

Doctrina

Singularidad y fuentes del sistema judicialista argentino

Alcances de la revisión judicial de la actividad de la Administración



Juan Carlos Cassagne

Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Académico Honorario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid. Miembro correspondiente de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de Madrid y de varias academias iberoamericanas.

SUMARIO: I. Introducción: sobre las fuentes del sistema judicialista argentino.— II. Un concepto previo: el acto jurisdiccional de la Administración.— III. Reflexiones sobre el modelo constitucional adoptado y la separación de los poderes.— IV. Excurso acerca del juzgamiento de las causas contencioso-administrativas.— V. La proyección en Iberoamérica de la interdicción al Ejecutivo del ejercicio de las funciones judiciales.— VI. Estructura del sistema constitucional argentino de control judicial de la Administración Pública: el judicialismo acentuado o puro como producto de nuestra historia y de los antecedentes hispánicos.— VII. Analogías y diferencias entre el derecho norteamericano y el argentino respecto del control judicial de la actividad de la Administración.— VIII. Conclusiones.

I. Introducción: sobre las fuentes del sistema judicialista argentino

En este ensayo nos proponemos reflexionar acerca de la construcción doctrinaria y jurisprudencial elaborada en torno a los principios aplicables al control o revisión (1) que realizan los jueces sobre la actividad administrativa, conforme a nuestra Constitución (en sentido formal y material), así como, sobre las reglas referidas al control de los actos de naturaleza jurisdiccional emanados de órganos que gozan de independencia funcional que, en la terminología de la Corte, se denominan tribunales administrativos.

Adelantamos que no haremos aquí el examen completo del sistema judicial argentino en lo concerniente a los principios y requisitos que rigen los clásicos y modernos procesos constitucionales (vgr. amparo, acciones declarativas de inconstitucionalidad y otros) (2), incluso de la llamada descalificación (no aplicación) legislativa dispuesta por la Corte Suprema en vía no judicial, tema que ha merecido recientemente la atención de un distinguido iuspublicista (3).

Los principios que integran el sistema judicialista en lo atinente al proceso contencioso-administrativo se aplican también a la revisión, por parte del Poder Judicial, de las

decisiones que se dictan en procedimientos que se tramitan ante la Administración vinculados con el ejercicio de su potestad sancionatoria, cuya calificación como actos jurisdiccionales ha promovido discusiones doctrinarias y divergencias jurisprudenciales (4).

El análisis del tema debe contemplar, necesariamente, el estudio de las fuentes (5) del sistema judicialista adoptado por los constituyentes de 1853 y su aplicación a los justiciables con base en la premisa (que solía recordar García de Enterría) de que la relación entre la sociedad y el derecho solo la historia la revela.

A nuestro juicio, la clave para dilucidar las cuestiones que plantea la revisión judicial de la actividad de la Administración radica en la trascendencia y alcance que corresponde asignar al precepto que consagra la prohibición al Poder Ejecutivo de ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes y reestablecer las fenecidas (art. 109 C.N.) (6), interpretado dentro de un bloque de principios que sustentan su coherencia y cuyo carácter preceptivo le otorga a esta interdicción una peculiar fisonomía en el sistema constitucional (7).

Vamos, pues, a afirmar la singularidad de la Constitución Argentina antes que negar

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Véase: LUQUI, Roberto Enrique, "Revisión judicial de la actividad administrativa", Astrea, Buenos Aires, 2005, t. I, ps. 139-141, ha observado que el término *control* implica fiscalizar, verificar o intervenir en la acción de otro lo que traduce una relación de supremacía que no se da en la revisión judicial. Por su parte, Mairal ha criticado el uso de la expresión y afirma que el término "nos retrotrae a épocas superadas" ("*Control judicial de la Administración Pública*", La Ley, Buenos Aires, 2021, t. I, p. 12, nota 44). Esta crítica es injusta habida cuenta que la doctrina de la jurisdicción revisora hoy día se encuentra superada. Nosotros usamos ambas expresiones en forma indistinta considerando que, aunque le asiste razón a Luqui en el sentido de la terminología, existe un uso convencional en el derecho administrativo como acontece con otros conceptos utilizados en esta disciplina (vgr. ejecutoriedad, de procedencia italiana). La costumbre proviene del derecho español en el que el término *control* judicial o jurisdiccional, o incluso de fiscalización judicial, son de uso corriente. Así, González Pérez utiliza en varias de sus obras la expresión "*control jurisdiccional*" (Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, "Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa", Civitas, Madrid, 2003, 4ª ed, t. I, p. 174, entre otras). En Francia es común el empleo del término "*contrôle*" para referir-

se a la revisión jurisdiccional en el recurso por "*excès de pouvoir*". (véase: AUBY, J. M. y DRAGO, R., "*Traité de Contentieux Administratif*", L.G.D.J., Paris, 1975, t. 2, p. 385 y ss.). En los Estados Unidos se usan los términos "*judicial review*" y "*judicial control*", en forma indistinta como, en general, en Iberoamérica. Es probable que el uso del término *control* en España obedezca a la influencia francesa.

(2) Así como en determinados aspectos procesales de los mismos, como los efectos "*extra partes*" o "*erga omnes*" de las sentencias en las que se impugnan normas o actos administrativos que son comunes a los procesos contencioso-administrativos de impugnación de reglamentos, aspectos que abordamos en diversos libros y estudios, cuyo análisis integral requiere agruparlos en una obra de mayor extensión y excede los límites que nos hemos fijado para el presente trabajo.

(3) Vid SORIA, Daniel Fernando, "Descalificación de normas legislativas dispuesta por la Corte Suprema de Justicia en vía judicial", LA LEY 13/12/2022, 1 y ss.

(4) La naturaleza jurisdiccional o administrativa, en sentido material, de la actividad sancionatoria no incide en la tesis central de este trabajo en el que sostenemos la extensión al campo sancionatorio de los principios de derecho penal que rigen la revisión de los actos jurisdiccionales de la Administración.

(5) Las fuentes del sistema judicialista remiten a los antecedentes históricos de los preceptos constitucionales en alguno de los sentidos (formal, material, directo o indirecto).

(6) El art. 109 de la C.N. (ex art 95) cobra trascendencia en la doctrina de la Corte Suprema a partir del año 1960 con motivo de la sentencia dictada en el caso "Fernández Arias". Al revisar la jurisprudencia del Alto Tribunal de años anteriores hemos encontrado escuetas referencias a dicho precepto en materia de revisión de resoluciones de los Tribunales Militares en un fallo de 1927 (Fallos: 148-157) en el que se debatió la naturaleza jurisdiccional o administrativa del "Cumplase"; que da ejecutoriedad a las sentencias de los Tribunales Militares. Solo en el año siguiente, en un recurso extraordinario interpuesto contra un Decreto del P.E. que devolvió una sentencia dictada contra el Teniente Coronel D. Ángel Hernández (Fallos 149-175) dictada por el Supremo Consejo de Guerra para Jefes y Oficiales del Ejército y la Armada, el Alto Tribunal se expidió sobre el sentido y alcance del ex art. 95 C.N. (actual art. 109), al rechazar el recurso extraordinario interpuesto. Interesa señalar, a los fines de este tema, que el recurrente cuestionaba si un Decreto del Presidente de la República que devolvió la sentencia del Tribunal Militar, sin concederle el "Cumplase", incurría o no en violación de dicha norma constitucional. La Corte consideró

que no había, en tal caso, ejercicio de función judicial por parte del Ejecutivo sino el cumplimiento de facultades constitucionales propias y con relación al ex. Art. 95 de la C.N. expresó: "La disposición que niega al Presidente de la República el ejercicio de funciones judiciales o el derecho de conocer en causas pendientes o restablecer las fenecidas, responde al propósito de poner a cubierto a los habitantes de los abusos del gobierno y al de marcar la línea divisoria de los tres poderes que lo integran". No consideró, pues, la llamada *Corte de Bermejo* que era un precepto redundante.

(7) Cfr. AGUILAR VALDEZ, Oscar R., "El acto jurisdiccional. Algunas reflexiones sobre su régimen jurídico", Capítulo III, del libro *Acto Administrativo*, de la cátedra del Dr. Guido S. Tawil, p. 852 y ss., uno de los estudios de derecho nacional y comparado más completos y profundos escritos en nuestro país sobre la materia. Cabe acotar que dicho autor publicó con anterioridad su tesina titulada "Reflexiones sobre las funciones jurisdiccionales de los entes reguladores de servicios públicos a la luz del control judicial de la Administración", *Anuario de Derecho de la Universidad Austral*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 181 y ss. Se trata también de una investigación excelente en la que, sin embargo, sostuvo un concepto de función jurisdiccional distinto al criterio material que utiliza correctamente en el trabajo posterior citado, en línea

Nota a fallo

Efectos de la rehabilitación en el proceso concursal
Pedido de levantamiento de embargo ordenado sobre el salario del fallido. Rechazo. Relación de empleo anterior al decreto de falencia. Activo generador de frutos de ori-

gen preconcursal. Utilización disvaliosa y abusiva del instituto falencial. Mala fe.

CNCom., sala A, 11/05/2023. – J., D. P. s/Quiebra.

Rehabilitación, desapoderamiento y abuso del derecho
¿Causa la extensión temporal del desapoderamiento sobre salarios del fallido? ¿Obsta a la liberación del deudor?

Silvana M. García

Jurisprudencia

Cuestión negativa de competencia
Lugar donde se produjo el hurto o robo de la mercadería. Competencia en razón del territorio.
CFed. Corrientes, 28/04/2023. - AFIP - Aduana s/ incidente de incompetencia.

CORREO ARGENTINO	FRANQUEO A PAGAR
CENTRAL B	CUENTA N° 10269F1

lo que es y de explicar lo que no es (8). Comenzaremos por decir que el antecedente de esta norma, clave del sistema, se encuentra en el artículo 108 de la Constitución de Chile de 1833 y que este precepto reproduce los arts. 242 y 243 de la Constitución de Cádiz de 1812. Resulta útil bucear, también, en los antecedentes patrios, probablemente bien conocidos por Alberdi al elaborar su Proyecto de Constitución en el que se basó, principalmente, el constituyente de 1853 (9).

En efecto, en estas investigaciones de carácter histórico-constitucional es necesario tener en cuenta nuestros antecedentes preconstitucionales, algunos de los cuales llevaron a sancionar proyectos de Constitución que fueron rechazados por las Provincias, como las Constituciones de 1819 y 1826, orientadas decisivamente hacia la adopción del sistema judicialista (10).

La tarea de determinar cuáles fueron las fuentes que finalmente convergieron en el art. 109 de la C.N. conduce a reconstruir el camino de la historia legislativa de la norma, tal como lo ha hecho recientemente Bianchi, en un lúcido y fundado estudio, cuyo razonamiento y conclusiones no podemos menos que compartir (11).

Esa historia legislativa prueba, en forma concluyente, que la raíz hispánica de la fuente directa y próxima del art. 109 de la C.N. (en sentido material) aparece tempranamente con el dictado del Reglamento provisional del Poder Ejecutivo, que sancionaron los constituyentes de Cádiz el 16 de enero de 1811, tal como lo señalamos con anterioridad (12) y es, sin duda, el antecedente en que se inspiró el Deán Funes al redactar el Reglamento de División de Poderes de la Junta Conservadora del 22 de octubre de 1811 (13).

Resulta evidente, pues, quiérase o no, que el origen, digamos real, del referido precepto y de sus antecedentes chilenos y argentinos, posee filiación hispánica (14).

Nadie discute que los constituyentes adoptaron, principalmente, el modelo de la Constitución de Filadelfia en numerosos preceptos constitucionales, tal como lo hemos reconocido en diferentes ocasiones. Pero también es verdad que el concepto de modelo es, como se verá más adelante, un concepto relativo y que el resultado del proceso constituyente de 1853 constituyó un modelo ciertamente original, si bien adoptó principios y normas provenientes de diversas fuentes constitucionales, entre los cuales se cuentan proyectos elaborados en el derecho patrio.

Esta yuxtaposición o pluralidad de fuentes (15) vino a dar forma a una estructura quizás más compleja, en algunos aspectos, que las de las Constituciones entonces existentes, a raíz de su adaptación a la realidad vernácula y a la tradición histórica. Esto es lo que ha ocurrido con el diseño del sistema judicialista que, según las miras de los ordenamientos patrios, anteriores a la sanción de la Constitución de 1853, perseguían la instauración de un judicialismo acentuado o puro, en el que la jurisdicción administrativa primaria ni los lla-

mados tribunales administrativos tenían cabida. Es verdad también, que dicha concepción se morigeró en la evolución del sistema argentino, sin alterar la prohibición del ejercicio de funciones judiciales que imponía al Poder Ejecutivo, como luego veremos. En cambio, en los Estados Unidos se partió de la interpretación más absoluta de la división de los poderes, pero se arribó finalmente a una solución opuesta a ese punto de partida, llegándose a reconocer hasta los “jueces administrativos” y una jurisdicción administrativa primaria en cabeza de las agencias.

Por tales razones, hoy día resulta imposible sostener o apoyarse en los dichos de Sarmiento y de otros publicistas de esa época, felizmente superada, cuando afirmaban que la Constitución Argentina era un calco o copia servil de la de los Estados Unidos de América y que ella debía interpretarse conforme lo hacía la doctrina y la jurisprudencia norteamericanas.

Lejos de las ideologías nacionalistas pensamos que, a la vista de la evolución producida en ambos sistemas (que presenta peculiaridades específicas), una dependencia de tal índole representa una idea anacrónica, máxime teniendo en cuenta que el nivel alcanzado por nuestra doctrina y los precedentes judiciales no justifican esa postura, aunque la doctrina y jurisprudencia norteamericanas puedan ser valiosas a efectos comparatistas.

Finalmente, no está de más recordar las opiniones de grandes publicistas argentinos sobre las fuentes de la Constitución a quienes, en forma equivocada, se los ubica en las antipodas de nuestro pensamiento.

Así, Bosch (16) reconoció la influencia de los antecedentes patrios en el modelo judicialista al decir que “conviene hacer constar que en las Constituciones nacionales de 1819 y 1826 aparece atribuida a la Alta Corte de Justicia la facultad de decidir en asuntos de la índole que nos ocupan. En la primera se dice que el aludido tribunal conocerá “originaria y exclusivamente” en las causas que tengan su origen en contratos entre el gobierno y un particular...”, lo que se repite en la Constitución de 1826 con más extensión, al hablar de causas “...que resulten con motivo de contratos o negociaciones del Poder Ejecutivo o sus agentes”, y, en esta última, también se prescribe que la Alta Corte de Justicia tendrá jurisdicción apelada “...en todos los negocios contenciosos de hacienda” (17).

En coincidencia con esa opinión, Joaquín V. González se refirió a la trascendencia de los antecedentes hispánicos en varias partes de su extensa obra, que algunos comentaristas omiten mencionar escudándose en que sostuvo que la Constitución de Filadelfia fue modelo de la Argentina, frase que debe entenderse con referencia al modelo principal que adoptó la Constitución, es decir, en un sentido relativo que no excluye otras fuentes.

En este punto, el pensamiento de González surge de varios escritos y obras del insigne estadista. En uno de ellos expresó, refiriéndose a la Constitución argentina, que:

titución de 1819 (art. 97 y 114) y, marcadamente, en la Constitución de 1826 (arts. 119, 120, 123 y 164) que atribuye a la Alta Corte de Justicia el conocimiento de las causas contencioso-administrativas (arts. 119 y 120) como, asimismo, en grado de apelación, de todos los negocios contenciosos de Hacienda. Tal era la tradición histórica constitucional que nutre el sentido del art. 109 de la C.N. que no pudo pasarle desapercibido a Alberdi.

(11) BIANCHI, Alberto. B., “Dos comentarios sobre la jurisdicción federal en la Argentina”, LA LEY 07/02/2023, 1.

(12) Cfr. nuestro “Derecho Administrativo y Derecho Público General”, BdeF, Buenos Aires, 2020, ps. 100-101.

(13) BIANCHI, Alberto. B., “Dos comentarios...”, cit., ps. 3-4, rebate la opinión expuesta por García Mansilla y comparte la nuestra (p. 3 nota 35).

“Obedece al sistema de principios jurídicos representados por la Constitución de los Estados Unidos, según dije antes, pero nuestros constituyentes, más adheridos y lógicos con la tradición de los países más afines, imprimieron a la nuestra los caracteres homogéneos de su código, la incorporaron todos los resultados de nuestra propia historia jurídica, y expresaron en ella todas las aspiraciones de grandeza que habían concebido al planear, junto con su carta orgánica, la nación misma en su desarrollo futuro, dentro de la civilización occidental” (18).

Y, con respecto a la influencia de las instituciones hispánicas, por si quedaran dudas sobre el pensamiento del ilustre riojano, recordemos que dijo:

“La libertad y la democracia, dice García Calderón, son más antiguas en España que en Inglaterra. La Corte de León de 1020, anterior a la Magna Carta inglesa, concedía a las municipalidades una jurisdicción administrativa y judicial: reconocía el derecho hereditario al siervo, a la tierra que cultiva y su plena libertad de cambiar de Señor; era un feudalismo mitigado. Las primeras Cartas de Castilla reconocen los derechos de las ciudades”.

Con el criterio de algunos, Joaquín V. González merecería recibir una calificación similar a la que recibimos nosotros (la de ser más españolista que los propios españoles) pues agrega que: “Los viejos códigos españoles desde las Partidas y las Recopilaciones, Ordenanzas de Minería de la Península y las especiales para América, verdaderos monumentos de sabiduría y experiencia, al regir la vida del trabajo, de las transacciones y los derechos hereditarios y contractuales, mantenían un orden jurídico estable y progresivo en su aparente inmovilidad; de manera que, a falta de una vida política activa, digna de llamarse una democracia, si quiera fuese embrionaria, se desenvolvía otra más serena, invariable hasta la rutina, pero que hacía las veces de una constitución política, la cual, en definitiva no tiene otro objetivo que hacer posible, garantizar y fecundar, por decirlo así, la vida privada de la sociedad” (19).

Con relación a la doctrina nacional más cercana a este tiempo, dijimos en otra oportunidad y lo reiteramos ahora que Bidart Campos fue muy claro al señalar que: “Nuestra Constitución no ha escapado al fenómeno que damos en calificar como imitación extraterritorial del derecho, ni a la influencia de fuentes extranjeras. Sería redundante reiterar ahora la incidencia innegable de la Constitución norteamericana. Lo que en cambio no resulta redundante es reafirmar la originalidad de nuestra Constitución en un triple sentido: 1) las instituciones que se han inspirado en fuentes extranjeras han recibido, no obstante, la necesaria adaptación a nuestro medio, o aun dando seguimiento a modelos extranjeros, han hallado razón histórica propia en nuestra comunidad; 2) otros contenidos son singularmente autóctonos o tradicionales, con respaldo en antecedentes propios, anteriores o posteriores a 1810; 3) la Constitución in totum contiene una fórmula política pensada y proyectada como solución empírica para nuestra comunidad, tal como lo proyectó y proclamó Alberdi” (20).

Demasiado se ha discutido sobre la influencia que tuvo el Proyecto de Alberdi y su trascendente libro, conocido entonces ampliamente, que lleva por título “Bases y puntos de la partida para la organización política de la República Argentina, derivados de la ley que preside al desarrollo de la civilización en la América del Sud”, tema que abordamos en varios trabajos anteriores (21). Continuar esta polémica carece de sentido y los intentos de revivirla están destinados al fracaso. Aun dejando de lado los motivos que persiguen los intentos en contradecir esa influencia, basta con comprobar su semejanza para advertir al propio tiempo la pluralidad de fuentes que exhibe el proyecto del ilustre tucumano, lo que no implica negar la trascendencia del modelo estadounidense, como hemos escrito en forma reiterada.

