hecho en el mes de abril de 2013, sin explicar cómo es que se acordaba del mes, siendo que su testimonio fue prestado cuatro después. Por lo demás, dado que el evento no se demostró que hubiese sido denunciado, ni a su empleadora ni a la aseguradora, exigía una mayor presunción en cuanto a la época y a las razones por las cuales el testigo recordaba que el accidente ocurrió en el mes de abril.

Además D'A. no dijo que el señor I. hubiese estado presente en el momento del hecho y ambos han omitido indicar el horario en que habría ocurrido, circunstancias, todas ellas, que hacen que, en base a las mismas, no pueda dar por probado el hecho denunciado en la demanda. Dicho todo, sin soslayar la incompatibilidad de la situación con el hecho de que haya continuado el actor prestando servicios, para denunciarlo recién un mes después, ya que no hay prueba de que lo hubiese hecho antes.

No he prescindido, en este análisis del relato del inicio, donde el actor dijo que la carga se hacía a primera hora de la mañana y luego se salía a repartir hasta el regreso por la tarde, lo que tornaba imposible que se hubiera accidentado en horas del mediodía en las circunstancias relatadas.

En consecuencia, soy de opinión de que, al no haberse probado el infortunio, la demanda fundada en el derecho común, debe ser desestimada, lo que torna abstracto analizar el resto de los recursos deducidos al respecto.

IV. En la demanda, el actor dijo que el horario de labor era de 7 a 17.30 hs., pero que terminaba en la práctica, a las 20. Agregó que, luego de preparar y cargar los pedidos, alrededor de las 8 salía a hacer el reparto por Capital y Gran Buenos Aires, regresando a las 18.30 o 19 hs., para dirigirse a las oficinas del primer piso, donde rendía cuentas y entregaba los importes y cheques recibidos. Por ello, terminó diciendo, hacía cuatro horas extras por sobre la jornada completa.

El testigo D'A. dijo que trabajaban desde las 7 y a veces hasta las 20 hs. y, otras, más.

L. afirmó que el horario de ingreso era a las 7 y el de salida hasta terminar el reparto y la rendición, que podía ser a las 20 o a las 21. Agregó que le ha tocado volver a las 22 y que les han pedido que se quedaran a descargar los *containers* que llegaban del puerto.

P. M. sostuvo que el horario de salida era después de las 19, 20 o 21.

Seguidamente I., declaró que el horario de salida hasta las 20, 22 o las 2 de la mañana; que lo vio al actor en esos horarios;

A su turno S. (fs. 482) manifestó que había clientes a los que se deja mercadería en

cuenta corriente y otros a los que se le cobraba; que el sector donde se rendían cuentas cerraba a las 17.30.

B. (fs. 485) dijo que a las 17.30 hs. cierra el depósito, se van todos y solamente queda algún jefe; que se rendía antes de las 17, para tener un margen por el personal de tesorería; que a las 16.30 ya están la mayoría de los camiones de vuelta.

C. (fs. 488), afirmó que a las 17.30 hs. cierra la parte de tesorería, ventas y depósito y los que están en contaduría o personal por ahí se quedan hasta las 18.30, pero entran a las 8; que solamente se cobraba cuando se pagaba contra entrega; que cuando era cuenta corriente se firmaba el remito.

P. (fs. 490) expresó que la empresa cierra a las 17.30, por un tema de seguridad.

Valorados todos estos testimonios a la luz de los principios de la sana crítica (art. 90, LO), no me permiten tener por acreditado que el actor trabajaba en el extenso horario denunciado. Ello así, porque la versión del inicio y la de los testigos de la parte actora, contrasta con la de los demandados, que sostuvieron que la tesorería cerraba a las 17.30 hs. y, desde esa óptica, no se alcanza a comprender, como hubiese sido posible que el actor pudiese haber rendido cuentas a las 18.30 hs. o 19 hs., para recién después retirarse. Advertido, en este sentido, que en la demanda sostuvo que se dirigía a las oficinas del primer piso para rendir las cuentas del día, lo que, a la luz de lo dicho, resultaba materialmente imposible, dado que resulta verosímil en el relato de P., acerca de las razones de seguridad que motivaban el cierre temprano de la empresa.

Por lo demás, no puedo dar crédito a la versión de los testigos que dijeron que se quedaban a trabajar después de regresar a la empresa, pues en la demanda, con carácter de confesión, el actor reconoció que se retiraba después de rendir cuentas y que no lo hacía a algún empleado que no fuera de tesorería.