En este sentido, la doctrina constitucional actual más autorizada ha señalado que “... casi el noventa por ciento del texto proyectado por Alberdi en 1852 tiene semejanza o alguna semejanza conceptual con las reglas fijadas por el constituyente originario en 1853” (22) y que no puede negarse tanto la influencia significativa de Alberdi en el ideario constitucional (23) como el hecho de que nuestra Constitución exhibe “una mezcla de fuentes”, debiendo adicionarse todavía las que surgen de la reforma constitucional de 1994, la mayoría de cuyos preceptos están influenciados por la Constitución Española de 1978 y la Constitución Italiana de 1947 (24), junto a las prescripciones del Pacto del San José de Costa Rica (CADH), aplicables en virtud de lo prescripto en el art. 75 inc. 22 de la C.N.

II. Un concepto previo: el acto jurisdiccional de la Administración

Para comprender cabalmente el diseño del sistema judicialista argentino, así como otros del derecho comprado, resulta necesario determinar qué se entiende por *acto jurisdiccional de la Administración*, lo que requiere partir del concepto de *función jurisdiccional*, básicamente en sentido material (25), lo cual implica desechar el criterio orgánico basado en los caracteres que deben reunir los tribunales u órganos administrativos cuando ejercen funciones jurisdiccionales, caracteres que no hacen a la materialidad de la función.

En medio de los errores y confusiones doctrinarias iniciales, multiplicados de un modo exponencial en la actualidad, cobran importancia las enseñanzas de Jorge Tristán Bosch, el jurista de mayor relevancia que escribió sobre la materia en nuestra República y que refutó a quienes postulaban un criterio orgánico para definir las funciones del Estado señalando que: *poco importa, entonces, en cuanto a la naturaleza del acto se refiere que este sea pronunciado por un tercero más o menos imparcial o por quien es parte en el litigio. Esta es una cuestión de política jurídica, muy importante, por cierto, pero que no tiene carácter decisivo ni afecta la naturaleza del acto en sí* (26).

La materialidad de la jurisdicción —como enseña la teoría procesal— es susceptible de

con la opinión de Bosch y la nuestra.

(8) Como escribió Voltaire en *Héloïse*: “de nier ce qui est, et d'expliquer ce qui n'est pas”.

(9) Opinión sostenida y muy bien explicada por MAYER, Jorge en “La influencia de Alberdi, Gorostiaga, Campillo y Gutiérrez en la Constitución de 1853”, *Anticipo de Anales Año XVI*, Segunda Época, N° 19, Buenos Aires, 1981, p. 3 y ss. Véanse también, entre las posturas semejantes: MANILI, Pablo Luis en su “Tratado de Derecho Constitucional Argentino y Comparado”, T° I, La Ley, Buenos Aires, 2021, p. 426 y ss. Este autor discrepa con Seco Villalba en cuanto relativizó la influencia que tuvo el Proyecto de Alberdi en la Constitución de 1853 (Cfr. SECO VILLALBA, José A., “Fuentes de la Constitución Argentina”, Depalma, Buenos Aires, 1943, p. 117).

(10) El modelo judicialista fue adoptado en la Cons-

(14) *Ibidem*, p. 4.

(15) SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Elementos de Derecho Constitucional”, Astrea, Buenos Aires, 2002, reimpresión, t. I, ps. 238-239.1

(16) BOSCH, José Tristán, “¿Tribunales Judiciales o Tribunales Administrativos para juzgar a la Administración Pública?”, Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, 1951, p. 53.

(17) Cfr. Art. 97 de la Constitución de 1819 y arts. 119, 120 y 123 de la Constitución de 1826.

(18) Cfr. “Obras Completas de Joaquín V. González”, ed. Congreso de la Nación Argentina, T° XII, Buenos Aires, 1935, ps. 20-21.

(19) *Ibidem*, T° X, ps. 94-95.

(20) BIDART CAMPOS, Germán J., “La tipología de la Constitución Argentina”, en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, Serie I,

N° 12, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1973, p. 103.

(21) Las fuentes de la Constitución Nacional y el Derecho Administrativo, LA LEY, 2007-E, 993.

(22) FERREYRA, Raúl Gustavo, “Fundamentos constitucionales”, Ediar, Buenos Aires, 2019, p. 108.

(23) DALLA VÍA, Alberto R., “Teoría del Estado y de la Constitución”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2013, t. I-B, p. 697 y ss., y del mismo autor “Derecho constitucional argentino”, diario LA LEY del 12 de junio de 1975, allí citados en nota 34.

(24) DALLA VÍA, Alberto R., ob. cit., p. 747.

(25) *Vid* FERREYRA, Raúl Gustavo, “Notas sobre Derecho Constitucional y Garantías”, Ediar, Buenos Aires, 2016, 2ª ed. revisada y aumentada, p. 250.

(26) Cfr. BOSCH, Jorge Tristán, “¿Tribunales Judiciales...”, cit., p. 96.

dividirse en contencioso y voluntaria (27). A su vez, existe también la posibilidad de definir la jurisdicción “*in genere*”, incluyendo en el concepto tanto la actividad de resolver controversias (carácter contencioso) como el ejercicio del “*ius puniendi*” (carácter sancionatorio). En ambos casos, las decisiones jurisdiccionales de la Administración gozan de la llamada cosa juzgada material y formal, con arreglo a los principios que rigen el sistema judicialista, o sea, cuando no se impugnan dichas decisiones ante los jueces.

En el plano de la jurisdicción contenciosa, se concibe al acto jurisdiccional como producto de la función de juzgar en sentido material, es decir, como aquel que decide una controversia con fuerza de verdad legal (28) y cuyas características generales son: (i) no procede la avocación, reforma o modificación de la decisión administrativa; (ii) el ente o tribunal respectivo carece de potestad para revocar el acto por razones de interés público, rigiendo los principios del proceso judicial; (iii) poseen cosa juzgada formal, que difiere de la cosa juzgada administrativa en cuanto esta última no es absoluta (vgr. revocación a favor del administrado) (29).

Por esa causa, los autores que adoptan el criterio orgánico y sostienen que los actos de substancia jurisdiccional son actos administrativos se ven en dificultades para explicar cuál es el régimen jurídico de esos actos y como la preceptiva de la LNPA que los rige es inaplicable “*in totum*”, optan por no establecer distinciones relevantes (30), incluso aquellos que emplean la denominación de *actos cuasi jurisdiccionales* proveniente del derecho estadounidense.

Ahora bien, la conceptualización del acto jurisdiccional conforme a su naturaleza material no implica que su validez no pueda verse afectada. Esto sucede, porque los órganos que la ejerzan, en los sistemas adheridos a la CADH (31), como el nuestro (art. 75 inc. 22 C.N.), tienen que cumplir con el requisito de estar configurados como entes imparciales e independientes (32). Sin embargo, reiteramos, ello no hace a la naturaleza de la función sino a una garantía constitucional cuya violación constituye un vicio en la competencia del órgano y cuyos actos pueden declararse inconstitucionales por dicha causal. Debemos advertir, sin embargo, que el tema de los vicios de inconstitucionalidad de los actos jurisdiccionales de la Administración carece de estudios sistemáticos y esa es, quizás, la causa de la confusión doctrinaria que no es meramente terminológica sino conceptual. Esta verdadera laguna del régimen jurídico de los actos jurisdiccionales de la Administración debería subsanarse por vía legislativa, manteniendo los principios de revisión final por los jueces y de control amplio y suficiente, junto a los re-

quisitos inherentes a la garantía de la defensa. De ese modo, el sistema realiza la tutela judicial efectiva.

En este escenario, las dificultades que plantea el hecho de no seguir el criterio material para definir las funciones del Estado han llevado a la doctrina a sostener diferentes posturas.

Salvo quienes sin mayores precisiones sobre su régimen jurídico califican a estos actos como administrativos en función de un criterio orgánico (Gordillo y Hutchinson) (33), hay autores que, basándose en la distinción entre función judicial y función jurisdiccional los llaman “actos cuasi-jurisdiccionales” (34), concepto ambiguo e impropio, criterio en definitiva material que combina con requisitos orgánicos. Cabe advertir que, en su momento, Bielsa diferenció la *función jurisdiccional* de la *judicial* refutando la opinión de la doctrina (35) que la sostenía, mientras que otros autores utilizamos la terminología de *actos jurisdiccionales del Poder Ejecutivo* o *actos jurisdiccionales de la Administración* (36).

En ese sentido, pocas veces la doctrina se ha ocupado del régimen de los actos jurisdiccionales de la Administración, particularmente del que rige la actividad de los entes reguladores, señalando las deficiencias de las normas de procedimiento administrativo para regular este tipo de actos (37).

III. Reflexiones sobre el modelo constitucional adoptado y la separación de los poderes

La determinación del modelo que adoptó nuestra Constitución, en lo relativo al control judicial de la actividad de la Administración Pública, requiere examinar el sentido que cabe asignarle al principio de la separación de poderes. Repárese que no estamos hablando del modelo “*in genere*” de la Constitución, sino del modelo específico que adoptó su sistema judicialista sobre la jurisdicción contencioso-administrativa y la actividad sancionatoria de la Administración.

Como han expresado juristas de la talla de Bosch y de García de Enterría, las cuestiones que están en el fondo del debate son similares a las que se plantearon inicialmente en Francia y en los Estados Unidos.

Según Bosch, las concepciones teóricas que guiaron a la primera constituyente francesa a partir de 1789, que culminaron con la sanción de la Constitución de 1791, fueron principalmente dos: “en primer término, la relativa a la separación de poderes que ejerció una influencia genérica sobre la labor de la misma y, en segundo lugar, la referente a la naturaleza de las funciones ejecutiva y judicial, cuestión decisiva para la materia que nos ocupa” (38).

(33) NALLAR DERA, Daniel Mauro, “Regulación y control de los servicios públicos”, Marcial Pons, Buenos Aires, 2010, p. 79 y ss., ha sostenido que la función de resolver controversias que adjudican las leyes a los entes reguladores del gas y de la electricidad no traducen el ejercicio de funciones jurisdiccionales. Por razones que hacen a la especialidad de dichos entes considera que se trata de actos administrativos (ob. cit., p. 483). De la misma opinión participa BUTELER, Alfonso, “Derecho Administrativo Argentino”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2016, t. I, ps. 53-55.

(34) MAIRAL, Héctor A., “Control Judicial de la Administración”, Tº I, La Ley, Buenos Aires, 2021, p. 14 y ss., sin proporcionar una definición precisa excluye de estos actos las resoluciones jurisdiccionales de los tribunales administrativos (op. cit., p. 14) sin determinar tampoco cuál es su régimen jurídico. Resulta evidente que este autor se ha dado cuenta que existen actos jurisdiccionales de la Administración. Pero en vez de reconocer esta coincidencia sustancial con nuestra tesis y abordar el régimen jurídico de estos actos opta por una terminología ambigua proveniente del derecho norteamericano, omitiendo toda crítica a la doctrina que postula que se trata de actos administrativos, como viene sosteniendo Gordillo desde sus primeros trabajos. Si se reconociera sustancia administrativa a esta clase de decisiones, como -por ejemplo-

Y si bien las ideas en que se apoyó la primera constituyente francesa fueron posteriormente abandonadas y se consideran en la actualidad superadas, la explicación del resultado que se alcanzó, como consecuencia de suponer que la función de juzgar a la Administración era también administrar, hizo posible que se la atribuyera a un órgano administrativo, “sin desmedro del principio absoluto de especialización de las funciones entre los órganos...”, porque “de haber concebido a esta función como judicial, para satisfacer el citado principio de especialización, se hubiera visto precisada a otorgar ese contralor al órgano judicial, a los tribunales de justicia. Pero en esa forma, hubiese violado el segundo principio absoluto de independencia de órganos, puesto que el judicial hubiera aparecido juzgando los actos del órgano ejecutivo” (39).

Un dilema que, en cierto modo, guarda semejanza, se planteó en los Estados Unidos como consecuencia de haber adoptado, en los comienzos, una visión de la teoría de la separación de los poderes basada en el principio absoluto de especialización de las funciones de los órganos del Estado.

Esta problemática, que finalmente desembocó en el galimatías de la creación de agencias administrativas independientes del Poder Ejecutivo, fue consecuencia de que la adopción del *principio absoluto de especialización* implicaba en la práctica una denegación de justicia, al impedirse a los jueces entender en el juzgamiento de todas las causas en que el Poder Ejecutivo fuera parte (salvo en las violaciones manifiestas de la Constitución).

Uno de los grandes juristas españoles que ha descripto con mayor lucidez y lógica el callejón sin salida en que estaba sumido el sistema estadounidense de juzgamiento de la actividad administrativa ha sido, sin duda, el maestro García de Enterría (40), quien refiere que casi cien años después de la sanción de la Constitución de Filadelfia la Suprema Corte norteamericana sentó una jurisprudencia constitucional susceptible de causar asombro a los juristas de orientación continental europea.

En efecto, en el conocido caso “Killbourn v. Thomson” del año 1881, se afirma textualmente que resulta “...esencial al funcionamiento positivo de este sistema que las personas a quienes se ha confiado el poder en cualquiera de estas ramas o poderes no se inmiscuyan en los poderes conferidos a los otros, sino que cada uno según el derecho de su creación se limite al ejercicio de los poderes apropiados a su propia esfera y no a la de los otros” (41).

De ese enredo que impedía el efectivo control de la actividad administrativa por parte de los jueces se salió a medias con la sanción

de la APA (*Federal Administrative Procedure Act*), que prescribió la revisión judicial (*judicial review*), pero admitiendo la posibilidad de cerrar el acceso a la justicia por normas singulares (42).

Uno de los remedios que encontró el derecho norteamericano para paliar ese déficit del sistema judicial consistió en la creación, por vía del Congreso, de agencias administrativas independientes del Ejecutivo a las que se le asignaron funciones tanto administrativas como legislativas y, al propio tiempo, la función jurisdiccional. Así, las agencias resuelven muchas veces cuestiones de hecho mediante decisiones que no son susceptibles de apelación y, en definitiva, resuelven sobre sus propios actos, lo que implica una abierta transgresión del principio absoluto de especialización funcional que antes había adoptado la interpretación constitucional, tanto la sostenida por Jefferson como por Marshall.

Tal sistema, de trasladarse a la Argentina, aparte de restringir el control judicial y violar la interdicción del art. 109 de la C.N., resultaría contrario a nuestra tradición e idiosincrasia y no existe precedente alguno de la Corte que convalide o recoja siquiera la exclusión de la revisión judicial que exhibe el sistema judicialista norteamericano, a partir de la interpretación absoluta del principio de especialización funcional primero, y, más tarde, de la peculiar interpretación que se terminó haciendo sobre la teoría de la separación de los poderes, como consecuencia de la implantación de la jurisdicción administrativa primaria y de la doctrina de la deferencia aplicables a las agencias reguladoras independientes, junto a la atribución de funciones estatales, materialmente administrativas y legislativas.

Cuadra advertir que un modelo jurídico se identifica siempre con aquellas conexiones de sentido que sirven para orientar las conductas referidas, en el caso, a la interpretación y aplicación del derecho vernáculo.

Si por modelo se entiende (según la primera acepción de la RAE) el arquetipo o punto de referencia para imitarlo o reproducirlo, va de suyo que se trata de un concepto relativo, ya que mientras la imitación admite variaciones la reproducción puede ser total o parcial.

El error de un grupo de autores que han sostenido o sustentan en forma encubierta, que la Constitución Argentina (aunque sin exagerar como Sarmiento) constituye una reproducción de la norteamericana, estriba en no reconocer que nuestra Carta Magna no se basó en una sola fuente sino en varias (43). No hubo entonces, en la Constituyente de 1853 (basada en el Proyecto de Alberdi) (44) un único modelo sino varios, aunque el modelo de la Constitución de Filadelfia haya tenido

(27) PALACIO, Lino Enrique, “Derecho Procesal Civil”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1986, 2ª ed., t. I, ps. 14-17; ALSINA, Hugo, “Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial”, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1941, t. I, p. 540 y ss. La actividad que despliegan los jueces en la llamada jurisdicción voluntaria es, sustancialmente, actividad materialmente administrativa.

(28) Cfr. AGUILAR VALDEZ, Oscar R., “El acto jurisdiccional...”, ob. cit., p. 865; y DURAND, Julio C., “La especialidad de las normas de procedimiento jurisdiccional ante los entes reguladores”, JA-III, 2006-III, Número Especial, p. 30 y ss.

(29) Véase nuestro libro “El Acto Administrativo (Teoría y régimen jurídico)”, 4ª ed. actualizada, La Ley, Buenos Aires, 2021, ps. 181-183.

(30) GORDILLO, Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo”, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2003, 8ª ed., t. I, ps. IX. Véase también a HUTCHISON, Tomás, “Derecho Procesal Administrativo”, Rubinzal-Cuilzoni, Santa Fe, 2009, t. I, p. 434, aunque este último autor apunta alguna diferencia que distingue el régimen jurídico de actos jurisdiccionales de la Administración de los actos administrativos.

(31) Art. 8º CADH.

(32) AGUILAR Valdez, Oscar R., “Acto jurisdiccional...”, cit., p. 865.

las sanciones que impone la Administración, se daría la paradoja que su aplicación se regiría por el procedimiento administrativo (sin las garantías del proceso penal) y el régimen de los respectivos actos sería el de la LNPA que regula el acto administrativo, lo cual contradice los principios del Estado de Derecho que prescribe la Constitución, como se verá en el acápite correspondiente.

(35) BOSCH, Jorge Tristán, “¿Tribunales judiciales...”, cit., p. 30 y ss., afirma que la distinción responde a la influencia francesa (es decir, a la distinción entre jurisdicción administrativa y jurisdicción judicial, distinción que carece de sentido en los sistemas judicialistas).

(36) LUQUI, Roberto Enrique, “Revisión judicial de la actividad administrativa. Juicios contencioso-administrativos”, Tº I, Astrea, Buenos Aires, 2005. P. 54.

(37) Véase: DURAND, Julio C., “La especialidad...”, cit., p. 34 y ss., realiza un acertado análisis acerca de las deficiencias que exhibe el régimen de las normas de procedimientos y su decreto reglamentario para reglar la actividad jurisdiccional de la Administración.

(38) BOSCH, José Tristán, “El origen de la jurisdicción contencioso-administrativa en Francia y la doctrina de la separación de los poderes”, en *Revista Argentina de Estudios Políticos*, N° 1, Buenos Aires, 1945, p. 94.

(39) *Ibidem*, p. 100.

(40) Véase: GARCÍA de ENTERRÍA, Eduardo, “Democracia, jueces y control de la Administración”, 5ª ed. Ampliada, Civitas, Madrid, 2000, especialmente p. 169 y ss.

(41) Cita tomada del libro de García de Enterría referido en la nota anterior, en p. 197, que remite en la nota 42 a otra de CULP, Davis Kenneth, “Administrative Law Text”, St. Paul, Minn, 1972, p. 23.

(42) GARCÍA de ENTERRÍA, Eduardo, “Democracia, jueces...”, cit. ps. 178-179, véase también SACRISTÁN, Estela B., “Revisión judicial del accionar de la Administración en La Ley de Procedimientos Administrativos estadounidenses”, RDA N° 145, Buenos Aires, 2023, p. 193 y ss., analiza en profundidad el sistema de la LPA norteamericana en materia de revisión judicial y, en particular, de las cuestiones de hecho.

(43) Como hemos dicho, la cantidad de autores que se pronuncian en el mismo sentido es prácticamente inagotable. A las opiniones de Bidart Campos, Sánchez Viamonte, Rodríguez Varela, Ruiz Moreno, Linares Quintana, Bosch, Matienzo, Pérez Guilhou, Mayer, Seco Villalba, Freyre y Bianchi se suma un artículo anterior de nuestra autoría (CASSAGNE, J.C., “Las fuentes de la Constitución Nacional y el Derecho Administrativo”, LA LEY, 2007-E, 993).

(44) FERREYRA, Raúl Gustavo, “Fundamentos constitucionales”, Ediar, Buenos Aires, 2019, p. 108, sostiene

un grado más importante de recepción en el esquema y preceptos principales (45).

Pues, como se ha visto, la Constitución argentina constituye un producto histórico que se construyó sobre la base de diferentes modelos, mediante una pluralidad de fuentes, en la que se inspiran, conjugan y adaptan aquellas provenientes del derecho patrio y del período hispánico, juntamente con preceptos inspirados en las Constituciones europeas y en la Constitución de Chile de 1833.