Sin embargo, lo cierto es que como el actor trabajaba en reparto, en la calle, debe considerarse que durante toda la jornada estaba a disposición, ya que no existe prueba alguna de que se hubiese tomado el descanso del mediodía, del que si gozaba el personal que estaba en el depósito.

Por lo tanto, si el actor ingresaba a las 7 y terminaba su labor a las 17.30 hs., ello arroja un total de 52 horas y media semanales, es decir 4 horas y media extras, que mensualizadas hacen un total de 18 hs. a las que propicio se reduzca la condena de grado al respecto. Solo agregó que no es correcto el argumento utilizado en grado para admitir la extensión horaria denunciada en el inicio, por cuanto el mismo no tuvo en consideración que el cierre de la tesorería era a las 17.30 hs.

V. En cuanto al adicional por cobranzas, todos los testigos admitieron que el actor las hacía. Los de la demandada sostuvieron que no era así con los clientes cuentacorrentistas, pero ello la obligaba a acreditar que el actor entregaba a esos clientes y lo cierto es que no lo ha probado.

En consecuencia, sugiero desestimar el segmento recursivo de la accionada, en tanto cuestionó el acogimiento de este adicional.

La misma suerte debe correr la pretensión de que se deje sin efecto la multa del artículo 80 de la LCT. Aun cuando la empleadora hubiese puesto los certificados a disposición del actor, esta Sala tiene dicho que "si se pretende entregar certificaciones que no se ajustan a lo dispuesto por el

artículo 80 de la LCT debe considerarse incumplida la obligación legal por más que los documentos hayan sido puestos a disposición del empleado" (sentencia N° 38.351 del 15/07/2011, "Malcorra, Liliana L. c. Jardín del Pilar SA s/ Indem. Art. 80 LCT L. 25.345"). En consecuencia, toda vez que la validez de los certificados a que se refiere el artículo 80 de la LCT, está supeditada a la consignación correcta de los datos reales del vínculo (horas extras, adicionales, etc.), sobre cuya base el empleador ha de hacer los aportes y contribuciones de ley, corresponde desestimar el agravio en cuestión.

VI. El primer agravio del actor, referido a los salarios por accidente de trabajo entre mayo y diciembre de 2013, debe ser desestimado porque, tal como dijera en los considerandos anteriores, el accidente no fue acreditado, por lo que no puede pretender cobrar haberes por tal circunstancia, máxime cuando los mismos deberían haber estado a cargo de la ART.

Tampoco es viable la pretensión de que se considere el despido como discriminatorio. A las razones que llevaron al juez de grado a desestimarla —que comparto—, agregó que reiteradamente he sostenido que si la propia LCT permite el despido del trabajador enfermo o accidentado, con la sola obligación de pagar haberes hasta el alta o por el plazo máximo que la misma establece (art. 213, LCT), el despido, aun cuando hubiese contemplado la situación particular del trabajador, no puede considerarse discriminatorio.

Por ello, lo resuelto en grado debe mantenerse.

VII. A fin de recalculer los rubros de condena, el sentenciante se remitió al informe de fs. 214, el que, a su vez, tomó los datos de la demanda.

En el inicio se consideraron 4 hs. extras diarias (fs. 14 vta., equivalentes a 20 semanales) pero en mi propuesta habría que admitir solamente que el actor tiene derecho a percibir 4 horas y media. Por lo tanto, en función de los guarismos tomados en grado —no debidamente atacados en la apelación— la incidencia de las horas extras en el sueldo debería reducirse a \$657,96, lo que impone que la remuneración a considerar debería ser de \$7.304,39.

Por lo tanto, la liquidación a que tenía derecho el actor era la siguiente:

Indemnización por antigüedad -	\$21.913,17.
Indemnización sust. Del preaviso (inc. SAC prop.) -	\$7.913,09.
Integración mes de despido (inc. SAC. Prop.), más días de mayo -	\$7.913,09.
Vacaciones prop. (inc. SAC prop. 5,17 días) -	\$1.636,42.
SAC prop. Primer semestre 2013 -	\$2.434,80.
Horas extras -	\$12.345,98.
Adicional por cobranza -	\$21.828,50.
Asistencia perfecta sobre hs. extras y cobranzas -	\$2.846,73.
Art. 2, ley 25.323 -	\$18.869,68.
Multa art. 80, LCT -	<u>\$21.913,17.</u>
Parcial -	\$119.614,63.
Percibido -	<u>\$31.840,00.</u>
Saldo -	\$87.774,63.