Por esas razones, si alguien sostuviera que, en materia de control judicial, corresponde analizar en primer término las fuentes del sistema norteamericano estaría incurriendo en un equívoco histórico y doctrinario que implicaría un contrasentido metodológico habida cuenta que cualquier análisis fundado en la lógica precisa partir del propio objeto, cuya filosofía política, histórica y jurídica se pretende desentrañar. Ese objeto, no puede ser otro que el texto de la propia Constitución de 1853-1860 y los principios que la informan, con arreglo a las fuentes reales que conforman la historia jurídica del país y la jurisprudencia de la Corte Suprema (46).

Este es el verdadero modelo a seguir, el de la Constitución formal y material que tenemos, sin perjuicio de la utilidad que proporcionan los antecedentes del derecho constitucional comparado que pudieron haber influenciado en los constituyentes al elaborar su proyecto.

IV. Excurso acerca del juzgamiento de las causas contencioso-administrativas

Se trata de un tema recurrente en la discusión sobre las fuentes directas (próximas y remotas) del art. 109 de la C.N., o sea, las Constituciones de Chile de 1833 y la de Cádiz de 1812.

En esta materia, generalmente, se entiende por *judicialismo* o *sistema judicialista* aquel en el que el principio general dominante consiste en atribuir a los jueces competencia para dirimir no solo las causas civiles, comerciales o penales que se entablan entre o respecto a particulares, sino también aquellas en que es parte la Administración o el Estado (*lato sensu*). Se trata de controversias de índole contencioso-administrativa (47), es decir, de causas en las que se debaten pretensiones regidas, en lo substancial, por el derecho público (constitucional y administrativo). Como puede advertirse, es lo contrario al sistema del

“administrador juez” o del Consejo de Estado que existió en el sistema francés (48).

Hemos visto que una legión considerable y prestigiosa en la doctrina española considera que el sistema gaditano de 1812 fue el judicialista, independientemente de su grado de vigencia.

En efecto, tal como señalamos en un trabajo anterior (49) no hay duda de que tanto Muñoz Machado (50) como Fernández Torres (51) y otros autores han reconocido que el sistema adoptado por la Constitución de Cádiz fue el judicialista. Estas citas y opiniones no han sido contradichas por la doctrina adversa.

Entre los trabajos de mayor relevancia que abordaron el estudio del sistema judicial gaditano se encuentra el discurso de apertura de la sesión del 24 de octubre de 2012, pronunciado por Tomás Ramón Fernández Rodríguez en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid, del que nos permitimos extraer estos párrafos asertivos:

“Cualquiera de los preceptos que acabo de transcribir... entre los que se encuentra la interdicción al Ejecutivo...”, de ejercer funciones judiciales en ningún caso, avocar causas pendientes, ni mandar abrir los juicios fenecidos (art. 243) “...podría trasladarse tal y como está a la Constitución democrática más inescrupulosa de nuestros días sin necesidad de corregir otra cosa que las referencias al Rey, en el caso de que fueran republicanas”, enfatizando “...que los constituyentes tuvieron claro, como hemos visto, que la solución de las contiendas entre los ciudadanos y la Administración tenía que ser judicial, lo que es de alabar, tanto más cuanto que los revolucionarios franceses habían puesto en marcha con la ley de 16-24 de agosto de 1790 un modelo de relaciones entre los Tribunales y la Administración mucho más cómodo al prohibir terminantemente a aquellos interferir de cualquier modo que fuera la acción de los agentes de esta” (52).

Una cuestión similar se planteó con respecto a la inteligencia que correspondía atribuirle al art. 108 de la Constitución de Chile de 1833 en cuanto a si excluía, en su articulado, el conocimiento de las causas contencioso-administrativas por parte de los jueces.

Se han esgrimido para ello argumentos contrafácticos, como, por ejemplo, qué hubiera pasado si Alberdi hubiese tomado “*avant la lettre*” el texto íntegro del art. 108 de la Consti-

fasis en objetar dicha terminología ha sido Gordillo, que llegó a sostener que el uso de esa expresión implica una confusión sobre la base de una terminología francesa que sería incompatible con nuestro sistema (ver GORDILLO, Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas, Tº 9, ed. Fundación de Derecho Administrativo”, Buenos Aires, 2014, p. XIV-2 y ss.) lo que revela un equívoco histórico remarcable. En efecto, como bien enseña García de Enterría el tema tiene que ver con la distinción medieval entre asuntos contenciosos y gubernativos, proceso que culmina con la atribución a la Administración de los asuntos contenciosos. Como es sabido, la Revolución francesa dejó intacta la facultad de la Administración para resolver tales asuntos contenciosos de una manera generalizada, juntamente con las inmunidades de la Administración frente a la justicia ordinaria. En otros países, como España, esa facultad de la Administración configuró la llamada autotutela administrativa que se articuló en el sistema judicial en el llamado contencioso-administrativo, el cual pasó finalmente al Poder Judicial en plenitud (Cfr. GARCÍA de ENTERRÍA, Eduardo, “Reflexiones sobre el derecho administrativo norteamericano”, RAP Nº 85, Madrid, 1978, ps. 249-250). Lo curioso es que Gordillo alega que su opinión está basada en el trabajo de Bosch que si bien objeta la terminología lo hace con la finalidad de impedir que se extienda la tendencia que existía entonces a favor de establecer en el país un contencioso de tribunales administrativos conforme al modelo francés pero, por razones prácticas, prefiere seguir utilizando la terminología de “lo contencioso-administrativo” para no modificar las calificaciones tradicionales (la materia

tución de Chile de 1833, que extiende al Congreso la prohibición del ejercicio de funciones judiciales.

La interpretación que oportunamente hicimos acerca de la redacción alberdiana, a raíz de haber suprimido en el proyecto la primera parte del art. 108 (que comprendía al Congreso en la interdicción), demanda una explicación adicional.

Al respecto, hay que tener en cuenta que en el pensamiento de la doctrina chilena de la época (Lastarria) se entendía que las causas contencioso-administrativas no estaban alcanzadas por la prohibición constitucional de la segunda parte del art. 108, habiéndose interpretado que la interdicción se relacionaba con la primera parte del precepto que prescribía que “la facultad de juzgar las causas civiles y criminales corresponde exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley”.

El pensamiento de Alberdi, al respecto, nos parece claro. Frente a la autoridad que entonces tenía la doctrina de Lastarria, la supresión en su Proyecto (que originó el actual art. 109 de la C.N.) de la primera parte del art. 108 de la Constitución de Chile de 1833, respondía al propósito de cerrar la posibilidad de interpretar que el mismo se entendiera el sentido de excluir de la prohibición a las causas contencioso-administrativas. La crítica lo interpreta el revés (53) y argumenta que el conocimiento de esas causas se atribuía al Consejo de Estado, lo que no constituía el objeto del debate que estaba centrado en interpretar cuál era el sentido que tuvo, en el Proyecto de Alberdi, la supresión de la referencia a las causas civiles y criminales, interpretación que reafirma el hecho de no haber incluido en su Proyecto la figura del Consejo de Estado. En definitiva, lo importante es la finalidad del precepto que redactó Alberdi en su Proyecto de Constitución de 1852, pues esa es la fuente real y directa del actual art. 109 de la C.N. El pensamiento que pudo tener Alberdi sobre el sentido del texto completo del art. 108 de la Constitución chilena de 1833 es una cuestión distinta que solo reviste interés histórico y que no hace al fondo de la cuestión que debatimos (54).

Pero, en lugar de compartir la opinión que dimos acerca del sentido que tuvo la supresión que hizo Alberdi de la primera parte del art. 108 de la Constitución chilena que, reafirmamos, buscaba a incluir en la prohibición el juzgamiento de las causas contencioso-administrativas, se ha llegado a decir que tergiver-

contencioso-administrativa, los tribunales en lo contencioso-administrativo, procesos, recursos, etc., caracterizados con ese término (Cfr. BOSCH, Jorge Tristán, “Lo contencioso-administrativo y la Constitución Nacional”, La Ley 81-830). Cabe aclarar que Bosch se opone a rebautizar las categorías e instituciones existentes y lo único que sugiere es reemplazar la palabra “contencioso” por el término jurisdiccional (op. cit. p. 842). A mayor abundamiento, en el programa de Derecho Administrativo II que preparó para la Facultad de Derecho de la Universidad de la Plata mantiene la expresión contencioso-administrativo para referirse a las instituciones respectivas (Cfr. BOSCH, José Tristán, “¿Tribunales Judiciales...”, cit., p. 289 y ss).

(48) Véase: MORAND DEVELLER, Jacqueline, “Droit Administratif”, L.G.D.J., Paris, 2013, 13ª ed., p. 30 y ss.

(49) La trascendencia del art. 109 de la Constitución Nacional en el sistema judicialista argentino y su fuente constitucional. Crítica a una tesis restrictiva sobre el alcance del control judicial, La Ley 15/06/2022.

(50) MUÑOZ MACHADO, Santiago, “Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General”, Agencia Estatal, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2016, 4ª ed., t. II, p. 160 y ss.

(51) FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón, “La formación histórica de la jurisdicción contencioso-administrativa (1885-1868)”, Civitas, Madrid, 1998, p. 95 y ss.

(52) FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, “La Constitución de 1812: utopía y realidad”, publicación de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2011, ps. 49, 50 y 60.

(53) MAIRAL Héctor A., “La verdadera importancia del

samos el pensamiento de la postura adversa a la nuestra.

Es evidente que, nuestra opinión es la misma que sustenta nuestro primer maestro Bosch en el sentido de que la primera parte del art. 108 fue eliminada por Alberdi, para evitar la interpretación opuesta existente en la doctrina chilena; y una prueba de ello está en el hecho de que comenta favorablemente la doctrina de Jorge Hunneus, el principal contradictor de la tesis de Lastarria (55).

Una interpretación semejante hizo en 1942, Rodolfo Bullrich, apoyándose en la opinión de Alberdi (56).

V. La proyección en Iberoamérica de la interdicción al Ejecutivo del ejercicio de las funciones judiciales

La interpretación que dejamos expuesta armoniza con el antecedente más remoto del art. 109 de la C.N. (art. 243 de la Constitución de Cádiz de 1812), cuya influencia comenzó tempranamente en el Virreynato del Río de la Plata, mediante el Reglamento Provisional del Poder Ejecutivo del 16 de enero de 1811 sancionado por las Cortes gaditanas (57), extendiéndose a buena parte de los países de Hispanoamérica, que establecieron la veda al Ejecutivo de intervenir en negocio judicial alguno.

Esa recepción se materializó, particularmente, en la Constitución de la República del Paraguay de 1992, cuyo art. 236 prescribe, con una redacción similar a la de nuestro art. 109 de la C.N. que: “El Poder Ejecutivo no puede ejercer funciones judiciales, ni avocar causas pendientes ni hacer revivir procesos fenecidos”.

Prescripciones constitucionales semejantes se advierten en las Constituciones de Ecuador de 2008 (art. 171); de Costa Rica de 1949 (art. 159); de Nicaragua (art. 160); de Colombia (art. 116) y por cierto en las más antiguas, entre otras, entre las que se encuentran la Constitución de Chile de 1833 (art. 108) y, otras, ya derogadas.

Por su parte, reviste especial interés en este tema recordar que el Gral. San Martín, al asumir el Protectorado del Perú el 3 de agosto de 1821, declaró su firme voluntad en el sentido de abstenerse de mezclarse “en el solemne ejercicio de las funciones judiciales, porque su independencia es la única y verdadera salvaguardia de la libertad del pueblo”.

art. 109 de la Constitución Nacional. Respuesta a una crítica”, LA LEY 30/11/2022, 2.

(54) Pues al haber suprimido la referencia a las causas civiles y criminales del art. 108 de la Constitución de Chile de 1833 y escribir la expresión “en ningún caso” es evidente que pretendió incluir a las causas contencioso-administrativas.

(55) BOSCH, Jorge Tristán, “¿Tribunales judiciales...?”, cit., ps. 56 nota y 63-64. En este sentido, creemos que constituye una equivocación de Mairal cuando expresa (“La verdadera trascendencia...”, cit., p. 2, nota 23,) que Bosch llegaba a la conclusión de que “... el alcance de la prohibición dirigida al Presidente de ejercer funciones judiciales habría quedado reducido en la Constitución chilena de 1833 a las causas civiles y criminales”. La opinión de Bosch no era esa y basta con leer la ponderación que hace de la postura de Hunneus. Lo que hizo Alberdi fue eliminar de cuajo cualquier interpretación opuesta a un judicialismo acentuado o puro. Véase, en el mismo sentido la opinión que reitera nuestro maestro en su trabajo “Lo contencioso-administrativo y la Constitución Nacional”, La Ley, Tº 81, sec. Doctrinaria, ps. 833-834, texto y nota 15, omitido por la crítica.

(56) BULLRICH, Rodolfo, “Principios generales de Derecho Administrativo”, D’Artagnan Editora, Buenos Aires, 2017, p. 150, considera que la prohibición del ex art. 95 de la C. N. (actual art. 109) se refiere a todas las causas, incluso a las administrativas. Esta edición reproduce una anterior de la Editorial Kraft publicada en Buenos Aires en 1942.

(57) BIANCHI, Alberto B., “Dos comentarios...”, ob. cit., p. 3 y ss.

De ese modo, aunque un sector de la doctrina española contemporánea haya sostenido que las constituciones iberoamericanas (58) se basaron en la Constitución norteamericana y no en la de Cádiz, lo cierto es que el referido estudio no contempla el análisis del sistema que rige al Poder Judicial de cada país de la región, especialmente las prohibiciones establecidas al Poder Ejecutivo para ejercer funciones judiciales que, como se ha visto, se proyectaron y trasladaron desde el Reglamento Provisional del Poder Ejecutivo de 1811 y la Constitución de Cádiz de 1812 a las Constituciones hispanoamericanas. Esta circunstancia no implica, desde luego, que fuera una recepción “in totum” sino solo parcial.

Es obvio, por otra parte, que ninguna Constitución de Iberoamérica adoptó la Monarquía constitucional de la Constitución de Cádiz de 1812 y que todas siguieron el modelo norteamericano que instituye la república como forma de gobierno. Hacer esta comparación para demostrar que esa Constitución de Cádiz no siguió el modelo judicialista es algo tan excesivo como ilógico, pues nadie ha negado la estructura monárquica de la Constitución gaditana ni la republicana de los países americanos.

VI. Estructura del sistema constitucional argentino de control judicial de la Administración Pública: el judicialismo acentuado o puro como producto de nuestra historia y de los antecedentes hispánicos

En el escenario del derecho comparado de matriz occidental existen dos grandes sistemas de control o revisión jurisdiccional de la actividad de la Administración: a) el sistema francés de tribunales administrativos, que encabeza su Consejo de Estado (59) y, b) el sistema judicialista, que puede ser más o menos acentuado y hasta tener reglas, estructura y alcances diferentes en los distintos países en los que se aplica. No obstante, corresponde aclarar que, en algunos de ellos, se han elaborado concepciones opuestas al judicialismo puro, tales como los que reconocen la existencia de una jurisdicción administrativa primaria, con aptitud para emitir decisiones finales de naturaleza jurisdiccional, o la doctrina de la deferencia, que lleva a que los jueces a respetar y darle prevalencia a los criterios discrecionales en la apreciación de las cuestiones fácticas y de derecho, como acontece en los Estados Unidos de América.

No vamos a adentrarnos en el sistema francés, en la inteligencia de que se trata de un modelo extraño al sistema adoptado por la Constitución de 1853-60. En cambio, corresponde resaltar las proyecciones que en nuestro sistema judicialista plantea la recepción del principio de la tutela judicial efectiva, cuya jerarquía constitucional se consagra a raíz de la reforma de la Constitución efectuada en 1994 (60).

La Constitución opera como ley suprema, o sea que en su condición de “suma regla” (61),

y, como tal, prevalece sobre las leyes y reglamentos. Este es el sentido básico de la supremacía constitucional. Tras la reforma constitucional de 1994 ha surgido la necesidad de armonizar este principio con relación a los tratados internacionales que poseen jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 de la C.N.), ya que aquellos que no la tienen, si bien prevalecen sobre las leyes, se hallan normativamente subordinados a toda la preceptiva de la Constitución.

Como bien ha dicho Laplacette, se trata de “una técnica jurídico-política utilizada para asegurar que las autoridades estatales respeten los límites prefijados en una Ley Fundamental” (62).

En la Constitución material se encuentran tanto fuentes, producto de la creación jurisprudencial, como fuentes constitucionales indirectas, en particular, los antecedentes preconstitucionales y los valores (63) o características de la sociedad (idiosincrasia, tradición histórica y costumbres), que orientan la interpretación. Con acierto, ha señalado Dalla Vía que la Constitución sancionada por la Convención Constituyente de Santa Fe en 1853 “no fue un acto espontáneo sino la consecuencia de un devenir histórico en el que se fueron produciendo sucesivos documentos y pactos preexistentes muchos de los cuales se reflejan directamente en el articulado de nuestra Constitución y en su contenido axiológico” (64). En tal sentido, téngase en cuenta que, entre los antecedentes patrios, que apuntalaron la tendencia hacia un judicialismo acentuado o puro, se hallan los proyectos constitucionales de 1819 y 1826.

Algo semejante fluye del pensamiento de Joaquín V. González cuando apunta que no debemos olvidar la realidad, ya que si bien la “la Nación Argentina ha adaptado el modelo constitucional de los Estados Unidos a sus propias condiciones geográficas, sociales e históricas, con diferencia no pocas veces esenciales y también ventajosas” y “aunque la adaptación hubiese sido una identidad, eso nada significaría en definitiva, pues los caracteres diferenciales de la evolución político-social de dos pueblos tan desemejantes no tardarían en imponerse...”, incluso en “...la interpretación de acuerdo con las distintas formas de vida de uno y otro” (65).

Precisamente, entre esas diferencias esenciales de las que hablaba González se encuentra el sistema judicialista determinado por nuestra Constitución, cuyo carácter acentuado —como venimos diciendo— se desprende de la prohibición contenida en el art. 109 de la C.N., precepto que consagra el principio de *unidad de jurisdicción* en cabeza del Poder Judicial, único órgano que posee competencia para efectuar la revisión final de los conflictos que se plantean con relación a las decisiones que dicta la Administración.

Este precepto, reiteramos [así lo concibe Bosch (66)], constituye la clave del sistema que adoptó el constituyente originario y, por sus consecuencias y principios derivados, mal puede ser calificado de redundante, como se ha dicho en alguna escritura. Esa trascendencia ha sido remarcada en toda la doctrina de la Corte, sobre todo en la posterior al caso “Fernández Arias” (67). No existe tribunal alguno (ni en la doctrina en general) que haya afirmado que se trata de un principio inútil o que es redundante y todos coinciden en que refuerza el sistema de separación de poderes. Si el citado precepto refuerza el sistema constitucional, no puede ser redundante, máxime cuando se le han extraído los principios esenciales del sistema en su aplicación jurisprudencial.

VI.1. El diseño constitucional adoptado por la Constitución (formal y material)

Ahora bien, el diseño positivo del sistema judicialista de la Constitución se completa con estas prescripciones fundamentales:

a. El art. 18 de la C.N. que consagra el principio de la defensa en juicio, con sus garantías adjetivas y sustantivas;

b. El art. 29 de la C.N. en cuanto prohíbe al Congreso conceder al Poder Ejecutivo “facultades extraordinarias ni la suma del poder público... etc.”, bajo la sanción de nulidad insanable;

c. El art. 116 de la C.N. (completado por el art. 117) que atribuye a la Corte y a los tribunales inferiores de la Nación “el conocimiento y decisión de todas las causas que versan sobre puntos regidos por esta Constitución y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inciso 12 del artículo 75; y por tratados con las naciones extranjeras...” y de “los asuntos que la Nación sea parte... etc.” (68).

d. El principio de la tutela judicial efectiva, consagrado en los arts. 8 y 25 de la CADH, que implicó un verdadero cambio de paradigma encaminado a la subjetivación de la justicia administrativa, es decir a la protección de los derechos subjetivos, incluso los denominados *derechos reaccionales* (equivalentes a los clásicos intereses legítimos) (69), así como los denominados *derechos colectivos* (art. 43 C.N.). Como es sabido, estos preceptos de la CADH tienen carácter vinculante por la jerarquía constitucional que posee dicho Pacto Internacional (art. 75 inc. 22 C.N.).