VIII. En virtud de lo dispuesto por el artículo 279 del Cód. Proc. Civ. y Comercial, corresponde emitir nuevo pronunciamiento sobre costas y honorarios.

IX. De prosperar mi voto auspicio: se revoque la sentencia dictada en el marco de la acción por accidente y se rechace la demanda incoada por David Gustavo Martín Albornoz c. Gravent SA y Compañía Argentina de Seguros Victoria SA; se impongan las costas de este proceso a la parte actora (art. 68 Cód. Proc. Civ. y Comercial); se regulen los honorarios de los profesionales de las partes actora, Gravent SA y Cía. Arg. de Seg. Victoria SA, por su actuación en grado, y de los peritos médico e ingeniero, teniendo en consideración el monto razonablemente involucrado en el litigio (se demandó por un 15% de incapacidad física y el actor porta solo el 5%) y lo dispuesto en los artículos 20 de la ley 21.839 y 38 de la LO, en las sumas de \$50.400, \$57.600, \$57.600, \$22.000 y \$20.000, respectivamente, a valores actuales; se regulen los honorarios de los profesionales actuantes en esta Alzada por las partes demandada Gravent SA, Cía. Arg. de Seg. Victoria SA y actora, en el 35%, 35% y 30%, respectivamente, de los fijados por su intervención en la etapa previa (art. 30, ley 27.423); se confirme la sentencia, en tanto pronuncia condena en la acción por despido y se reduzca su importe a la suma de \$87.774,63; se impongan las costas de primera instancia a la demandada Gravent SA, a quien corresponde considerar vencida, en base a un criterio cualitativo (art. 68, Cód. Proc. Civ. y Comercial); se regulen los honorarios de los profesionales intervinientes por las partes actora, demandada Gravent SA y perito contador, en el 16%, 14% y 7%, respectivamente, del monto de condena, incluidos intereses (arts. 7, 19 y concs., ley 21.839; art. 3 y concs., DL 16.638/1957 y 38, LO); se impongan las costas de Alzada, en este proceso, por su orden, en atención al resultado de los recursos (art. 68, Cód. Proc. Civ. y Comercial) y se regulen los honorarios de los profesionales actuantes en esta Alzada por las partes actora y demandada Gravent SA, en el 30% de los fijados por su intervención en la etapa previa (art. 30, ley 27.423).

El doctor *Catardo* dijo:

Que, por análogos fundamentos, adhiero al voto que antecede.

Por ello, el Tribunal resuelve: 1) Revocar la sentencia dictada en el marco de la acción por accidente y rechazar la demanda incoada por David Gustavo Martín Albornoz c. Gravent SA y Compañía Argentina de Seguros Victoria SA; 2) Imponer las costas de este proceso a la parte actora (art. 68 Cód. Proc. Civ. y Comercial); 3) Regular los honorarios de los profesionales de las partes actora, Gravent SA y Cía. Arg. de Seg. Victoria SA, por su actuación en grado, y de los peritos médico e ingeniero, en las sumas de \$..., \$..., \$..., \$... y \$..., respectivamente, a valores actuales; 4) Regular los honorarios de los profesionales actuantes en esta Alzada por las partes demandada Gravent SA, Cía. Arg. de Seg. Victoria SA y actora, en el 35%, 35% y 30%, respectivamente, de los fijados por su intervención en la etapa previa; 5) Confirmar la sentencia, en tanto pronuncia condena en la acción por despido y reducir su importe a la suma de \$...; 6) Imponer las costas de primera instancia a la demandada Gravent SA; 7) Regular los honorarios de los profesionales intervinientes por las partes actora, demandada Gravent SA y perito contador, en el 16%, 14% y 7%, respectivamente, del monto de condena, incluidos intereses; 8) Imponer las costas de Alzada, en este proceso, por su orden; 9) Regular los honorarios de los profesionales actuantes en esta Alzada, por las partes actora y demandada Gravent SA, en el 30% de los fijados por su intervención en la etapa previa (art. 30, ley 27.423). Regístrese, notifíquese, cúmplase con lo dispuesto en el artículo 4º Acordada CSJN 15/2013 del

21/05/2013 y, oportunamente, devuélvase. — Víctor A. Pesino. — Luis A. Catardo.

Aporte solidario y extraordinario para ayudar a morigerar los efectos de la pandemia

Medida cautelar de no innovar tendiente a ordenar a la AFIP que se abstenga de reclamar el aporte. Alegación de confiscatoriedad. Informe contable. Prueba insuficiente.

1. - Más allá de las razones por las que la jueza de grado omitió ponderar el informe contable, se observa que este no contiene información suficiente para hacer un análisis, aunque sea somero y provisorio de la alegada confiscatoriedad del impuesto respecto de los bienes situados en el exterior. No surge cuál sería el importe del "aporte solidario y extraordinario" —ley 27.605— que debería abonar por esos bienes y tampoco surge que dicho pago consuma la totalidad o más de las rentas que ellos producen, tal como afirma la actora. [1]
2. - El informe contable no justifica *prima facie* que el "aporte solidario y extraordinario" —ley 27.605— es confiscatorio respecto de los bienes situados fuera del país.
3. - Los argumentos del actor —como la alegada violación del derecho a la igualdad por la alícuota diferencial para los bienes en el exterior, la cuestión relativa a la naturaleza de la exacción (si es tributo) y la aplicación del aporte solidario de la ley 27.605 respecto de los bienes inexistentes a la fecha de vigencia de esta— deberán analizarse al dictarse sentencia definitiva, una vez oídas las partes y producida toda la prueba, porque no resulta manifiesta su procedencia en este estado larval del proceso como para ordenar cautelarmente la suspensión de una ley dictada por el Congreso.
4. - La medida cautelar tendiente a que la AFIP se abstenga de iniciar y/o de proseguir cualquier reclamo administrativo o judicial derivado de la falta de pago del "aporte solidario y extraordinario" previsto por la ley 27.605 debe ser rechazada, pues el peligro invocado no ostenta suficiente fundamentación, toda vez que la situación financiera perjudicial que alega la actora con la prueba instrumental que acompaña, si bien podría ser una pauta indicativa de daño patrimonial, este amerita un campo probatorio de mayor amplitud y contradicción o, al menos, de un informe contable más detallado.

CFed. Mendoza, sala A, 07/04/2022. - Angulo, Juan Carlos c. ENA- AFIP- DGI s/ Inc. de medida cautelar.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/25088/2022]

Jurisprudencia vinculada

[1] Ver también. Entre otros: Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza, sala B, "Inc apelación en autos Terranova, Eduardo Raúl c. PEN - AFIP s/ Acción mere declarativa de inconstitucionalidad", 05/08/2021, TR LALEY AR/JUR/124268/2021

Costas

A la recurrente perdidosa (cfr. art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Com.).

2ª Instancia. - Mendoza, abril 7 de 2022.

Considerando: 1. Que esta causa se inició con una acción declarativa de certeza tendiente a que se declare la inconstitucionalidad e inaplicabilidad de: a) las sanciones pecuniarias previstas en los artículos 45 y 46 de la ley 11.683 para el caso de que el Fisco entendiera omitido o evadido el Aporte Solidario y extraordinario para ayudar a morigerar los efectos de la pandemia (en adelante "ASE"); b) del ASE respecto bienes inexistentes en el patrimonio de esta parte al momento de entrar en vigencia la Ley N° 27.605; c) del ASE respecto de determinados bienes de propiedad de mi parte situados en el exterior.

A su vez, solicitó medida cautelar que disponga: a) que la AFIP-DGI se abstenga de iniciar y/o de proseguir cualquier sumario administrativo por aplicación de las sanciones pecuniarias (multas) que consagran los arts. 45 y 46 de la Ley de Procedimiento Tributario, para el caso que el fisco nacional entendiera que mi parte ha incurrido en omisión o evasión del ASE; b) que la AFIP-DGI se abstenga de iniciar y/o de proseguir cualquier reclamo administrativo o judicial derivado de la falta de presentación de la declaración jurada (DDJJ) y/o pago del ASE respecto de bienes inexistentes en el patrimonio de esta parte al momento de entrar en vigencia la Ley N° 27.605 (BO 18/12/2020) como así también de determinar de oficio la supuesta deuda, trabar por sí y/o demandar judicialmente medidas cautelares de cualquier tipo en resguardo de ese pretendido crédito; y c) que la AFIP-DGI se abstenga de iniciar y/o de proseguir cualquier reclamo administrativo o judicial derivado de la falta de presentación de la declaración jurada (DDJJ) y/o pago del ASE que a su criterio pueda resultar por aplicación de las normas.

La jueza de grado rechazó la medida cautelar mediante la resolución del 22 de diciembre de 2021.