Ese conjunto de prescripciones constitucionales se asienta, sin duda, en el art. 109 de la C.N., verdadero núcleo del sistema, en la medida que recoge la doctrina de la separación de poderes mediante el establecimiento de una fuerte interdicción al Ejecutivo tendiente a impedir que ejerza funciones judiciales prohibición que, como vimos, comprende a las causas contencioso-administrativas.

Carece de sentido restarle importancia al precepto sobre la base del parecer de un juez de la Suprema Corte norteamericana, Antonin Scalia. En efecto, no hay relación entre la trascendencia que se le asigna al art. 109 de la C.N., especialmente en los fallos de la Corte, con una opinión referida a una Constitución, que incluso no es la de Filadelfia, pues, aunque se basa en una interpretación rígida del principio de la separación de poderes (70), el derecho constitucional norteamericano forjado “*a posteriori*” de la época inicial tuvo un giro diferente. La falta de lógica no obedece en aludir a la concepción rígida, sino a que, como es sabido, en la práctica o constitución material del derecho norteamericano lo que menos existe actualmente es una concepción absoluta de la separación de poderes, al haberse generalizado el mecanismo de la delegación a través de una serie infinita de asignaciones de funciones materialmente legislativas y de funciones jurisdiccionales que se atribuyen a agencias administrativas independientes o a órganos administrativos, algo que pudieron constitucionalmente hacer porque carecían de una norma que les prohibiera adjudicar a la Administración funciones judiciales (71).

Las consecuencias más notables que se siguen de la adopción de nuestro judicialismo acentuado o puro radican en el principio de control suficiente y amplio, nacido de la confluencia habida entre un sector de la doctrina (particularmente de Bosch) y la jurisprudencia de la Corte. No se puede soslayar el hecho de que dicha concepción doctrinaria influyó decisivamente en la sentencia dictada en el caso “Fernández Arias” y en la jurisprudencia de la Corte elaborada a partir de ese fallo, cuyos principios han recibido la ponderación de la doctrina vernácula (72).

Al respecto, resulta de gran interés teórico y práctico determinar qué entendió la Corte por *control judicial suficiente*, pues el concepto de *control judicial amplio* surgió con posterioridad, por influencia de la doctrina que se ocupó del tema.

Así, en el caso “Fernández Arias c/ Poggio” (73), la Corte definió al control judicial suficiente en base a dos premisas: a) el reconocimiento a los litigantes del derecho a interponer recursos ante los jueces ordinarios y b) la negación a los tribunales administrativos de la potestad de dictar resoluciones finales en cuanto a los hechos y al derecho controvertidos.

A su turno, *a posteriori* de esa doctrina, en otro “*leading case*” trascendente, “Ángel Estrada y Cía. S.A.” (74), se debatió si el Ente Regulador de Electricidad (ENRE) resultaba competente para entender en una controversia de daños y perjuicios entre particulares, regida por el derecho común.

Si bien de este fallo no se desprende una definición precisa acerca del criterio para definir

(58) HERRERO y RODRÍGUEZ de MIGNON, Miguel, en su discurso de incorporación a la Academia Colombiana de Jurisprudencia en 2021, titulado “Estripes y generaciones en el constitucionalismo norteamericano” en el que niega la influencia de la Constitución de Cádiz en el derecho Iberoamericano. Como es sabido, el Académico Alberto Dalla Vía, Presidente de la Academia de Ciencias Morales y Políticas de Argentina, sostiene precisamente lo contrario a la tesis de Herrero de Mignon a la cual tuvimos acceso. En este trabajo no se analizan los principios que rigen el sistema judicialista iberoamericano por lo que no se la puede utilizar para rebatir la opinión opuesta sin que ello implique desmerecer su valía intelectual.

(59) Ampliar en MORAND-DEVILLER, Jacqueline, “Droit Administratif...”, cit., p. 32 y ss.

(60) Art. 75 inc. 22 y arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, El principio de la tutela judicial efectiva ha sido reconocido también en el Código Procesal Administrativo de la Provincia de Buenos Aires (arts. 1º, 3º y 4º) en cuya redacción participamos. Asimismo, la Constitución de la Provincia de Buenos Aires lo contempla en su art. 18.

(61) FERREYRA, Raúl Gustavo, “Fundamentos ...”, cit., p. 213, considera su jerarquía como “la Ley Mayor, fundamento del Derecho Constitucional y éste de todo el derecho”.

(62) LAPLACETTE, Carlos José, “Tutela Judicial de la Supremacía Constitucional”, BdeF, Buenos Aires, 2016, p. 15.

(63) Los valores, a diferencia de los principios, son preceptos morales no vinculantes: Los principios, en cambio, son mandatos vinculantes carentes de supuestos de hecho. Aunque los principios son valores no todo valor configura un principio (vgr. la *amistad*) en sentido jurídico, es decir, en su vinculación con el derecho. Véase nuestro libro: Los Grandes Principios del Derecho Público (Constitucional y Administrativo), Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2021, 2ª ed.

(64) DALLA VÍA, Alberto Ricardo, “Estudio preliminar” publicado en Constitución de la Nación Argentina, Lexis-Nexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, p. 7.

(65) GONZÁLEZ, Joaquín V., “Obras completas...”, cit., t. XII, ps. 18-19. Desde luego que es obvio que este ilustrado constitucionalista utiliza en concepto relativo de modelo al que antes aludimos. Por eso, en este sentido, no

tenemos inconveniente en afirmar que la Constitución argentina siguió en general el modelo norteamericano con diferencias esenciales como la relativa al sistema de control o revisión judicial de la actividad de la Administración, que denominamos judicialismo acentuado o puro.

(66) BOSCH, Jorge Tristán, “¿Tribunales Judiciales...?”, cit., p. 163.

(67) Fallos: 247:246.

(68) BOSCH, Jorge Tristán, “Lo contencioso-administrativo...”, cit., p. 830.

(69) GARCÍA de ENTERRÍA, Eduardo, “Las transformaciones de la Justicia Administrativa”, Thomson-Civitas, Madrid, 2007, p. 127 y ss., apunta que el principio de la tutela judicial efectiva de la Constitución Española de 1978 (art. 24) tuvo una regulación anterior en la Ley Fundamental de Bonn de 1949 (art. 19.4), op. cit. P. 136 y describe muy bien el cambio de paradigma.

(70) Vid. MAIRAL, Héctor A., “La verdadera...”, cit., p. 3.

(71) Obsérvese que en la Constitución de la República Argentina no se impone a los otros órganos (Legislativo y Judicial) restricción alguna para que puedan ejercer otras funciones que las materialmente propias y que la prohi-

bición de ejercer funciones diferentes a las adjudicadas en forma predominante solo se impone al Poder Judicial. La fórmula que la interpretación doctrinaria y jurisprudencial encontró para salir de esta interpretación se basó en una conjugación de principios, en base a requisitos funcionales y orgánicos, estableciéndose como requisitos habilitantes: 1) que no es posible la atribución legal de las funciones judiciales a los tribunales administrativos como cláusula general de jurisdicción, pues es evidente que ello conduciría a la implantación de un sistema similar al francés, contrario a nuestra tradición histórica y al sistema constitucional; 2) la independencia y especialización por parte de los funcionarios del ente respectivo; 3) exista un control judicial amplio y suficiente; y, 4) que los tribunales administrativos carecen de competencia para emitir decisiones finales que no puedan ser debatidas en la Corte o tribunales inferiores.

(72) VANOSS, Jorge Reinaldo, “De nuevo ¿Poder Judicial y Tribunales Arbitrales o Administrativos?”, JA 2005-II-1098-1099.

(73) Fallos 247: 246, de fecha 19/9/1960.

(74) Fallos 328:651, de fecha 5/4/2005.

el control judicial amplio bien puede interpretarse que se refiere a los conceptos propios del control en cuanto a los requisitos de legalidad, razonabilidad y proporcionalidad que deben guardar las decisiones jurisdiccionales de los entes reguladores y, sobre todo, al alcance del control con respecto a las cuestiones de derecho y de hecho (75).

El interés de estos dos fallos, cuya doctrina se reitera en precedentes posteriores (76), radica en haber efectuado una interpretación flexible de la doctrina de la separación de los poderes sujetando la constitucionalidad del ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de los entes reguladores seis condiciones: 1) ser creados por ley; 2) su independencia o imparcialidad se encuentre asegurada; 3) el objetivo económico-político tenido en cuenta para crearlos sea razonable; 4) sus decisiones sean pasibles de un control amplio y suficiente (77); 5) no se trate de controversias entre particulares regidas por el derecho común (78); y, 6) el dictado de las resoluciones finales sobre los hechos y el derecho controvertidos corresponde a los jueces.

Como consecuencia de la vigencia de esos principios y requisitos la regla del control amplio y suficiente impide, en principio, limitar el alcance del control judicial sin que esto implique desplazar o sustituir a la Administración de su función concreta de dictar el acto administrativo que corresponda en cada caso (79).

VI.2. Las sanciones administrativas

Aunque la cuestión de dilucidar la naturaleza administrativa o penal de las sanciones que impone la Administración Pública no es pacífica (80) y que todos los intentos de distinguir las penas propiamente dichas (regidas por el Derecho Penal) y las sanciones penales administrativas y dotar a estas de una sustancia propia han fracasado (81), lo cierto es que en cuanto al alcance del control judicial de la potestad sancionatoria de la Administración se aplican los principios del derecho penal sustantivo (82) y, en materia constitucional, el del control judicial amplio y suficiente.

La tipología de las sanciones que aplica la Administración en nuestro país puede describirse, en forma sucinta (83), conforme al siguiente esquema:

a) *Sanciones penales administrativas*, que son las que impone la Administración en supuestos de violación de normas o medidas interventoras de carácter general o sectorial (entre otras, en materia de tránsito, medio ambiente, defensa de la competencia y telecomunicaciones) o tributarias (84);

b) *Sanciones disciplinarias*, son las que aplica la Administración a los agentes públicos, cuando estos incurrir en hechos o actos que afecten el buen funcionamiento del servicio estatal y derivan de la relación jerárquica que vincula a los empleados inferiores con los superiores; y,

c) *Sanciones contractuales*, que se originan en acuerdos de voluntades entre los particulares y la Administración, de naturaleza administrativa o civil según sea la categoría de cada contrato que esta celebra, es decir, contratos públicos o de objeto privado (85).

Hemos dicho antes que, desde el punto de vista material, el ejercicio de la potestad de aplicar sanciones de naturaleza penal constituye una función jurisdiccional aun cuando ella sea ejercida por la Administración, lo que, lejos de contradecir el principio moderno de la unidad del “ius puniendi” (86), lo confirma, habida cuenta de que esta concepción conduce a la extensión de los principios del derecho penal a la materia sancionatoria.

De esta premisa se deriva otra vinculada al régimen jurídico, que no puede ser la del acto administrativo liso y llano sin perjuicio de su aplicación, en subsidio, para regir ciertos requisitos del acto jurisdiccional de la Administración como sus elementos estructurantes (competencia, objeto, forma y finalidad), concibiendo a la motivación dentro del elemento *forma*, en tanto es expresión de las razones o causas de hecho y de derecho que justifican el dictado del acto (87).

En la materia sancionatoria penal administrativo las asimetrías existentes en los diferentes regímenes u ordenamientos comparados (88) constituyen un hecho que dificulta la sistematización de aquellos derechos administrativos que se hallan en etapas de desarrollo jurídico incipiente o en formación (“*in fieri*”), lo que no impide acudir a los criterios comparativos como orientación de las determinaciones positivas que se adopten.

Lo que sí parece claro es que nuestro sistema se ha orientado, como todos en general en el derecho comparado, hacia la llamada *despenalización*, la cual determina que las sanciones a ciertas conductas en sectores regulados por la Administración no se sancionan por el Código Penal y su aplicación se traslada a los órganos de la Administración Pública.

Este proceso de despenalización marca la tendencia imperante en el derecho comparado afín al nuestro (89), justificado, por una parte, en la necesidad de descargar las tareas del fuero penal y, por la otra, en la mayor in-

mediatez y eficacia de la potestad sancionadora en cabeza de la Administración.

En el derecho alemán, si bien no se afirma la identidad sustancial entre las penas y las infracciones administrativas, se ha sostenido que mientras las primeras se rigen, en exclusiva, por el *principio de legalidad*, en las segundas prevalece el *principio de oportunidad* que sujeta su aplicación a una “leal discrecionalidad” de la Administración (90). También como posibles diferencias cualitativas se ha apuntado que mientras en los delitos se busca proteger bienes jurídicos determinados, en la contravención se trata más bien de una mera antinormatividad (91).

Pero ninguno de estos criterios distintivos, y aun otros, han prevalecido en el derecho comparado para diferenciar sustancialmente los delitos penales de las contravenciones administrativas, postulándose, con algunas reticencias, la sustancia penal de estas últimas, en cuanto imponen sanciones o sacrificios pecuniarios en función de la protección de intereses públicos previamente calificados (92).

En líneas generales, el proceso de despenalización y el consecuente auge del derecho administrativo sancionatorio de sustancia penal obedece a una doble necesidad: la de contar con idoneidad técnica para el juzgamiento de esta clase de ilícitos (93) y la de proceder con la mayor celeridad posible, condiciones ambas que no suelen darse en los tribunales penales ordinarios o incluso con competencia especial (vgr. el fuero en lo penal económico).

Ya hemos visto que hay tres tipos de sanciones que aplica la Administración, pero, a los efectos de la temática que abordamos aquí, excluiríamos las sanciones contractuales, cuya configuración y relaciones no nacen de la potestad punitiva estatal, sino de un contrato público o privado, donde suele calificarse a las sanciones como *penales* por comodidad de lenguaje, dado que representan una potestad que, cualquiera sea la naturaleza del contrato, integra el acuerdo de voluntades, rigiéndose por los principios propios de la autonomía contractual.

En cambio, tanto las sanciones penales administrativas, como las disciplinarias poseen sustancia penal, aplicándose a ellas los principios del derecho penal, entre la mayoría de los cuales derivan del *principio constitucional de legalidad* completado, a partir de la reforma constitucional de 1994, con el *principio de la tutela judicial efectiva* que prescriben los arts. 8 y 25 de la CADH, cuya jerarquía constitucional nadie discute (art. 75, inc. 22).

Se ha dicho que el *principio de legalidad en materia penal* es algo así como la regla de oro de la potestad sancionatoria (94) contribuyendo a la formulación de una prevención material negativa. Su función ha ido variando con la evolución habida en el campo de la dogmática penal antes dominada por el formalismo positivista y la aplicación ciega de la ley para pasar a una construcción finalística, sin abandonar la ley como fuente de creación de los delitos y contravenciones (de las penas *stricto sensu* y de las sanciones penales administrativas), conforme al clásico principio “*nullun crimen nulla poena sine lege*” recogido claramente en el art. 18 de la C.N. (95). Esa evolución lleva a poner el acento en los valores y fines que presiden la configuración de las figuras delictuales o contravencionales y las respectivas sanciones. Así, la evitación de riesgos sociales constituye, a nuestro juicio, uno de los principales objetivos del sistema penal en su conjunto con particular incidencia en el ámbito penal administrativo.

El bloque de principios del derecho penal que derivan del principio constitucional de legalidad, aplicables en materia sancionatoria, se compone, básicamente, de los principios de tipicidad y culpabilidad irretroactividad “*non bis in idem*” (96), y la presunción de inocencia (97). A su vez, en esta materia se aplican los principios generales del derecho, algunos de los cuales como los de razonabilidad y de proporcionalidad tienen directo andamiaje constitucional y otros derivados de la interpretación de la C.N. como la prohibición de la analogía y el de prescripción de la acción penal.

En lo que respecta al alcance de la revisión judicial de las sanciones administrativas prevalece en el derecho comparado el *principio del control judicial pleno* (98). Como hemos dicho, en Argentina este principio deriva de la interdicción del art. 109 de la C.N., complementado con el *principio de la tutela judicial efectiva*, principios de los que se sigue la necesidad de reconocer en los recursos que se interpongan contra las decisiones administrativas que estos sean concedidos libremente con efectos suspensivos. En este sentido, la regla de la ejecutoriedad del acto administrativo resulta incompatible con el ejercicio de la función jurisdiccional que lleva a cabo la Administración al aplicar sanciones de naturaleza penal administrativa.

Por otra parte, entre las cuestiones complementarias que se plantean en el plano teórico y en la praxis jurisprudencial en torno a la aplicación del principio de legalidad en materia de sanciones administrativas se encuentran: a) la constitucionalidad de las llamadas

(75) En el plano lingüístico el término “control suficiente” alude un control mínimo que se relaciona con la necesidad de la revisión judicial mientras que la expresión control judicial amplio parece aludir más bien al contenido de la revisión en el sentido de que debe comprender tanto las cuestiones de derecho como las de hecho. Sin embargo, la jurisprudencia ha mezclado los dos conceptos.

(76) Fallos: 33-935, en el caso “Administración Federal de Ingresos Públicos c/ Intercomp S.R.L.”, 15/06/2010, y los casos “Giaboo” del 10/11/2015 (causa CSJ 360/2013); “Poganza” (Fallos 344:2307) y “Gandera” (Fallos 343:1605).

(77) Fallos 328:651, consid. 12, coincidente con nuestra doctrina, véase: “Curso de Derecho Administrativo”, La Ley, Buenos Aires, 2021, 13ª ed. Actualizada y ampliada, t. I, p. 63, doctrina expuesta en anteriores ediciones.

(78) Ampliar en ABERASTURY, Pedro, “La decisión de controversias del derecho común por parte de tribunales administrativos”, JA-2005-VII, 5 y ss., en el que enfatiza especialmente el voto de los jueces Boffi Boggero y Aberastury en el caso “Fernández Arias”.

(79) *In re* “Zárate, Enrique Augusto vs. SENASA s/ amparo ambiental”, 21703/2023, que hace suyo el dictamen de la Procuradora Fiscal, Dra. Laura Monti, fallo de la corte Suprema aun no publicado.

(80) Véase: GARCÍA PULLES, Fernando, “Lecciones de Derecho Administrativo”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires,

2020, 2ª ed., p. 543 y ss.

(81) GARCÍA de ENTERRIA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, “Curso de Derecho Administrativo”, Thomson-Reuters, Madrid, 2017, Tº II, Decimoquinta edición, p. 192.

(82) *Vid*, nuestro “Curso de Derecho Administrativo”, La Ley, Buenos Aires, 2021, 13ª ed., t. II, p. 256 y ss.

(83) Seguimos el esquema propuesto por SANGUINETTI, Juan Carlos en su trabajo “Impugnación y control judicial de las sanciones administrativas. Sus particularidades a la luz de los principios y garantías constitucionales aplicables”, E.D. *Revista de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 2020, Nº 1-2 (CM XII-536), uno de los estudios más completos escritos sobre la materia sancionatoria.

(84) CS, Fallos 226:375 y 247:225, entre otros, sobre la naturaleza penal de las sanciones tributarias. Véase también: GARCÍA BELSUNCE, Horacio A., “Régimen penal tributario. Concurso de sanciones”, La Ley 1990-C-918, sostiene que la naturaleza penal del ilícito tributario consiste en contravenciones administrativas.

(85) Véase: PERRINO, Pablo E., “La prerrogativa sancionatoria de la Administración en los contratos de participación pública-privada en cuestiones de Derecho Administrativo”, RAP, Jornadas de la Universidad Austral, Buenos Aires, 2018 y ss., clasifica las sanciones contractuales en tres especies: a) pecuniarias; b) coercitivas o substitutivas; y, c) extintivas, sino admitir la facultad implí-

cita de imponerlas (ob. cit., p. 355 y ss.).

(86) NIETO, Alejandro, “Derecho Administrativo Sancionador”, Tecnos, Madrid, 2017, 5ª ed., p. 46 y ss.

(87) Cfr. nuestro libro “El Acto Administrativo (Teoría y régimen jurídico)”, La Ley, Buenos Aires, 2021, 4ª ed., p. 239 y ss., con la colaboración de Juan Carlos Sanguinetti.

(88) HUERGO LORA, Alejandro, “Las sanciones administrativas”, lustel, Madrid, 2007, 1ª ed., p. 53 y ss.

(89) NIETO, Alejandro, “Derecho Administrativo Sancionador...”, ob. cit., p. 48.

(90) GUNTHER, Jacobs, “Derecho Penal. Parte General”, Marcial Pons, Madrid, 1997, 2ª ed. traducida del alemán, p. 66.

(91) *Ibidem*, p. 67.

(92) Sin embargo, se ha considerado posible aceptar las sanciones implícitas o inherentes lo que, a nuestro juicio, es algo propio de las sanciones disciplinarias, véase: NIETO, Alejandro, “Derecho Administrativo Sancionador...”, cit., ps. 58-59.

(93) MUÑOZ MACHADO, Santiago, “Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General”, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015, t. XII, p. 48.

(94) YACOBUCCI, Guillermo, “El sentido de los principios penales”, BdF, Buenos Aires, 2014, p. 37.

(95) *Ibidem*, p. 385, apunta que es doctrina de la CSJN que el art. 18 de la C.N. reclama indisolublemente la “doble precisión por la ley de los hechos punibles y las penas

aplicables (Fallos 237:636; 275:89; 301:395; 308:1224 y 2650 entre otros).

(96) GARCÍA BELSUNCE, Horacio A., “Régimen penal...”, ob. cit., p. 918 y ss., sostiene la aplicación del principio “*non bis in idem*” y rechaza la posibilidad de que pueda concurrir la sanción de multa (contravención) con la correspondiente al delito de defraudación tributaria del art. 2º de la ley 23.771 con la sanción de multa prevista en el art. 46 de la ley 11.683.

(97) *Vid* MUÑOZ MACHADO, Santiago, “Tratado...”, cit., t. XII, p. 299 y ss., YACOBUCCI, Guillermo, “El sentido...”, cit., p. 339 y ss., GUSMAN, Alfredo S., “Las sanciones administrativas”, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2022, p. 63 y ss.

(98) Así acontece en la mayoría de los países de Europa Continental, véase por ejemplo: MUÑOZ MACHADO, Santiago, “Tratado...”, cit., Tº XII, p. 286; en Alemania existe una regulación legal de las sanciones administrativas (con excepción de las infracciones en las que se aplican multas (vgr. Infracciones de tránsito). Si bien el proceso se inicia ante la Administración, la persona sancionada está habilitada para impugnarlas en sede judicial. De no hacerlo la sanción administrativa queda firme y puede ejecutarse, pero si la impugna no hay técnicamente una apelación, sino que la sanción desaparece y se inicia un proceso ex novo, ver: HUERGO LORA, Alejandro, “Las sanciones administrativas”, lustel, Madrid, 2007, p. 54 y ss.

leyes penales en blanco y, b) la *aplicación de la ley más benigna*.

Se entiende por *leyes penales en blanco* aquellas prescripciones de estructura compleja “formada a través de una norma principal —núcleo de la prohibición y sanción— y otra complementaria —especificadora— que puede ser de origen legislativo o administrativo” (99). Pese a que el derecho penal no haya acudido a la técnica de la delegación, proveniente del derecho administrativo (100), actualmente constitucionalizada (art. 76 C.N.), la configuración de este fenómeno responde a esta figura del derecho público, la cual, lejos ya de la concepción de Locke, no se entiende como una transferencia de funciones que implica el descargo de la potestad sancionadora, sino como un encargo o comisión que hace el Legislativo al Ejecutivo (101), para el ejercicio de esa potestad.

Su legitimidad se encuentra, pues, en las bases de la delegación que requiere el precepto constitucional contenido en el art. 76, sin que sea necesario fijar un plazo, dado que la norma complementaria integra la principal y es la que determina la materia prohibida que define el ilícito administrativo pues, tal como ha dicho la Corte Suprema, son legítimas las leyes penales que “confieren a la administración la facultad de integrar por medio de reglamentos algunos aspectos del tipo penal” en razón de la naturaleza de esas formas de actividad económica (102).

Otra cuestión imbricada con la legitimidad y aplicación de las leyes penales en blanco se vincula con la aplicación de la ley penal más benigna. Su conformación aparece bifurcada y se relaciona con el hecho de que las normas complementarias son dinámicas y cambiantes. La jurisprudencia de la Corte Suprema, después de haber sustentado diversas posiciones ha terminado reconociendo la posibilidad de aplicar la norma más favorable al imputado en el caso “Cristalux” (103).

Se ha señalado que “en estos casos, la posibilidad de diferenciar una real sustitución del tipo penal de una simple modificación de las circunstancias de hecho (en las que se incluye la consideración de la reforma reglamentaria), parece depender, a los efectos de la aplicación retroactiva de mayor benignidad, de un análisis que determine si ha cambiado la valoración del legislador frente a los comportamientos socialmente relevantes para el bien jurídico que se pretende proteger. Esa consideración, relacionada con el concepto de bien común político, a través de la ponderación de los bienes jurídicos implicados, funda la decisión acerca de la norma complementaria modificada y su relevancia en términos de ley penal más benigna. Se busca comprobar si la alteración reglamentaria ha supuesto de suyo dejar de entender como dañosa la conducta que aparecía tipificada (104).

En cuanto a la jurisprudencia en materia de sanciones administrativas, ella es muy variada en su fundamentación y, en ciertos casos y materias, hasta contradictoria, algo explicable por los sucesivos cambios habidos en la integración de nuestro Alto Tribunal. Dada la finalidad de este ensayo nos limitaremos a extractar algunos criterios predominantes en la jurisprudencia de la Corte Suprema.

En primer término, si se observa la jurisprudencia de los últimos veinte años cabe concluir que, con algunas salvedades, el criterio focal que adopta la Corte consiste en reconocer que la aplicación de sanciones: a) traduce el reconocimiento de una actividad jurisdiccional de naturaleza penal y, b) que, por ello, le son aplicables los principios y garantías del derecho penal, establecidos tanto en la Constitución, en el Código Penal, como en el art. 8 de la CADH (aplicable en virtud del art. 75 inc. 22 de la C.N.) (105).

Estas reglas, que rigen en todas las materias objeto de regulaciones generales y sectoriales de diferentes áreas de la actividad económica y social, no fue siempre adoptada en el campo de las sanciones aplicables por el BCRA, conforme a la habilitación que la confiere la ley 21.526, en casos en que la Corte atribuyó a las sanciones respectivas (vgr. multas), una naturaleza disciplinaria y no penal (106). Sin embargo, poco tiempo después, en los casos “Lociser” (107) y “Bonder” (108) se dictaron sentencias que reconocieron que la aplicación de las sanciones previstas en dicha legislación constituía una actividad materialmente jurisdiccional y que, en consecuencia, se aplicaban las garantías judiciales del art. 8 de la CADH.

VI.3. El control judicial de la actividad discrecional

Como es sabido, la teoría de la potestad enseña que, conforme al principio de legalidad, el ejercicio del poder por parte del Estado deriva de la ley y, como tal, la atribución legal debe ser, en principio, expresa, específica y concreta (109). La potestad reglada aparece cuando se determina el contenido y la oportunidad de la actuación administrativa, es decir, cuando se configura el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica prevista en la norma positiva.

Dado que resulta imposible prever de antemano todos los supuestos de hecho y las consecuencias jurídicas en forma acotada y determinada, se reconoce a la Administración una suerte de margen de apreciación, en el orden aplicativo, para ejercer la competencia que le atribuyen las leyes y reglamentos. Ambas potestades suelen aparecer en forma conjunta.

Dado que nos ocupamos de esta cuestión con anterioridad prescindiremos del tratamiento general sobre el marco de principios jurídicos y fundamentos en que se desenvuel-

ve el control judicial de la discrecionalidad administrativa y nos remitimos a ese trabajo específico (110).

No obstante, hay algunos conceptos focales que, sin apego a la heurística, nos permitimos recordar aquí.

Lo primero, es el reconocimiento de que el ámbito de la discrecionalidad, antes inmune al control judicial, ha ido reduciéndose gradualmente, en particular por la técnica de los *conceptos jurídicos indeterminados* (111).

En segundo lugar, si en todos los actos de la Administración hay elementos reglados y discrecionales, corresponde que el control judicial comience con la revisión de los elementos reglados, particularmente al fin del acto administrativo a través de la técnica de la *desviación de poder* (112).

A su vez, hay otros dos aspectos del control judicial que reducen la inmunidad que en el pasado caracterizaba a la discrecionalidad administrativa. Ellos son: a) el control de los hechos determinantes, y, b) el control por los principios generales del derecho (113).

En resumidas cuentas, podemos decir que **mientras la discrecionalidad admite una pluralidad de soluciones igualmente justas, el concepto jurídico indeterminado, al basarse en un juicio disyuntivo (algo que es o no es), conduce siempre al hallazgo de una única solución justa** (114).

Si bien no ha sido compartida por un calificado sector de la doctrina vernácula especializada, la tesis que sostiene que el juez no se halla facultado para revisar “el mérito de la elección discrecional”, salvo grave error o arbitrariedad (115), se ha dicho que el control judicial de la discrecionalidad no puede ser meramente formal y que debe analizar las operaciones técnicas involucradas, absteniéndose de apreciar la oportunidad del accionar administrativo (116).

En nuestra opinión, **el juez tiene amplias atribuciones para revisar todos los aspectos del acto discrecional, tanto en los supuestos de discrecionalidad llamada fuerte, en la que la determinación de los presupuestos de hecho es clara y terminante, como en la discrecionalidad débil donde hay problemas semánticos o carencia de una solución legal precisa o situación de incertidumbre (117), pues para ello debe acudir a la técnica de los principios generales del derecho, particularmente el principio de razonabilidad (118).**

La jurisprudencia de la Corte Suprema sigue algunos parámetros de la doctrina expuesta y ha expresado que “el control judicial de los actos denominados tradicionalmente discrecionales o de pura administración encuentra su ámbito de actuación, por un lado, en los elementos reglados de la decisión —competen-

cia, forma, causas, finalidad y motivación—; y, por el otro, en el examen de su razonabilidad”... y que “ello no implica que el juez reemplaze a la Administración”, agregando que el ejercicio de facultades discrecionales “en manera alguna puede constituir un justificativo de su conducta arbitraria” (119).

VI.4. Los recursos directos

Uno de los problemas que demandan una urgente regulación legislativa es el de los llamados *recursos directos* en los que se ha negado la apertura a prueba en la instancia judicial de revisión. La jurisprudencia del fuero en lo contencioso administrativo federal resulta difícil de conciliar, pues mientras unos tribunales la admiten con carácter excepcional, otros la niegan (120). En el sistema judicialista argentino, que rige en el orden federal, el control de la mayor parte de las sanciones penales administrativas se regula a través de recursos directos que se interponen ante el fuero contencioso-administrativo federal.

Por nuestra parte, hemos sostenido que la Administración Pública no puede juzgar, en forma definitiva, las cuestiones concernientes a la admisibilidad y procedencia de la prueba en un antiguo trabajo (121), postura que tuvo una recepción parcial en la jurisprudencia del fuero en lo contencioso administrativo federal.

Cabe puntualizar que, en esta línea, la Corte Suprema, en el caso “Giaboo” (122), se pronunció a favor de un control amplio y suficiente en la revisión de sanciones administrativas con fundamento en los arts. 18 y 109 de la C.N. y en el *principio de la tutela judicial efectiva*.

Las derivaciones de la doctrina partidaria del carácter pleno del control judicial no se limitan a la amplitud de la apertura a prueba y a la revisión de las cuestiones de hecho, sino que también se proyectan en dos sentidos concernientes a la constitucionalidad del sistema de revisión. Así resulta improcedente: a) el otorgamiento en relación de los recursos contra las decisiones jurisdiccionales de la Administración y, b) la concesión del recurso a un solo efecto (devolutivo).

En coincidencia con la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal, a fin de resguardar el principio de la tutela judicial efectiva, con independencia de la naturaleza material (jurisdiccional o administrativa) que se le atribuya a la potestad sancionatoria de la Administración, resulta imprescindible aplicar el *principio del control amplio y suficiente* y, en consecuencia, admitir la revisión de los hechos y la apertura a prueba en la instancia judicial.

En ese escenario, conforme a nuestro sistema constitucional y a la doctrina de la separación de los poderes y la preceptiva indicada (arts. 18, 75 inc. 12, 109 y 116 de la C.N.), se ha sostenido que en los procesos que se ven-

(99) YACOBUCCI, Guillermo, “El sentido...”, cit., p. 415 y ss.

(100) MARIENHOFF, Miguel S., “Tratado de Derecho Administrativo”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, 4ª ed., t. I, p. 256 y ss., y p. 578 y ss.

(101) Ampliar en nuestro “Curso de Derecho Administrativo...”, cit. Tº I, p. 184 y ss.

(102) Fallos 321:824 y Fallos 300:392 y 315:942, entre otros.

(103) Fallos 329:1053.

(104) Cfr. YACOBUCCI, Guillermo, “El sentido...”, cit., p. 423.

(105) Fallos 346:103; 335:1089; y, 321:1043, entre otros.

(106) Fallos 275:265 y Fallos 305:2130.

(107) Fallos 335:1126.

(108) Fallos 336:2184.

(109) GARCÍA de ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, “Curso...”, cit., t. I, p. 493 y ss.

(110) CASSAGNE, Juan Carlos, “El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa”, BdF, Buenos Aires, 2016, 2ª edición, con prólogo

de Jesús González Pérez y recensión de Eduardo García de Enterría, p. 231 y ss.

(111) GARCÍA de ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, “Curso de Derecho Administrativo”, Thomson Reuters, Madrid, 2017, 18ª ed., t. I, p. 503 y ss.

Un *concepto jurídico indeterminado* se configura cuando la ley no precisa más que su núcleo fijo o zona de certeza, porque se trata de conceptos generales que no admiten una descripción normativa completa y expresan conceptos de experiencia (ej. fuerza irresistible) o de valor (vgr. *buena fe*) (op. cit., ps. 503-504). Además, esos conceptos contienen una zona de incertidumbre (el hecho del concepto) que si bien permite ejercer cierto margen de apreciación a la Administración no implica una libertad de configuración y, por tanto, no hay allí discrecionalidad.

(112) Vid nuestro libro, “El Acto Administrativo”, cit., p.

(113) Ampliar en GARCÍA de ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, “Curso de Derecho Administrativo”, ob. cit., t. I, p. 516-520.

(114) Ibídem, Tº I, ps. 504-510; véase también: RUIZ PALAZUELOS, Nuria, “El Control Jurisdiccional de la Discrecionalidad de los Organismos Reguladores”, Thom-

son Reuters Aranzadi, Pamplona, 2018, ps. 197 y ss. Esta autora encuentra una contradicción en la explicación que brindan García de Enterría y Fernández acerca del margen de apreciación que estiman resulta necesario conceder a la Administración en los juicios de valor sobre los conceptos jurídicos indeterminados y sostiene que, en tales casos, existe una presunción de racionalidad que esconde un reconocimiento a favor de la Administración de “un margen de apreciación, de libertad de apreciación, de discrecionalidad en la aplicación de tales conceptos”. Pero si se lee e interpreta correctamente la obra citada no resulta posible arribar a una conclusión semejante. En efecto, no es cierto que dichos autores afirmen, en todo momento, que no existe, en tales casos un margen de libertad ni de apreciación discrecional no controlable por los jueces sino una presunción de racionalidad que no implica libertad de actuación y por tanto un reconocimiento de la discrecionalidad que excluya el control judicial aparte de que constituye una presunción “iuris tantum” (op. cit., ps. 504 y ss.).

(115) Cfr. SESIN, Domingo J., “Administración Pública. Actividad Reglada. Discrecional y Técnica”, Abeledo-Pe-

rrot, Buenos Aires, 2022, 3ª ed. actualizada, p. 368.

(116) Ibídem, p. 369.

(117) Véase: CORVALÁN, Juan Gustavo, “Derecho Administrativo en transición”, Buenos Aires, 2016, p. 169 y ss.

(118) Ampliar en MUÑOZ MACHADO, Santiago, “Tratado de Derecho Administrativo y Público General”, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015, t. III, p. 284 y ss.

(119) Fallos 345:905 (2022), considerando 9º.

(120) Véase: GALLEGOS FEDRIANI, Pablo O., “Recursos directos (aspectos procesales y sustanciales)”, RAP, Buenos Aires, 2018, ps. 250-255, cita fallos de la Sala I que negaron la apertura a prueba en los recursos directos y de la Sala III y V que la admitieron con carácter excepcional, su opinión es a favor de un criterio amplio en materia de ofrecimiento y producción de pruebas en sede judicial, postura correcta a la luz de los principios constitucionales en juego.

(121) En La apertura a prueba en los llamados *recursos judiciales*, LA LEY, 1997-D, 667.

(122) Causa CSJ 360/2013, con remisión a los argumentos expuestos por la Procuradora Fiscal Subrogante Dra. García Neto con fecha 29 de abril de 2015.

tilan, a raíz de la interposición de un recurso judicial directo, debe prevalecer el *principio de control judicial amplio y suficiente* (123). En este aspecto, una práctica judicial deficiente no puede justificar el abandono de un principio general del derecho constitucional que debe regir en todos los procesos en que es parte el Estado.

Por otra parte, no está de más reiterar que esta construcción garantística se acrecienta con la aplicación del *principio de la tutela judicial efectiva*, consagrado por los artículos 8 y 25 de la CADH, tal como lo ha recogido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en concordancia con la Corte Interamericana de Derechos Humanos (124).

En efecto, nuestro Alto Tribunal ha explicado la coincidencia que existe en cuanto a que el principio del control judicial suficiente, emanado de la doctrina del caso “Fernández Arias”, exige que exista “una instancia de revisión en la que puedan debatirse plenamente los hechos y el derecho aplicable” (125). Al respecto, en una línea similar, el Tribunal Interamericano ha dicho “que existe una revisión judicial suficiente cuando el órgano judicial examina todos los alegatos y argumentos sometidos a su conocimiento sobre la decisión del órgano administrativo, sin declarar su competencia al resolverlos o determinar los hechos” y que no se cumple con el requisito de la revisión judicial cuando los jueces se encuentran limitados por las determinaciones fácticas o jurídicas realizadas por el órgano administrativo que hubieran resultado decisivas para la resolución del caso “Barbani Duarte y otros vs. Uruguay” (sentencia del 13 de octubre de 2011, párr. 204) (126).

VII. Analogías y diferencias entre el derecho norteamericano y el argentino respecto del control judicial de la actividad de la Administración

Como venimos diciendo, la teoría de Montesquieu, basada en el equilibrio de los poderes, con el objetivo focal de favorecer las libertades de las personas, tuvo diferente aplicación en los distintos países que han seguido sus aguas (127).

Entre las aclaraciones que pueden servir de algún provecho intelectual a quienes piensan de un modo distinto debemos puntualizar, ante todo, que nunca hemos negado que la Constitución de Filadelfia haya sido una de las fuentes de tuvo la nuestra. La tesis de la *pluralidad de fuentes*, sostenida por la mayoría de los autores contemporáneos (128), sobre todo, por nuestros grandes publicistas, es la que siempre hemos sostenido y resulta fácil comprobar, como se ha visto, que la Constitu-

ción de Cádiz de 1812 es fuente indirecta (129) y parcial de la Constitución de 1853, lo cual no significa, es obvio, que sea la fuente principal de ella (130).