La actora se alzó contra esa decisión el 29 de diciembre de 2021 y expresó agravios el 1 de febrero de 2022.

2. Que, en primer término, criticó que la sentencia considerara insuficiente la certificación contable para fundar la verosimilitud del derecho.

Dijo que el argumento de la jueza de que es necesario probar los extremos que hacen a la confiscatoriedad mediante prueba pericial contable para poder despachar la medida cautelar es una verdadera petición de principios, un círculo vicioso, que en los hechos torna imposible conseguir una medida cautelar porque se exige una prueba concluyente propia de la sentencia definitiva. En otras palabras, según la recurrente, el a quo no se conforma con la acreditación de la verosimilitud del derecho sino que exige una prueba completa, definitiva, que excede el marco cognoscitivo inherente a las medidas cautelares. Recordó que la cuestión debe limitarse a un juicio de probabilidades y verosimilitud.

Agregó que tampoco es obstáculo para la procedencia de la medida lo invocado por el magistrado respecto de la particular estrictez con que aquella debe ser evaluada por estar en juego materia de reclamos y cobros fiscales y el principio de validez de los actos de los poderes públicos. Ello así, pues la misma Corte ha dicho que estos principios ceden cuando se los impugna sobre bases *prima facie* verosímiles.

Establecido lo anterior, la parte recurrente resaltó que la certificación contable y documentación respaldatoria acompañada

muestra que el Aporte Solidario consume la totalidad y más de las rentas que generan los bienes situados en el exterior, propasando los límites constitucionales que la Corte Nacional ha establecido. Todo ello, sin perjuicio de que en la etapa procesal pertinente la contraparte pueda rebatir o controlar dichas pruebas mediante una pericial contable u otras.

En tal sentido, explicó que la utilidad generada por los bienes foráneos es de \$13.972.414,68 por rendimientos más \$28.156.239,39 por capital, y dicha utilidad es totalmente consumida por la parte del impuesto a los bienes personales generado por dichos bienes foráneos, que es de \$55.568.242,21. Por esta razón, la declaración jurada de impuesto a las ganancias acompañada muestra quebranto en ese rubro.

Continuó razonando el recurrente que, si la sola aplicación del impuesto a los bienes personales respecto de las utilidades provenientes del exterior, que tiene una alícuota diferencial de 2,25%, resulta confiscatoria, con más razón lo es la aplicación del ASE respecto de esos mismos bienes, que prevé una alícuota diferencial de 5,25%.

Lo anterior significa, según la recurrente, que cualquier sea el patrimonio que se compute —sea el que le pertenecía a la fecha de entrada en vigencia de la ley (18/12/2020), sea el de 180 días previos a la vigencia de la ley en virtud de las ficciones legales y presunciones previstas en esta— el aporte solidario es no solo confiscatorio de las utilidades sino que cercena la mayor parte del capital.

Complementariamente, adujo que el informe contable se apoya en datos que obran desde hace mucho tiempo en la base de datos de la AFIP, por haber sido informados por el actor en reiteradas oportunidades, tales como las innumerables declaraciones juradas presentadas, principalmente del impuesto a los bienes personales y el impuesto a las ganancias; todo lo cual no ha sido cuestionado por la demandada. Por eso, el informe del contador independiente es más que suficiente para acreditar la verosimilitud.

Sin perjuicio de lo dicho, la apelante agregó que, aparte del argumento sobre la confiscatoriedad, hubo otros tres argumentos o peticiones cuya verosimilitud no dependía de una prueba pericial contable ni de ninguna otra, y la jueza omitió tratarlos.

El primero de ellos fue el pedido de que se ordene la abstención de iniciar o proseguir un procedimiento administrativo tendiente a la aplicación de las multas previstas en los artículos 45 y 46 de la ley 11.683. Dijo que esa petición se funda en el hecho de que la AFIP declara en la Resolución 22/2021 que el ASE no constituye un tributo. Por lo tanto, su supuesta omisión o evasión no puede dar lugar a las sanciones antedichas. Este argumento —resaltó la recurrente— no dependía de la realización de la prueba pericial y no fue tratado por la jueza.

La segunda petición no tratada fue la de que se ordene la abstención de iniciar y/o de proseguir cualquier procedimiento administrativo tendiente al cobro del ASE por los bienes inexistentes en el patrimonio del contribuyente al momento de entrada en vigencia de la Ley N° 27.605 (BO 18/12/2020). Esta petición se funda en los principios de legalidad y de capacidad contributiva, cuya verosimilitud tampoco dependía de la prueba pericial aludida por la magistrada y no fue tratada por esta.