Por lo demás, aunque en diferentes ocasiones, hemos dicho que la separación de poderes no impide que cada uno de los órganos del Estado pueda ejercer, en forma coordinada y dentro de los límites constitucionales, las funciones materiales de los otros, además de la función predominante, en sentido material, adjudicada a cada órgano (131), el diseño del Poder Judicial cuenta con las reglas específicas señaladas para resguardar su independencia de los otros Poderes y, en este sentido, constituye una excepción a la flexibilidad de la doctrina de la separación de los poderes que adopta nuestra Constitución (132).

VII.1. Similitudes y analogías entre sistema judicialista argentino y el norteamericano

En comparación con el sistema establecido en la Constitución de Filadelfia se advierte una serie importante de similitudes y analogías, las que, por tratarse de un tema obvio y suficientemente conocido, solo abordaremos en sus aspectos esenciales.

Tanto en la organización del sistema federal de gobierno como en la adopción del presidencialismo hay en nuestra Constitución preceptos que son meras reproducciones de la Constitución norteamericana junto a otros que exhiben similitudes y analogías, sin desconocer que en este examen la semejanza distingue si la cosa objeto de la comparación es común (similitud) o distinta (analogía).

Por ejemplo, existe una gran similitud entre el art. 31 de la Constitución Argentina y su equivalente norteamericano (133), en cuanto al reconocimiento de la Constitución como ley suprema y al consecuente principio de supremacía Constitucional. Este principio traduce el carácter normativo de la Constitución y su prevalencia sobre las leyes, prelación que tiene también sobre los tratados internacionales en general, salvo los tratados que poseen jerarquía Constitucional (art. 75 inc. 22 C.N.), no obstante que los preceptos de estos tratados no derogar artículo alguno de la primera parte de la Constitución.

Al propio tiempo, hay una relación de analogía comparativa en la regulación de las normas sobre federalismo y el sistema presidencial.

No obstante que ambas constituciones se enrolan en el llamado *sistema judicial de revisión de la actividad de la Administración* y presentan analogías de trascendencia, como las relativas a la regulación de la competencia

de la Corte Suprema y demás tribunales federales (arts. 116 y 117 de la C.N.), regulada con conceptos semejantes a los de su fuente norteamericana, o el precepto que prescribe la garantía de la defensa o debido proceso adjetivo (art. 18 C.N.), lo cierto es que el art. 109 de la C.N., ausente en la Constitución de los Estados Unidos, establece una diferencia específica que acentúa notablemente el judicialismo, dotándolo de una singularidad, que fortalece la independencia del Poder Judicial.

No obstante que la interpretación de la Corte Suprema Nacional reconoció finalmente una jurisdicción administrativa primaria en los tribunales administrativos que cumplen con determinados requisitos en cuanto al órgano (independencia, imparcialidad, y especialización), introdujo una condición inexcusable para armonizar el sistema de la revisión judicial en su conjunto, al establecer que siempre debía ser posible que la justicia fuera la que efectuara la revisión final de esas decisiones, con amplitud de debate y prueba, de las cuestiones tanto de hecho como de derecho. Es decir, que si bien en ambos sistemas la ley puede crear jurisdicciones administrativas primarias, no son instituciones semejantes y rige entre nosotros el *principio de revisibilidad jurisdiccional amplio* que es algo más que una presunción, como se pregonaba en el derecho norteamericano.

Finalmente, un tema que genera dudas interpretativas y que ha dividido a la doctrina es el relativo a los efectos “erga omnes” de las sentencias que declaran la nulidad o inconstitucionalidad de normas de naturaleza legislativa o reglamentaria (134). La cuestión pone en juego el remanido carácter difuso que, para un significativo sector del derecho constitucional, tendría el sistema judicialista argentino creado para entender en la resolución de causas (entre partes contrapuestas), conforme al art. 116 de la C.N. Este carácter difuso del control de constitucionalidad o de legalidad, si bien es la regla general, admite excepciones [vgr. procesos colectivos (135)].

Si pretendemos profundizar aquí sobre esta cuestión, de la que nos hemos ocupado con anterioridad (136), consideramos que en determinadas situaciones, y con resguardo de la garantía de la defensa y de la tutela judicial efectiva, se ha incrementado la posibilidad de reconocer, en nuestro derecho y en el derecho procesal interamericano (137), efectos “*erga omnes*” a sentencias que anulan o declaran la inconstitucionalidad de normas legales o reglamentarias, tanto en procesos individuales como colectivos.

En tal sentido, en una sistematización realista de los supuestos que admiten el reco-

nocimiento de efectos “*erga omnes*” de las sentencias judiciales se han seleccionado dos especies de controversias: a) la resolución múltiple de conflictos; y, b) los conflictos en los que su resolución exija atribuirles a efectos expansivos (138).

A falta de una regulación legal sobre esta temática, seguimos pensando que el carácter “*extra partes*” solo adquiere vigencia y firmeza si es establecido en un fallo del Alto Tribunal.

VII.2. Las diferencias específicas con el sistema judicial norteamericano

No son pocas las diferencias existentes entre las constituciones de los Estados Unidos y de Argentina, como bien lo ha reiterado Alberdi en sus numerosas obras y escritos.

La comparación suele hacerse, en general, sobre la Constitución formal de cada país entendiendo por tal el texto positivo único y codificado de la Constitución, sin profundizar mayormente sobre la diferencia con los principios establecidos en los *precedentes judiciales* que son los reales y típicos de cualquier sistema constitucional (139). Una cosa es la Constitución formal positiva (140) y otra es la Constitución material formalizada a través de los principios elaborados por la jurisprudencia.

Un análisis de esta naturaleza, que excluya los principios constitucionales que surgen de la jurisprudencia de la Corte argentina e incluso de la legislación, caería en el defecto positivista de suponer que el derecho está constituido solo por fuentes formales positivas sin que tengan cabida, en el plano de su vigencia efectiva y vinculante, los denominados *principios generales del derecho* (141), que prevalecen sobre las normas y cuya estructura lógica es comprensible por cualquier jurista con mínimos conocimientos acerca de la teoría del derecho y de la filosofía jurídica (antecedentes de hecho, mandato y consecuencia jurídica).

En el cuadro de las distinciones entre un sistema y otro figuran, en primer lugar, cinco regulaciones diferentes propias de la Constitución formal que, según su orden de trascendencia, son:

- la interdicción impuesta al Poder Ejecutivo para el ejercicio de funciones judiciales (art. 109 C.N.), ausente en la Constitución norteamericana (142);
- el no sometimiento de los Estados a la jurisdicción de los tribunales federales prescripto en la *Enmienda XI* de la Constitución de los Estados Unidos, precepto inexistente en la Constitución nacional (143);

(123) Así lo sostuvo la Corte en el caso “Giaboo S.R.L.” (Causa CSI 360/2013).

(124) *In re* “Baena, Ricardo y otros vs. Panamá”, 02/02/2001, párr. 177, entre otros.

(125) Caso “Pogonza”, Fallos 344:2307, del 02/09/2021, Considerando 10.

(126) *Ibidem*, Considerando 10.

(127) BIANCHI, Alberto B., “La separación de poderes”, *Cathedra Jurídica*, Buenos Aires, 2019, ps. 93-94.

(128) Véase: DALLA VÍA, Alberto Ricardo, “Doscientos años de la promulgación de la Constitución de Cádiz”, *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, Buenos Aires, 2012, p. 77 y ss.

(129) En el sentido de ser el antecedente de su fuente directa próxima (el art. 108 de la Constitución de Chile de 1833).

(130) En esta disputa doctrinaria se suele recurrir a la dialéctica erística para debilitar la fuerza del argumento del oponente agrandando la zona de certeza de un concepto relativo para tornarlo absoluto e incierto.

(131) Véase nuestro “Curso de Derecho Administrativo...”, cit., t. I, p. 49 y ss.

(132) La doctrina de la separación de los poderes, interpretada de modo flexible, es decir, admitiendo la coordinación entre los órganos que ejercen el poder del Estado, sin una división material estricta basada en la especialización funcional, en cuanto a la parti-

cipación del Presidente en el proceso de formación de las leyes, difiere de la Constitución de los Estados Unidos, en la que no se le atribuye participación alguna. En la Constitución argentina de 1853 se recoge al pie de la letra el precepto contenido en el Proyecto de Constitución de Alberdi en su art. 85 inc. 4, antecedente directo del actual art. 99 inc. 3 de la Constitución de 1994. Al respecto, González Calderón anotó que “esa cooperación o concurrencia entre los poderes legislativo y ejecutivo ha sido, sin duda, teóricamente mejor concebida por los autores de nuestra ley suprema que por sus predecesores norteamericanos en lo relativo a la formación y sanción de las leyes” (Cfr. GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., “Derecho Constitucional argentino”, Lajouane, Buenos Aires, 1930-1931, 3ª ed., t. III, p. 8). Según Bosch, esta regulación revela que en la Constitución argentina “se ha hecho aplicación -en forma consciente o no- más exacta del principio de la separación de los poderes tal cual lo entendió Montesquieu y lo hemos interpretado nosotros” (BOSCH, Jorge Tristán, “Ensayo de interpretación de la doctrina de la separación de los poderes”, *Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires*, con prólogo de Rafael Bielsa, Buenos Aires, 1944, p. 170).

(133) Artículo VI, 2ª parte de la Constitución de los Estados Unidos.

(134) Ampliar en LAPLACETTE, Carlos José, “Acciones Declarativas de Inconstitucionalidad”, *La Ley*, Buenos Aires, 2020, p. 243 y ss.

(135) SOLA, Juan Vicente, “El caso “Halabi” y la creación de las acciones colectivas”, *LA LEY*, 2009-B, 154.

(136) A favor de la posibilidad de reconocer “efectos *erga omnes*”: BIDART CAMPOS, Germán J., “La interpretación y el control constitucionales de la jurisdicción constitucional”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001, 2ª ed., ps. 141-143; BOSCH, Jorge Tristán, “¿Tribunales Judiciales...”, ob. cit., p. 137; GRECCO, Carlos M., “Impugnación de disposiciones reglamentarias”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1988, p. 107 y ss.; COMADIRA, Julio R. - MONTI, Laura (col.), “Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Anotada y comentada”, *La Ley*, Buenos Aires, 2002, t. I, ps. 470-473, así como nuestros trabajos La impugnación judicial de reglamentos en el orden nacional, *LA LEY*, 1979-C, 721, reiterados más tarde en El control jurisdiccional de la actividad reglamentaria y demás actos de alcance general en Derecho procesal administrativo (dir. Juan Carlos Cassagne), Hammurabi, Buenos Aires, 2004, t. I, p. 985; en contra: MAIRAL, Héctor A., “Control judicial...”, ob. cit., p. 1014 y ss., entre otros.

(137) *Vid*: MANILI, Pablo Luis, “Derecho Procesal Constitucional e Interamericano”, *La Ley*, Buenos Aires, 2023, p. 114 y ss.

(138) LAPLACETTE, Carlos José, “Acciones declarativas...”, ob. cit., p. 255 y ss.

(139) SANTIAGO, Alfonso, “Bien común y derecho constitucional”, Abaco, Buenos Aires, 2002, p. 261 y ss., hace un correcto análisis de las tesis realistas del derecho en la jurisprudencia de la Corte.

(140) Véase, BIDART CAMPOS, Germán J., “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, Ediar, Buenos Aires, 1988, t. I, p. 36 y ss, especialmente ps. 40-41.

(141) Ampliar en nuestro libro “Los grandes principios del Derecho Público (Constitucional y Administrativo)”, 2ª ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2021.

(142) *Vid*: BULLRICH, Rodolfo, “Principios generales de Derecho Administrativo...”, cit., p. 152 y ss., uno de nuestros predecesores en la cátedra de Derecho Administrativo de la UBA que más se ocupó del análisis del ex art 905 de la C.N. (actual art. 109) critica “el hábito de subordinar nuestras cuestiones constitucionales a las que se tratan en los Estados Unidos” (op. cit. p. 154).

(143) Aspecto diferencial que ha destacado BIANCHI, Alberto B., “La separación de poderes. Un estudio desde el derecho comparado”, *Cátedra Jurídica*, Buenos Aires, 2019, ps. 272-273 y recientemente reiterado en “Dos comentarios sobre...”, cit., p. 1, texto y nota 6.

3. la prohibición al Congreso de conceder al Poder Ejecutivo facultades extraordinarias o supremacías bajo pena de nulidad (art. 29 C.N.), que tampoco prescribe en la Constitución de los Estados Unidos;

4. la potestad del Congreso para el dictado de la legislación común o Códigos de fondo (art. 75 inc. 12 C.N.), que no existe en la Constitución norteamericana (144). Sobre el tema, la doctrina ha dicho que “las cuestiones sometidas al derecho común deben ser reservadas a los tribunales judiciales competentes y no colocar una valla que afecte al debido proceso, cuando el conflicto no tiene que ver con el ejercicio del derecho público asignado al Estado en ejercicio del poder de policía específico” (145).

5. el principio de la tutela judicial efectiva, prescripto por los artículos 8 y 25 de la CADH.

6. el hecho de que la Constitución norteamericana prescribe dos formas de ejercer la función judicial: a) según la ley y, b) conforme a la equidad (art. III, sección 2ª inc. 11 y art. XI) (Enmienda constitucional) (146).

A su vez, un somero examen acerca de los principios y praxis de la llamada Constitución material o real del derecho constitucional norteamericano permite advertir una serie importante de diferencias específicas en punto al sistema judicialista.

Por de pronto, como consecuencia de la recepción de las tradiciones anglosajonas, en la Constitución material-formal del derecho norteamericano rige la regla de la *inmunidad soberana* que se traduce en la imposibilidad de demandar al Estado sin su consentimiento, salvo algunas hipótesis excepcionales (147). Esta regla, contraria a nuestra tradición jurídica y legislativa (148) adoptada en el año 1864 por la jurisprudencia de la Corte Suprema en el caso “Seste y Seguich”, hoy día resulta anacrónica, aunque sea la regla actualmente vigente en el derecho norteamericano, que se mantiene incólume como un principio que carece de explicación en un gobierno republicano, pese a las conocidas críticas que ha recibido de la propia doctrina estadounidense.

Es evidente, entonces, que en este punto central del proceso contencioso-administrativo, como es la demandabilidad del Estado, la Constitución real del modelo norteamericano resulta incompatible con la argentina y demuestra hasta qué punto la herencia anglosajona ha continuado prevaleciendo en los Estados Unidos en esta materia, mientras que, nuestro país ha seguido la tradición de su derecho patrio, reafirmada tras la sanción de la ley 11.634 de 1932.

Otra característica que marca una distinción importante estriba en la existencia de tribunales legislativos creados por el Congreso que actúan como órganos independientes del Poder Ejecutivo que constituyen,

como se ha dicho, “una categoría ajena a nosotros” (149).

Por lo demás, un rasgo distintivo esencial radica, en el fondo, en la peculiar interpretación que hace el derecho norteamericano acerca de la doctrina de la separación de los poderes al atribuirles a las agencias creadas por el Congreso conjuntamente poderes legislativos y judiciales en sentido material. Precisamente esta característica ha llevado a Schwartz a reconocer que la principal diferencia que existe entre el Derecho Administrativo de los Estados Unidos y el Derecho continental europeo es que el primero se centra en las agencias, mientras que el segundo lo hace en la Administración Pública (150).

Tan así es, que se ha sostenido que lo que se denomina en la terminología norteamericana “*adjudication power*” proveniente de las agencias constituye la expresión misma de un poder de naturaleza judicial (151).

En síntesis, por más que se ubique al sistema de control jurisdiccional del derecho norteamericano dentro de los cánones del sistema judicialista, el derecho administrativo que lo rige difiere de los derechos administrativos europeos continentales y de la mayor parte de los derechos de Iberoamérica. Pues mientras el derecho administrativo norteamericano es marcadamente un derecho jurisprudencial, los otros derechos se rigen por leyes administrativas generales o especiales —generalmente volcadas en Códigos— y, fundamentalmente, por el principio de legalidad en sentido amplio, o sea incluyendo a los principios generales del derecho.

El problema no pasa de ser un simple mal-entendido, sino que se trata de sistemas y conceptos radicalmente diferentes en cuanto a las fuentes y a la posición del juez que aplica el derecho o imparte justicia. En el derecho administrativo norteamericano, como se viene diciendo desde hace algunos años, las fuentes a las que acuden los jueces son cuatro: el “common law”, la “equity”, los “statutes” y la Constitución que, con base en una variada metodología, aplican o interpretan los jueces (152). Sin embargo, en el orden de la realidad, por más competencia que se atribuya a los jueces y salvo, en lo que respecta al control de constitucionalidad, la posibilidad de establecer una veda a la revisión judicial o de limitar sus alcances a las cuestiones de derecho, dejando el control de los hechos bajo la jurisdicción administrativa primaria de las agencias, convierte al derecho administrativo norteamericano en una especie muy singular dentro de los sistemas judicialistas de control de la actividad de la Administración Pública.

VII.3. Las doctrinas de la jurisdicción administrativa primaria y de la deferencia

A las distinciones específicas que se han señalado entre los derechos constitucio-

nales norteamericano y argentino corresponde adicionar dos instituciones típicas centrales en el modelo estadounidense. La primera, es la conocida como *jurisdicción administrativa primaria*, la cual consiste en atribuir competencia a las agencias o entes administrativos para resolver controversias de naturaleza jurisdiccional como práctica generalizada del sistema, desplazando la competencia del Poder Judicial hacia el ente u órgano administrativo (153).

Ese desplazamiento inicial de la competencia judicial hacia las agencias ha llevado a que prevalezca el principio de la especialización sobre la competencia general que tienen atribuida los jueces ordinarios, según la Constitución norteamericana, para entender en el conocimiento de las causas y, sin perjuicio de que parte de la doctrina vernácula no lo reconozca, ha traído dos consecuencias importantes: a) el desplazamiento hacia las agencias de la competencia para entender en la revisión de las cuestiones fácticas o de hecho y, b) la exclusión de la revisión judicial que, en algunos supuestos, ha prescripto la legislación del Congreso, posibilidad que admite la APA, como se ha visto.

En Argentina, los juristas especializados en la materia consideran que es una concepción confusa y difícil cuya aplicación plantea dudas en el derecho argentino, particularmente, a los entes reguladores (154) y hasta se ha cuestionado su utilización (155).

La doctrina de la jurisdicción administrativa primaria persigue dos propósitos centrales que consisten en uniformar la regulación y coordinar la aplicación de dos leyes concurrentes (156), a lo que cabe agregar que también “busca aprovechar la pericia y experiencia que la administración posee en la materia para tomar la decisión a la que finalmente se llegue” (157).

El problema que plantea su aplicabilidad al derecho argentino radica en que se trata de una construcción jurisprudencial y, por tanto, casuística, carente de sistematicidad, cuyas peculiaridades la tornan de difícil aplicación en aquellos contextos constitucionales más orgánicos que exhiben los derechos comparados.

Repárese nada más en el hecho de que por efecto de la aplicación de esta doctrina los jueces pueden posponer la acción judicial; o bien “suspender el trámite de la acción ya iniciada hasta que las partes hayan obtenido dicho pronunciamiento” (158).

Los escollos a su admisión en nuestro derecho se pueden sintetizar en: a) la posibilidad de limitar la revisión a las cuestiones de derecho y, b) la asignación de competencia definitiva o final a la administración para resolver las cuestiones de hecho (159).

administrativa primaria? Su aplicación a nuestro ordenamiento (a propósito de su invocación en el caso “Ángel Estrada”), E.D. Tº 205, 429, formula una descripción detallada de la jurisprudencia norteamericana y, al igual que Bianchi afirma que se trata de una teoría confusa.

(156) MAIRAL, Héctor A., “Control judicial de la Administración”, La Ley, Buenos Aires, 2021, ps. 310-313, hace una completa descripción de la doctrina que se ha hecho en la Argentina.

(157) Ibídem ps. 808-809.

(158) MAIRAL, Héctor A., “Control judicial...”, cit., p. 809.

(159) Es lo que se desprende del reconocimiento que formula Mairal (“Control judicial...”, p. 809), si bien lo matiza con la posibilidad de revisar la decisión administrativa, invocando arbitrariedad o falta de pruebas, lo que caracteriza una revisión excepcional que no columbia con el principio del control judicial amplio y sufi-

En efecto, la jurisdicción administrativa primaria en los Estados Unidos resulta una concepción incompatible con los principios constitucionales que rigen el contencioso administrativo argentino establecidos por la jurisprudencia de la Corte Suprema a partir del caso “Fernández Arias”, que vimos *ut supra*.

Por tanto, el reconocimiento que ha hecho la jurisprudencia de la Corte argentina acerca de la procedencia de una jurisdicción administrativa primaria (160) no puede ser esgrimido a favor de esta teoría, ya que se trata de una jurisdicción previa, limitada y condicionada a que se cumpla el trámite y resolución de una decisión final en la controversia bajo el principio de la *revisión amplia y suficiente*. Al propio tiempo, se ha confundido la jurisdicción administrativa primaria con la regla del agotamiento de la instancia administrativa lo que ha sido objeto de la conocida frase de Schwartz en el sentido de que “son dos caras diferentes de la misma moneda” (161), comparación que en el derecho argentino no debería tener trascendencia si estamos de acuerdo en que el requisito del agotamiento de la vía conculca el principio de la tutela judicial efectiva, establecido en los artículos 8 y 25 de la CADH. Así lo hemos sostenido (162), en coincidencia con un sector de la doctrina uruguaya (163).

La segunda de las distinciones específicas es la doctrina de la deferencia según la cual, sobre todo en cuestiones técnicas o de naturaleza discrecional, los jueces deben respetar los criterios seguidos por las agencias o tribunales administrativos, ya que, por su mayor especialización y experiencia, se considera que están en mejores condiciones de resolver esas cuestiones (particularmente en cuanto a la apreciación y juzgamiento de las cuestiones de hecho).

Es pertinente señalar que esta crítica no constituye una exageración ni un prejuicio contra la aplicación en Argentina de las concepciones del derecho norteamericano, como algunos parecen insinuar. Precisamente este punto ha sido objeto de las agudas objeciones de los más ilustres administrativistas españoles del siglo pasado (164), en coincidencia con otras, cuyas opiniones concuerdan con la nuestra.

Piénsese, por un momento, en la influencia que ejerce en el sistema presidencialista vernáculo el Ejecutivo sobre los entes reguladores y, en general, en materia de sanciones administrativas, para comprender la necesidad de no seguir las aguas de la doctrina de la deferencia, cuya práctica podría convertir a los ciudadanos y empresas en rehenes de los gobiernos de turno, cualquiera fuera su ideología.

Al respecto, García de Enterría ha criticado esta doctrina, exponiendo objeciones en cuanto a la apreciación de los hechos e in-

ciente aplicable en nuestro país.

(160) En el caso “Ángel Estrada”, Fallos: 328:651.

(161) SCHWARTZ, Bernard, “Administrative Law”, Little Brown & Co., London, 1991, 3ª ed., p. 524, nota 137.

(162) Vid nuestro “Curso de Derecho Administrativo”, Buenos Aires, 2021, 13ª ed., t. II, p. 714 y ss.

(163) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo”, La Ley, Montevideo, 2012, ps. 827-830 y del mismo autor: “Contencioso Administrativo”, Fundación Cultura Universitaria, Montevideo, 2023, 3ª ed., ps. 638-640, *de lege ferenda*, salvo en la acción reparatoria de la cual considera que conforme a la interpretación del art. 312 de la Constitución uruguaya no resulta exigible la regla del agotamiento de la vía administrativa para interponer la acción (op. cit., p. 549 y ss.).

(164) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “Democracia jueces...”, ob. cit., p. 182 y ss.

(144) Este precepto reviste implicancias para el sistema judicialista adoptado particularmente en dos materias: a) la regulación de la responsabilidad del Estado en la Nación y Provincias y, b) la prohibición de que los tribunales administrativos decidan cuestiones de derecho común.

(145) ABERASTURY, Pedro, “Las funciones de la Administración y un aspecto del caso ‘Ángel Estrada’”, RDA 58-962.

(146) Aspecto que destacan: SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, “Manual de Derecho Constitucional”, Kapelusz, Buenos Aires, 1958, p. 313; y CLARKE ADAMS, John, “El derecho administrativo norteamericano. Nociones institucionales de derecho administrativo comparado”, trad. del inglés, Eudeba, Buenos Aires, 1964, p. 11 y ss., afirma que la equidad “es fuente de especial importancia en el derecho administrativo”.

(147) Véase: MAIRAL, Héctor A., “Control Judicial de la Administración”, La Ley, Buenos Aires, 2021, ps. 33-34.

(148) Art. 20 de la ley 27.

(149) BIANCHI, Alberto B., “Un estudio comparativo de los tribunales federales en los Estados Unidos y en la Argentina”, LA LEY 22/04/2019, 4.

(150) SCHWARTZ, Bernard, “Administrative Law”, Boston, 1984, 2ª ed., ps. 2-3.

(151) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “Reflexiones sobre el Derecho Administrativo norteamericano (A propósito de una nueva expresión sistemática del mismo)”, *Revista de Administración Pública* N° 85, Madrid, 1978, p. 247, compartiendo la opinión de Schwartz, Bernard, *Administrative... cit.*, p. 7.

(152) CLARKE ADAMS, John, “El derecho administrativo norteamericano...”, ob. cit., p. 9 y ss.

(153) *In re* “Texas & Pacific Railway v. Abilene Cotton Oil Co.”, 204 U.S 426 de 1907.

(154) BIANCHI, Alberto B., “La regulación económica”, Abaco, t. I, p. 289 y ss.

(155) COVIELLO, Pedro J.J., “¿Qué es la jurisdicción

terpretación de las leyes ambiguas. Describe el cuadro jurídico que va desde la irrazonabilidad como excepción a la deferencia, a las indicaciones compulsivas contrarias y hasta la intención expresa del legislador que la contradice. El panorama no puede ser más contrario al principio de unidad jurisdiccional e implica, según su opinión, el cierre virtual del control (165). Como se puede apreciarse no somos los únicos que opinamos de manera semejante.

En este aspecto, se ha señalado, con referencia al juzgamiento de los poderes discrecionales de las agencias, que “el juez solo va a poder controlar si el ejercicio de la delegación se mueve dentro del marco general de actuación que le ha sido conferido a la agencia en la delegación. Pero, sobre el juicio que le merece el ejercicio de la delegación, el juez debe actuar con deferencia “debido a que se encuentra en una situación de inferioridad manifiesta sobre la materia comparando los conocimientos de la agencia administrativa con los suyos propios” (166).

Esa es la médula de la doctrina sentada por la Suprema Corte norteamericana en el caso “Chevron USA Inc. V. National Resources Defense Council Inc” (167).

En rigor, las limitaciones establecidas a la revisión judicial en cuanto a su alcance, junto a la doctrina de la deferencia, terminan otorgando un amplísimo poder a las agencias independientes e incluso a los entes que ejercen funciones jurisdiccionales y dependen del gobierno.

En ese aspecto, al comentar la opinión de Schwartz, en cuanto a que la característica más destacada de la agencia administrativa está dada por la conjunción de poderes legislativos y judiciales, García de Enterría señala que esa afirmación no sería comprendida en ningún país europeo como una excepción al principio de separación de los poderes (168).

No vamos a discutir aquí sobre las bondades del sistema judicialista de los Estados Unidos. Nos hemos basado en este ensayo en la opinión del autor vernáculo que más se ocupó del tema (Bosch) y de los escritores españoles que han formulado críticas que consideramos neutrales, sin contaminaciones ideológicas nacionalistas. En definitiva, como apunta Nieto, el sistema judicialista norteamericano oscila en una tensión entre el legislador y el juez y que “quienes en un momento histórico determinado desconfían de la Administración y confían en los jueces, es lógico que extiendan hasta el máximo el control judicial” (169). Esa tensión refleja una cuestión de poder compleja y profunda cuyos protagonistas son el Congreso y las agencias, las que reciben una constante presión por parte de los sectores que representan los

poderes económicos y los de los consumidores y usuarios, sin descartar la influencia del Ejecutivo en el diseño de las políticas públicas que lleven a cabo las agencias según la tendencia republicana o democrática que suele oscilar entre la regulación y la desregulación (170).

VII.4. El alcance del control judicial

La tendencia del sistema judicialista norteamericano, no exhibe en esta materia un conjunto organizado (171) de principios y normas al estilo europeo, orientándose más a confiar en las agencias especializadas (sean o no independientes), que en los jueces, por razones eminentemente prácticas que hacen a la eficiencia de un sistema basado en una aplicación más acentuada del principio de especialización funcional, que viene a colorear de un modo distinto la teoría de la separación de los poderes, a través de un esquema divisorio cuyas contradicciones saltan a la vista.

En definitiva, la suma de los factores producto de la exclusión o incluso limitación del alcance de la revisión judicial de las cuestiones de hecho y de la doctrina de la deferencia, si bien fortalece la independencia de las agencias y entes que ejercen funciones de naturaleza jurisdiccional, debilita el control judicial cuando no lo elimina.

Ese esquema resulta impracticable en Argentina, por razones jurídicas normativas, sociológicas y la influencia de la tradición histórica, que llevaron a nuestro sistema del principio de interdicción al Ejecutivo para ejercer funciones judiciales a la instauración de un conjunto de principios constitucionales, verdaderos principios generales del derecho, que prescriben el control amplio y suficiente de las decisiones jurisdiccionales de los entes reguladores y órganos administrativos e impide que esos entes puedan resolver las cuestiones de derecho común que se susciten entre particulares.

Precisamente, con relación a la deferencia, Cuchillo Foix señala que, aun con anterioridad a que la Suprema Corte estadounidense resolviera el caso “Chevron” (172), el profesor Monaghan reconoció que existía “una práctica establecida de deferencia judicial hacia la interpretación administrativa de la ley”, apoyándose en autorizadas opiniones de la doctrina estadounidense (173), algo inconcebible en nuestro sistema judicialista.

Otros tres aspectos del control judicial de la actividad administrativa jurisdiccional del derecho norteamericano que han merecido el reproche de Cuchillo Foix se refieren: a) al control jurisdiccional de las cuestiones de hecho; b) al control sobre los procedimientos formales; y, c) a la revisión judicial de los procedimientos informales.

ss. Este libro, arroja mucha luz sobre el funcionamiento del sistema de control jurisdiccional de la Administración norteamericana en el plano de la realidad y muestra el carácter relativo que caracteriza la independencia de las agencias, juzgada muchas veces en forma absoluta para dar respuesta a quienes piensan de modo diferente.

(171) Esto ya lo decía BOSCH, Jorge Tristán en: “¿Tribunales Judiciales...”, cit., ps. 119-120, donde alude al carácter inorgánico del sistema con centenares de organismos administrativos que ejercen funciones jurisdiccionales, sometidos “a una revisión judicial de diversa amplitud” cuyo “conjunto constituye un verdadero caos de pseudo tribunales, reglas de procedimientos, recursos, etc., dotados de individualidad propia y características dispares”. No creemos conveniente pues, desarrollar un sistema similar al que existe en materia de recursos directos, cuya reforma clama al cielo. Como siempre, nuestros problemas antes que en la Constitución y en las leyes se encuentran en la práctica administrativa y política en todos los niveles de nuestra desgana

Sobre el primero, afirma que los tribunales judiciales han sostenido que la determinación y valoración de los hechos es del dominio natural de la Administración y que los jueces solo deben intervenir en supuestos extremos (174) y al referirse a los grados o intensidad del control que contempla la APA, dicha “graduación resulta reconducible, en realidad, a un control prácticamente uniforme basado en la “razonabilidad” de la determinación administrativa” (175).

Al analizar el segundo de los aspectos vinculados al alcance del control judicial en los procedimientos formales, indica que si bien los tribunales “no han llegado, como no podía ser de otro modo, a una conclusión de que debe entenderse como pruebas y documentos sustantivos (“*substantial evidence*”)” la tendencia interpretativa apunta que la identificación y determinación administrativa de los hechos “deberá ser aceptada cuando resulte razonable”, es decir, “adecuadamente respaldada por los datos y documentos que constan en el expediente y el tribunal concluya que el procedimiento en el que ha realizado ha sido conducido en forma correcta, justa y neutral” (176).

Por otra parte, al abordar el tercer aspecto de los alcances del control, referido a la revisión de la adecuación de la actividad administrativa en los procedimientos informales, sobre todo cuando la actuación de la Administración consiste en producir efectos en forma continua (vgr. licencias y autorizaciones), ella no precisa fundamentarse en los datos que obran en el expediente (“*on the record*”) y la decisión administrativa solo puede ser revisada cuando se acredite una arbitrariedad o bien, “un abuso de la discrecionalidad conferida o patentemente irrazonable” (177).

En cuanto a la determinación “*ex novo*” de los hechos, que contempla la APA (178), el criterio que impera es el de que esa determinación administrativa de los hechos tiene que respetar un mínimo de deferencia por parte del tribunal revisor y que la decisión tiene que haber sido “claramente errónea” para ser revisable e interesa resaltar que puntualiza que su enjuiciamiento “ha sido aceptado de forma muy restrictiva por la jurisprudencia y resulta circunscripto a supuestos muy concretos” (179).

En definitiva, como se ha apuntado, el sistema de revisión judicial de la actividad administrativa del derecho norteamericano, aparte de la ausencia de una construcción orgánica y sistemática, contiene una serie de opciones y reglas variadas, que sumadas a la ambigüedad de la legislación y de la jurisprudencia, resultan incompatibles con el sistema judicialista argentino.

Podrá, quizás, argumentarse que la tesis que sustentamos constituye un “desiderá-

tum” pero es realmente el sistema judicialista vivo que nos rige y nos circunda, el cual ha culminado en la construcción de un cuadro más garantístico, como lo viene afirmando la jurisprudencia de la Corte en los últimos cincuenta años, en sintonía con el moderno principio de la tutela judicial efectiva vigente, también, en el derecho comparado, particularmente, en los derechos de España y Alemania donde no existen actos de la Administración Pública exentos de control jurisdiccional (180) y el control judicial es, en principio, pleno o amplio.

El hecho de que, en materia de recursos directos ante la justicia, generalmente asignados a la jurisdicción de las Cámaras competentes, no suelen cumplirse con los principios focales del judicialismo que venimos enunciando, no puede servir de excusa para sustentar la afinidad de nuestro sistema judicial con el estadounidense sino para fundar la inconstitucionalidad de la “mala praxis” argentina.

Sería absurdo sostener que en los defectos o inconstitucionalidades que exhibe nuestro sistema judicial se encuentra la razón que lo hace compatible en el judicialismo estadounidense. Una opinión semejante, directa o encubierta, carece de toda lógica y sentido jurídico.

VII.5. Las cuestiones políticas

En adición a lo expuesto existen algunas diferencias con los criterios que rigen en la jurisprudencia del derecho constitucional estadounidense en cuanto al tema de las denominadas cuestiones políticas.

Lejos de proponernos abordar aquí esta problemática en profundidad cabe reconocer que, si bien los criterios de la jurisprudencia norteamericana orientaron los diferentes fallos de la Corte en las llamadas *cuestiones políticas no judiciales*, algunas de las cuales provenían de la doctrina francesa clásica sobre los actos de gobierno o políticos, nuestra jurisprudencia exhibe hoy día otra realidad, con apoyo en la doctrina constitucional y administrativa (181).

Así en los últimos fallos de la Corte no se ha utilizado la expresión cuestión política no judicial para excluir su jurisdicción y rechazar el enjuiciamiento de un determinado acto de contenido o sustancia política, advirtiéndose una tendencia contraria a su no justiciabilidad, prefiriéndose sustituir esa terminología por la de facultades privativas o exclusivas de los otros poderes o de actos institucionales o constitucionales (182).

En esa línea, que amplía el control judicial sobre los tradicionales actos políticos o de gobierno, reiterando el criterio jurispru-

(165) *Ibidem*.

(166) GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V., “El alcance del control judicial de las Administraciones Públicas en los Estados Unidos de América”, McGraw-Hill-Interamericano de España, Madrid, 1996, p. 92.

(167) La posición de inferioridad se había señalado en 1978 en el caso “Board of Governors v. First Lincoln Wood Corporation”, 439 US 234, en la 251, conforme la cita de González García (op., cit., p. 91, nota 43).

(168) GARCÍA de ENTERRÍA, Eduardo, “Democracia jueces...”, ob. cit., p. 181, nota 16, con mención del libro SCHWARTZ, Bernard, “Administrative Law”, 3ª ed., Boston, 1991, ps. 9-10. y ss., cita que hemos cotejado.

(169) NIETO, Alejandro, en el *Prólogo* al libro de Montserrat Cuchillo Foix, Civitas, Madrid, 1996, 1ª ed., ps. 28-29.

(170) *Vid*: SHAPIRO, Martín, “¿Quién Guarda a los Guardianes?, El control judicial de la administración pública norteamericana”, traducido al español por Antonio Estella de Noriega de su original inglés *¿Who Guards the Guardians?, Judicial Control of Administration*, Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2022, p. 23 y

República y no es a través de la importación de soluciones legales como se solucionan. Basta con ver lo que ha pasado con la institución de la audiencia pública, transformada en fuente de negocios y abuso del poder sindical.

(172) “Chevron USA Inc. V. NRDC”, 467 US 467, 1984.

(173) CUCHILLO FOIX, Montserrat, “Jueces y administración en el federalismo norteamericano (El control jurisdiccional de la actividad administrativa)”, Civitas, Madrid, 1996, p. 150, con citas de las obras clásicas de Jaffe y Schwartz, quienes han puntualizado la ambigüedad de los textos legales y “la dificultad de la distinción entre cuestiones de hecho y cuestiones de derecho” (op. cit., p. 150, nota 8). Como lo pone de manifiesto Nieto en el *Prólogo* de su obra, la autora, distinguida profesora de Derecho Administrativo de la Universidad de Pompeu Fabra de Barcelona tiene una formación bicultural y ha realizado investigaciones y actividades docentes en las Universidades catalanas, en la de Nueva York y en la de London School Economics and Political Science (op. cit., p. 14) agregando que conoce bien el derecho norteamericano y no peca de provincialismo

(*Ibidem*, p. 16).

(174) CUCHILLO FOIX, Montserrat, “Jueces y administración...”, ob. cit., ps. 154-156.

(175) *Ibidem*, p. 160.

(176) *Ibidem*, p. 158.

(177) *Ibidem*, p. 160.

(178) SACRISTÁN, Estela B., “Revisión judicial...”, ob. cit., p. 189.

(179) CUCHILLO FOIX, Montserrat, “Jueces y administración...”, ob. cit., p. 162.

(180) Cfr. BARNES VÁZQUEZ, Javier (Coordinador), “La justicia administrativa en el Derecho Comparado”, Consejería de la Presidencia de la Junta de Andalucía - Civitas, Madrid, 1993, p. 157.

(181) Véase: LAPLACETTE, Carlos, “Las cuestiones políticas no justiciables. Propuestas teóricas para una mejor comprensión”, Separata de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 2021, uno de los más lúcidos análisis que se han escrito sobre el tema.

(182) MARIENHOFF, Miguel S., “Tratado de Derecho Administrativo”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1975, 2ª

dencial sostenido por el Alto Tribunal en el caso “CEPIS” (183), se ha dicho que “la justiciabilidad se vuelve absoluta”, pues admite tanto el control de la competencia (“de velar porque ninguno de los poderes del Estado actúe por fuera de las atribuciones que la Constitución les confiere”) como el de la forma en que se ejerce esa competencia (lo cual incluiría el procedimiento, el respeto de prohibiciones específicas o la razonabilidad) (184).

Como claramente ha puntualizado Laplace esta “idea se complementa con el párrafo siguiente” del citado fallo en el cual se afirma que “incumbe a los jueces examinar la existencia y extensión de las facultades privativas con el fin de determinar si la cuestión debatida es de las que les incumbe decidir, o de los que la Ley Fundamental depositó en el ámbito reservado a los otros Poderes del Estado...” (185). En una línea que pueda estimarse también razonable cabe encuadrar al sector de la doctrina que sustenta un criterio restringido sobre la revisibilidad de las cuestiones políticas en un doble sentido que postula: a) la no revisión judicial “de los criterios que informan las decisiones prudenciales de los órganos estatales competentes que dictan una decisión legítima o escojan una opción entre varias legítimamente posibles; y, b) control judicial de los actos estatales de aplicación que son plenamente revisables por los jueces” (186).