Finalmente, el tercer argumento que no se vinculaba con la pericia y que no fue abordado por la jueza fue el de que la aplicación de una alícuota diferencial para los bienes situados en el extranjero viola los principios de capacidad contributiva e igualdad.

A continuación, criticó el fundamento esgrimido por la *a quo* para tener por no acreditado el peligro en la demora. Ella se basó, según la recurrente, en la falta de comprobación de la confiscatoriedad y, por eso, se remitió a lo dicho sobre la verosimilitud del derecho.

Al respecto, recaló que la verosimilitud se presenta teniendo en cuenta que la AFIP ya inició una fiscalización el día 25/04/2021 mediante OI N° 1924506.

Destacó que en el procedimiento administrativo no pueden ventilarse cuestiones constitucionales, ni siquiera ante el Tribunal Fiscal de la Nación, conforme art. 185 de la ley 11.683; y que el recurso de reconsideración ante el superior exige el pago previo de la gabela. La tutela judicial efectiva exige evitar este perjuicio al ciudadano ya que la indemnización que pueda obtener posteriormente serán migajas y la conseguirá después de años de litigio.

En otro orden de ideas, impugnó el argumento de la jueza sobre la coincidencia del objeto de la medida cautelar con el objeto de la demanda. Al respecto, dijo que esa situación no se presenta toda vez que la medida cautelar no exige pronunciarse sobre la constitucionalidad de la ley, razón por la cual subsiste su interés en obtener dicho pronunciamiento en la sentencia definitiva.

Por otra parte, y para el caso de que esta Alzada acoja la medida cautelar, solicitó que no se aplique la limitación de duración de 6 meses prevista en el art. 5 de la ley 26.854, con argumentos que se tienen presentes sin transcribir.

En cuanto a la contracautela, solicitó que se establezca la cautela juratoria o, en su defecto, que se permita cubrirla con un seguro de caución o con un inmueble de su propiedad.

Por último, alegó que la sentencia es arbitraria debido a las omisiones ya señaladas y a que se asienta en consideraciones generales y meramente dogmáticas.

Hizo reserva del caso federal.

3. Que, corrido el traslado de la apelación, fue contestado por la demandada el 11 de febrero de 2022 con argumentos a los que nos remitimos *brevitatis causae*.

4. Que, ingresando al examen de la apelación, este Tribunal entiende que es improcedente por el siguiente fundamento.

a) En relación a la verosimilitud del derecho, cabe reseñar que en algunos precedentes de esta Cámara se ha hecho lugar parcialmente a pedidos cautelares de suspensión de la ley 27.605 al advertir, en base a un informe contable suficientemente detallado, que se producía *prima facie* una confiscatoriedad por la aplicación de parte del impuesto (ver FMZ 4201/2021/1/CA1, caratulados "Inc. apelación de Terranova, Eduardo R. c. PEN-AFIP s/ Acción mere declarativa de inconstitucionalidad"; y FMZ 3722/2021/1/CA1, caratulados "Inc. apelación en autos Nucete, Rafael M. c. AFIP-DGI s/ Acción mere declarativa de inconstitucionalidad"; ambos de la Sala B, pero integrados, respectivamente, con los jueces de la Sala A Dres. Pérez Curci y Pizarro).

Sin embargo, en el caso de marras —y más allá de las razones por las que la Sra. Jueza de grado omitió ponderar el informe contable— se observa que este no contiene información suficiente para hacer un análisis aunque sea somero y provisorio de la alegada confiscatoriedad del impuesto respecto de los bienes situados en el exterior. Concretamente, no surge cuál sería el importe del ASE que debería abonar por esos bienes y tampoco surge que dicho pago consuma la totalidad o más de las rentas que ellos producen, tal como afirma la actora.

En efecto, en el informe contable se declara que las ganancias que produjeron los bienes en el exterior en el período 2020 fueron de \$13.972.414,68 por rendimientos más \$28.156.239,39 por capital (información tomada de la declaración jurada del impuesto a las ganancias período 2020), pero no se declara cuál es el valor de los bienes en el extranjero ni el importe de

ASE que debería pagar por estos. Además, si bien el contador afirma que el ASE sería indudablemente confiscatorio porque tiene una alícuota mayor que el impuesto a los bienes personales y este, en el período 2020, fue de \$55.568.242,21 por los bienes extranjeros, evidentemente incurrió en un error ya que para ello citó el Anexo II de su informe, el cual contiene la declaración ju-

rada del impuesto a los bienes personales período 2019, no período 2020.

En suma, no hay constancia en este incidente de cuál fue el importe de impuesto a los bienes personales por el período 2020 ni del importe que correspondería pagar por ASE respecto de bienes en el exterior en el mismo período.

Así las cosas, resulta que el informe contable no justifica prima facie que el ASE es confiscatorio respecto de los bienes situados fuera del país.

Por otra parte, si bien es cierto que la jueza de primera instancia no trató los otros argumentos o peticiones cuya verosimilitud o acreditación no dependía de una pericia contable, ello no modifica la conclusión a la que arriba esta Sala.

Ello así, en tanto y en cuanto dichos argumentos (vale recordar, la alegada violación del derecho a la igualdad por la alícuota diferencial para los bienes en el exterior, la cuestión relativa a la naturaleza de la exacción —si es o no tributo—, y la aplicación del aporte solidario respecto de los bienes inexistentes a la fecha de vigencia de esta) deberán analizarse al dictarse sentencia definitiva, una vez oídas las partes y producida toda la prueba, porque no resulta manifiesta su procedencia en este estado larval del proceso como para ordenar cautelarmente la suspensión de una ley dictada por el Congreso.

b) Tampoco asiste razón a la apelante respecto de la demostración del peligro en la demora. Cabe destacar que, no corresponde su análisis ante supuestos como el presente, en los que no se ha logrado acreditar mínimamente la existencia de la viabilidad de su reclamo en derecho.

En efecto, se ha sostenido que los presupuestos mencionados se relacionan de tal modo que, a mayor verosimilitud del derecho, corresponde no ser tan riguroso en la apreciación del peligro del daño y —viceversa— cuando existe el riesgo de un daño extremo e irreparable la exigencia respecto del “fumus” se puede atemperar.

Si se tiene en cuenta tal relación inescindible entre ambos requisitos, a contrario sensu podría decirse que, a menor verosimilitud del derecho, debe tenerse mayor rigurosidad respecto al peligro en la demora.

El examen de la concurrencia de este segundo requisito impone una apreciación atenta de la realidad comprometida con el objeto de establecer cabalmente si las secuelas que lleguen a producir los hechos que se pretenden evitar pueden restar eficacia al reconocimiento del derecho en

juego, originado por la sentencia dictada como acto final y extintivo del proceso (Fallos: 319:1277). En este sentido se ha destacado que ese extremo debe resultar en forma objetiva del examen sobre los distintos efectos que podría provocar la aplicación de las disposiciones o actos impugnados (Fallos: 318:30; 325:388; 339:225).

En los presentes obrados, el peligro invocado no ostenta suficiente fundamentación, toda vez que, la situación financiera perjudicial que alega la actora con la prueba instrumental que acompaña, si bien podrían ser una pauta indicativa de daño patrimonial, este amerita un campo probatorio de mayor amplitud y contradicción o, al menos, de un informe contable más detallado.

En similar sentido ha resuelto este Tribunal en los autos N° FMZ 14915/2020/1/CA1, caratulados: “Inc. Apelación de Cartellone, Gerardo AFIP en autos Cartellone, Gerardo c. AFIP s/ acción mere declarativa de inconstitucionalidad”, de fecha 17/08/2021; y en autos FMZ 3726/2021/1/CA1, caratulados “Arizu, Patricia M. R. c. PEN s/ acción mere declarativa de inconstitucionalidad”, resolución del 21 de setiembre de 2021.

En razón de la totalidad de los argumentos brindados, teniendo en consideración el criterio restringido que impone el procedimiento cautelar y sin formular un juicio definitivo acerca de la cuestión que se controvierte en este proceso, esta Sala entiende que el recurso de apelación aquí intentado no debe ser acogido, debiendo confirmarse la resolución que rechaza la medida cautelar solicitada.

Debido a que, por lo expuesto, no es posible dar despacho favorable al pedido cautelar, resulta innecesario adentrarnos en el resto de los agravios.

Ello así, atento a que “...no es necesario que se ponderen todas las cuestiones propuestas por el recurrente, sino solo aquellas que se estimen decisivas para la solución del litigio” (conf. Fallos: 312:1500; 308:2263; 234:250; 294:427; 322:270; 316:2908; 316:50; 315:1185; 311:1191).

Por todo lo expuesto, por unanimidad se resuelve: 1°) No hacer lugar al recurso de apelación deducido por la parte actora el 29 de diciembre de 2021 y, en consecuencia, confirmar la resolución del día 22 del mismo mes y año por el fundamento expuesto en los considerandos. 2°) Costas a la recurrente perdidosa (cfr. art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). 3°) Diferir la regulación de honorarios para cuando sean determinados los de primera instancia. Cópiese. Notifíquese. Protocolícese. — Manuel A. Pizarro. — Gustavo Castineira de Dios. — Juan I. Pérez Curci.

THOMSON REUTERS
LA LEY[™]

Información confiable que avala sus argumentos.

FUENTES DE LAS OBLIGACIONES

Autores: **Fulvio G. Santarelli**
Segundo J. Méndez Acosta

2022

Esta obra contiene códigos QR con material adicional.

2 Tomos disponibles en papel y eBook.

Esta obra sintetiza los conceptos elementales de las fuentes de las obligaciones en el derecho patrimonial argentino, con la intención de ordenar las ideas y plasmarlas, de modo tal de exhibir el verdadero potencial de las obligaciones en las dos fuentes que más exigen a la teoría general: los contratos y la responsabilidad civil, sin dejar de desarrollar el régimen general de la obligación.

La publicación cuenta con dos tomos: el primero aborda las fuentes en general, los contratos y la responsabilidad civil. El segundo, la teoría general de la obligación.

Adquirí la obra llamando al **0810-266-4444** o ingresando en www.tienda.thomsonreuters.com.ar

THOMSON REUTERS®

Seguí nuestra página de **LinkedIn** con contenido específico para abogados.

ThomsonReutersLaLey
@TRLaLey
ThomsonReutersLatam
ThomsonReutersLatam

Edictos

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 7, a cargo del Dr. Javier Pico Terro, Secretaría N° 14, a mi cargo, sito en Libertad 731, 6° piso de la Capital Federal, comunica que la Sra. MARÍA LOURDES PALENQUE CORDOVA con DNI N° 93.764.091, nacida el 25 de marzo de 1961 Cochabamba, República de Bolivia, ha solicitado la de-

claración de la Ciudadanía Argentina. Cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que pudiese obstar a dicha concesión, deberá hacer saber su oposición fundada al Juzgado. El presente se publica a los efectos del art. 11 de la ley 346. Publíquese por dos días dentro de un plazo de quince días.
Buenos Aires, 27 de abril de 2022

Carlos G. Mallo, sec. fed.
LA LEY: I. 13/05/22 V. 13/05/22

Ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 10, Secretaría N° 19, sito en Libertad 731, 9° piso de esta ciudad, tramita el pedido de ciudadanía argentina de el/la Sr./Sra. ELIZABETH VINICIO DÍAZ de nacionalidad domi-

nicana con 94.749.113 según Exp. N° “VINICIO DÍAZ, ELIZABETH s/ SOLICITUD DE CARTA DE CIUDADANÍA”. Por ello cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que estimara podría obstar a dicha concesión, deberá hacerlo saber a este Juzgado. Publíquese por dos días.
Buenos Aires, 28 de abril de 2022

María Lucila Koon, sec.
LA LEY: I. 12/05/22 V. 13/05/22

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 8, secretaria N° 15, sito en Libertad 731 7° piso de esta ciudad, informa que JUAN CARLOS BETANCOURT ROJAS de nacionalidad venezolana con DNI 95.489.618 ha iniciado los

trámites tendientes a obtener la ciudadanía argentina. Por ello cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que estimara podría obstar a dicha concesión, deberá hacerlo saber a este Juzgado. Publíquese por dos días.
Buenos Aires, 8 de marzo de 2022
Felipe J. Cortés Funes, sec.
LA LEY: I. 12/05/22 V. 13/05/22

Director Editorial: Fulvio G. Santarelli
Jefa de Redacción: Yamila Cagliero

Editores:

Nicolás R. Acerbi Valderrama
Flores Candia

Elia Reátegui Hehn
Marlene Slattery

PROPIEDAD DE LA LEY S.A.E. e I.

Administración, Comercialización y Redacción:
Tucumán 1471 (C. P. 1050 AAC)
Bs. As. República Argentina
Impreso en La Ley, Rivadavia 130, Avellaneda,
Provincia de Buenos Aires.

Thomsonreuterslaley

TRLaLey

linkedin.com/showcase/thomson-reuters-argentina-legal/

thomsonreuters.com.ar/es/soluciones-legales/blog-legal.html

Centro de atención al cliente:

0810-266-4444