Resulta evidente que los criterios que caracterizan a la revisión judicial en las llamadas *cuestiones políticas existentes* en el derecho constitucional norteamericano (particularmente jurisprudenciales) para fundar su no justiciabilidad no parecen compatibles con la extensión que se le ha asignado a ese control en los últimos precedentes de nuestra Corte y que no es posible, a esta altura del desarrollo de nuestro derecho público, justificar una explicación contraria a la justiciabilidad de dichas cuestiones por parte de la doctrina o de la jurisprudencia (187).

Por esas razones sería peligroso extrapolar en esta materia criterios propios del constitucionalismo norteamericano, pues en nuestro sistema no resulta justificar las cuestiones políticas en el hecho de que no existen pautas legales que podrían aplicarse al caso o bien que la decisión interpretativa ha quedado reservada a los poderes del gobierno; y, menos aún, que la doctrina sobre estas cuestiones sea consecuencia del principio de la separación de los poderes (188).

VIII. Conclusiones

El sistema judicialista argentino de control judicial de la actividad de la Administración, cualquiera fuera su naturaleza y los órganos que la realizan, responde a principios constitucionales comunes que han surgido en el devenir histórico-constitucional basado en la doctrina de la separación de los poderes, a través de su interpretación flexible (189) que admite, bajo ciertas circunstancias y dentro de los cauces constitucionales, el ejercicio de facultades materialmente administrativas, legislativas y judiciales, sin perjuicio de la función predominante que se adjudica a

cada órgano del Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial). En ese singular esquema divisorio la Constitución le asigna un mayor peso a la independencia del Poder Judicial, a través de la interdicción del ejercicio de funciones judiciales o jurisdiccionales por parte del Poder Ejecutivo (190).

Tal cauce constitucional conduce a reconocer en la Constitución argentina el principio de la *unidad de jurisdicción* en cabeza del Poder Judicial, para entender en todas las causas en que el Estado Nacional es parte (art. 116 C.N.), es decir, incluyendo la competencia para juzgar las causas contencio-soadministrativas.

Los citados principios (unidad de jurisdicción y prohibición de juzgar al Ejecutivo) conforman una suerte de bloque constitucional, en materia de revisión judicial de la actividad de la Administración, que se integra con la garantía de la defensa (art. 18 C.N.); la prohibición al Congreso de conceder al Ejecutivo facultades extraordinarias o la suma del poder público (art. 29 C.N.) y la tutela judicial efectiva (arts. 8 y 25 de la CADH), que resulta aplicable tras la reforma constitucional de 1994.

Ahora bien, tanto la admisión de la potestad de la Administración para aplicar sanciones que no configuren delitos y constituyan contravenciones, siempre que no sean sancionadas con penas privativas de libertad (vgr. multas, decomisos, clausuras, etc.), como la creación de tribunales administrativos (ej. Tribunal Fiscal de la Nación) o de entes reguladores independientes, representan una realidad en todos los países con sistemas similares al nuestro (191). Por cierto que tampoco se ha controvertido la prohibición que impide que los tribunales o entes administrativos resuelvan controversias entre particulares regidas por el derecho privado, las cuales corresponde decidir a los jueces como competencia irrestricta de nuestro sistema constitucional.

La doctrina de la separación de los poderes, tan discutida en los inicios de la Revolución Francesa, conlleva dos subprincipios que debe respetar el sistema para estar alineado con el Estado de Derecho, consistentes en: a) la independencia y separación de los órganos que ejercen las funciones estatales y, b) la especialización funcional. En ese sentido, resulta obvio que una interpretación rigurosa de esa doctrina impediría que órganos u entes de la Administración ejercieran funciones de naturaleza jurisdiccional, algo imposible, máxime en el ámbito de las tendencias interventoras del Estado Regulador y Garante.

Al respecto, ha sido Bosch el primero de nuestros iuspublicistas que sostuvo que, para salvar la constitucionalidad del sistema, frente a la interdicción del ejercicio de funciones judiciales por el Poder Ejecutivo (art. 109 de la C.N.) era procedente establecer el requisito de la decisión final a cargo de los jueces, expresado en las leyes que asignan funciones jurisdiccionales al Poder Ejecutivo (que denominó genéricamente *delegaciones*) (192).

A *posteriori* en la evolución de la jurisprudencia de la Corte surgió el principio del control amplio y suficiente que se ha descrito, como fuente material y pretoriana, el cual, al recibir su positivización por los arts. 8 y 25 de la CADH, se ha convertido en fuente vinculante para la Administración y los jueces.

Aun reconociendo, en el plano teórico y jurisprudencial, la forma de salvar la constitucionalidad de los tribunales administrativos sobre la base de dejar abierta una revisión judicial final amplia y suficiente, al igual que para el ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración queda, sin embargo, por resolver la cuestión que se suscita cuando los entes reguladores u órganos administrativos no son independientes del Ejecutivo, sobre todo, el trascendente problema que plantea el ejercicio del poder sancionatorio de la Administración de naturaleza penal, existente en todos los ordenamientos comparados, que muestran que el proceso de despenalización es otra realidad irreversible.

El problema no se soluciona con negar que se trata de funciones jurisdiccionales, afirmando que son funciones administrativas, confundiendo el concepto material de *jurisdicción* con los requisitos exigidos a los órganos. Antes bien, el sistema administrativo sancionatorio debe enfatizar el control judicial más amplio posible y establecer, como regla general (salvo excepciones limitadas), la concesión libre y el carácter suspensivo de los recursos, con la consecuente privación de ejecutoriedad de las sanciones aplicables. Esa tiene que ser la regla general en materia de multas, dado que su finalidad no radica en engrosar el tesoro nacional sino en prevenir conductas contrarias al bien común o al orden público, además de que así lo impone el principio de la tutela judicial efectiva.

En estos casos, como resulta utópico eliminar las potestades de la Administración, la solución pasa por exigir que la revisión final que se halla a cargo de los jueces se realice con amplitud necesaria para preservar la naturaleza judicialista del sistema.

Por otra parte, la regla del *control amplio y suficiente*, con amplitud de debate y prueba, impide aplicar las doctrinas de la jurisdicción administrativa primaria (en la versión norteamericana), la deferencia, la exclusión de la revisión judicial y la irrevisabilidad de las determinaciones de hecho.

Los principios constitucionales, nacidos de la jurisprudencia de la Corte, traducen reglas precisas y específicas, cuya naturaleza vinculante exige que la revisión final de las decisiones de la Administración comprenda tanto las cuestiones de derecho como de las fácticas, de la actividad reglada como de la discrecional. Por otra parte, nada de lo expuesto podría llegar a legitimar que los jueces se conviertan en legisladores ni que sustituyan a la Administración en el dictado de actos administrativos.

En síntesis, el arte del juez consiste en ponderar la solución aplicable al caso, con

arreglo a los principios de razonabilidad y proporcionalidad y respetando el carácter autoritativo del derecho positivo (legalidad), en tanto no se incurra en injusticia manifiesta o extrema.

En ese escenario constitucional el art. 109 de la C.N. cumple una función central en el sistema judicialista argentino que, en medio de todas las vicisitudes políticas, sociales y económicas e incluso sus contradicciones, ha podido construirse a fin de mantener la plenitud de la jurisdicción de los jueces y los criterios de la Constitución formal y material, todo ello conforme a una interpretación flexible de la doctrina de la separación de los poderes, cuyos principios están en línea con los sistemas judicialistas adelantados del continente europeo, en particular los de España y Alemania, en los que prevalecen en la interpretación judicial los criterios axiológicos o valorativos de las normas sobre los meramente prescriptivos.

En suma, si aceptamos la vigencia de la filosofía y de los ordenamientos que proclaman y practican en el imperio de la ley, cabe reconocer la prevalencia de los principios constitucionales, sin desdeñar el derecho positivo en la medida que proporcione soluciones justas que respeten el Estado de Derecho y sus libertades fundamentales.

En resumidas cuentas, las tesis que sustentamos sobre el sistema judicialista argentino coinciden —casi totalmente— con una parte esencial del pensamiento de John Finnis acerca de la necesidad de destacar la institución judicial para la vigencia del “rule of law” o, para nosotros, del Estado de Derecho. En efecto, el maestro de Oxford considera que a las conocidas “desideratas” o exigencias planteadas por Lon Fuller cabe adicionar estas cuatro: a) la independencia de los jueces; b) la publicidad de los procedimientos judiciales; c) la potestad de los tribunales para revisar los procedimientos y las acciones de los jueces y de los funcionarios y, d) el acceso a la justicia para todos los ciudadanos, incluidos los carentes de recursos (193).

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/1364/2023
Más información
Cassagne, Juan Carlos, “La trascendencia del art. 109 de la constitución nacional en el sistema judicialista argentino y su fuente constitucional. Crítica a una tesis restrictiva sobre el alcance del control judicial”, LA LEY 2022-C, 557, TR LALEY AR/DOC/1916/2022 Mairal, Héctor A., “La verdadera importancia del artículo 109 de la constitución nacional. Respuesta a una crítica”, LA LEY, 2022-F, 449, TR LALEY AR/DOC/3459/2022
Libro recomendado
Curso de Derecho Administrativo Autor: Cassagne, Juan Carlos Edición: 13ª, 2021 Editorial: La Ley, Buenos Aires

ed., t. II, p. 755 y ss. y CASSAGNE, Juan Carlos, “El Acto Administrativo (Teoría y Régimen Jurídico) con la colaboración de Juan Carlos Sanguinetti”, ob. cit., p. 183 y ss.

(183) Fallos: 339-1077.

(184) Cfr. LAPLACETTE, Carlos José, “Las cuestiones políticas...”, ob. cit., p. 68.

(185) Fallos: 343:195, *in re* “Fernández de Kirchner, Cristina, en carácter de Vicepresidenta del Honorable Senado de la Nación s/ acción declarativa de certeza”, 24/04/2020.

(186) ROSATTI, Horacio, “Tratado de Derecho Constitucional”, t. II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011, ps. 482-483.

(187) BALBÍN, Carlos F., “El alcance del control judicial sobre las decisiones estatales”, en el libro *Proceso Administrativo Federal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2014, t. I, ps. 70-72, señala que en el caso “Moliné O’Connor” (Fallos 326:4616) el Alto Tribunal sostuvo que “respecto a las decisiones judiciales, se advierte una trascendente evolución, que muestra una tendencia, cada vez mayor, si no a la eliminación total de una categoría de actos exentos del control judicial, si a circunscribirlos a límites precisos”.

(188) MAIRAL, Héctor A., “Control judicial...”, ob. cit., p. 551 y ss.

(189) LUQUI, Roberto Enrique, “Revisión judicial...”,

ob. cit., Tª I, p. 49, reconoce que no constituye una doctrina absoluta.

(190) GELLI, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada”, La Ley, Buenos Aires, 2018, 5ª ed., ampliada y actualizada, t. II, p. 534, afirma que el art. 109 de la C.N. “asegura una especial y estricta división de poderes entre el Judicial y el Ejecutivo que no tiene paralelo en las relaciones entre el Ejecutivo y el Legislativo, ni antes ni después de la reforma constitucional de 1994”.

(191) Incluso en sistemas judicialistas más acentuados en materia de derecho administrativo sancionador, como el alemán, la aplicación de sanciones administra-

tivas comienza en la Administración, aunque se apela el afectado la revisión judicial es amplia y *ex novo*, desapareciendo de este modo la decisión de la Administración, véase: HUERGO LORA, Alejandro, “Las sanciones...”, cit., p. 54 y ss.

(192) BOSCH, Jorge Tristán, “¿Tribunales Judiciales...”, ob. cit., p. 102 y ss.

(193) FINNIS, John, “Natural Law and Natural Rights”, Oxford University Press, Oxford, 201, p. 270 y ss., cit., por MASSINI CORREAS, Carlos I., “Gobierno del derecho y razón práctica”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2022, ps. 56-57.

Nota a fallo

Efectos de la rehabilitación en el proceso concursal

Pedido de levantamiento de embargo ordenado sobre el salario del fallido. Rechazo. Relación de empleo anterior al decreto de falencia. Activo generador de frutos de origen preconcursal. Utilización disvaliosa y abusiva del instituto falencial. Mala fe.

- 1. - Si el emolumento percibido por la relación laboral, en su proporción legal embargable, emana de una relación de empleo de origen anterior al decreto de falencia o nació mientras el deudor se encuentra fallido, ese bien importa la existencia de un activo generador de frutos de origen preconcursal o concursal, que por ello persiste afectado a la satisfacción de los acreedores del concurso.
- 2. - Resultaría paradójica la circunstancia de que quien que se encuentra en estado falencial y generase una fuente laboral de ingresos alcanzada dentro del marco de la quiebra, habiendo incumplido sus obligaciones y no honrando sus deudas, pueda sustraerse de la posibilidad de resarcir a sus acreedores por su incumplimiento, transcurrido un año desde el decreto de quiebra, encontrándose en mejor posición que aquel que se halla *in bonis*; y atendiendo a sus obligaciones sometido a un embargo, como ocurre con cualquier demandado en un juicio ejecutivo individual.
- 3. - Visto que la porción embargable de los ingresos del quebrado con motivo de su

actividad laboral halla su causa-fuente en un hecho generador anterior al decreto falencial, ese activo queda sujeto al desapoderamiento previsto en el art. 107 LCQ; por lo que debe mantenerse el embargo decretado sobre los haberes del fallido con independencia de la declaración de rehabilitación, máxime cuando esta no estaría inspirada en la reinserción en el mercado económico ni en la posibilidad de retomar la actividad comercial, sino tan solo en el inexplicable beneficio de la limitación de la responsabilidad por las deudas contraídas.

- 4. - La imposibilidad de los acreedores de agredir los bienes adquiridos luego de la rehabilitación se funda en que los acreedores, de causa o título anterior a la declaración de quiebra, no tuvieron en mira esos bienes al otorgarle el crédito, extremo que justifica precisamente la limitación del derecho de los *accipiens*. Ello no ocurre con relación al sueldo de un empleado, el que verosímilmente hubo de constituir un activo ponderado por los acreedores para otorgar crédito al deudor.
- 5. - El fin de la quiebra es otorgar a los acreedores la mejor solución colectiva ante una situación de insolvencia y no colocar al deudor en mejor posición que aquella en que estaría, si no se hubiera declarado su quiebra. No se advierte razón suficiente para que un sujeto que no está en quiebra esté obligado a satisfacer con sus haberes enteramente sus deudas; y un sujeto que está en quiebra solo esté obligado a afectar a sus obligaciones los haberes percibidos durante el lapso de un año.

- 6. - Actúa de mala fe el deudor que contrae deudas que *ab initio* sabe no va a poder pagar, lo hace en un breve lapso de uno o dos meses y por un monto que no guarda relación con sus ingresos, para después presentarse prontamente pidiendo su propia quiebra para purificarse por los efectos de la rehabilitación (arts. 234 y ss., LCQ), violando así el art. 1071 del Cód. Civil; hoy art. 10 CCyC. Si bien la ley quiere darle al deudor insolvente la posibilidad de hallar solución jurisdiccional a su estado de cesación de pagos, no se pretendía que este remedio —“quiebra”— pudiera ser utilizado maliciosamente para defraudar a sus acreedores (del voto del Dr. Kölliker Frers).
- 7. - Dentro de nuestro ordenamiento jurídico considerado como una unidad, para que el deudor obtenga liberación inmediata, de conformidad al art. 505 Cód. Civil, hoy art. 731 CCyC, y de una pronta rehabilitación posterior, de acuerdo con el art. 108 LCQ, es menester que tales efectos se alcancen por el ejercicio regular del derecho (arg. art. 1071 Cód. Civil; art. 10 CCyC) (del voto del Dr. Kölliker Frers).
- 8. - Existe una conducta abusiva, por cuanto el fallido, sabiéndose deudor de una entidad bancaria, único acreedor denunciado y verificado en este proceso, pretende utilizar una herramienta excepcional, a saber, la de la quiebra y la del régimen de rehabilitación que es inherente a ella, buscando con ello liberarse, al año de decretarse su quiebra, de las deudas que asumió, al requerir la liberación por imperio de las

disposiciones del art. 108 LCQ. El fallido, al requerir la apertura del proceso sin contar con ningún activo liquidable, realizó un uso abusivo y antifuncional de su derecho, intentando desbaratar el de sus acreedores. No puede admitirse el levantamiento del embargo de sueldo dispuesto a partir del año del decreto de quiebra, ya que ello sería amparar la conducta abusiva que se estima configurada en el caso (del voto del Dr. Kölliker Frers).

- 9. - El proceder del ahora recurrente, en cuanto buscó su propia falencia, se tradujo en un consciente aprovechamiento de reglas legales en orden a burlar las obligaciones previa y lícitamente contraídas. La actual queja del fallido para que cese su desapoderamiento y se levante el embargo ordenado sobre su salario, si bien encaja en la estricta letra de la ley, en rigor constituye un actuar incivil, es decir, una acción claramente desconsiderada (arts. 9º y 10 CCyC) (del voto del Dr. Chomer)

CNCom., sala A, 11/05/2023. – J., D. P. s/Quiebra.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/57892/2023]

Costas

Se imponen por su orden

[El fallo *in extenso* puede consultarse en Atención al Cliente, <https://www.laley-next.com.ar/> o en Proview]

Rehabilitación, desapoderamiento y abuso del derecho

¿Causa la extensión temporal del desapoderamiento sobre salarios del fallido?
¿Obsta a la liberación del deudor?



Silvana M. García

Doctora en Derecho Facultad de Derecho (UNR). Magíster en Asesoramiento Jurídico de Empresas (Univ. Austral). Profesora Titular de Cátedra en “Derecho de la Insolvencia” (UNR) y de Derecho Comercial III (UCEL). Docente en carreras de posgrado (Especialización en Sindicatura Concursal, Maestría en Derecho Privado, Especialización en Derecho Empresario) (UNR, UNL y UNICEN). Académica Correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Ejerce activamente la profesión en el área específica de Derecho de la Insolvencia desde 1992.

SUMARIO: I. Lo resuelto.— II. Circunstancias del caso.— III. Sobre los fundamentos del fallo de Cámara.— IV. Los efectos patrimoniales de la rehabilitación del fallido.— V. Abuso del derecho, cese del desapoderamiento de bienes futuros y liberación de deudas.— VI. Consecuencias prácticas de no conferir al deudor la liberación de deudas en la quiebra en que se lo rehabilita.

I. Lo resuelto

Un fallido, tras haber sido rehabilitado, solicita el levantamiento del embargo trabado sobre su salario. El juez de grado desestima la petición. El fallido recurre. El Dictamen Fiscal apoya los argumentos del recurrente —y añade otros— propiciando el cese del embargo. La Cámara, con diversidad de fundamentos entre los votos de sus integrantes, rechaza el recurso y confirma la sentencia de grado.

En lo esencial, la Cámara decide la continuación, pese a la rehabilitación operada, del embargo de haberes del fallido hasta que se abone completamente el pasivo verificado en la quiebra.

II. Circunstancias del caso

Surge de los fundamentos del fallo de Cámara que se trató de una quiebra pedida por el propio deudor, quien —según se relata— antes de solicitarla había contraído, en un breve lapso, diversos empréstitos con un único banco. Dada la escasez de activo en su patrimonio (solo contaba con los ingresos provenientes de su salario) la deuda quedaba prácticamente impaga.

El único acreedor verificado resultó ser la entidad crediticia. Los gastos del concurso (art. 240) en cambio, habían resultado atendidos.

Es de señalar también que no se comprobó, antes de la rehabilitación, que el fallido registrara antecedentes penales.

III. Sobre los fundamentos del fallo de Cámara

Como relatábamos, si bien los integrantes de la Sala coinciden en el resolutorio final (confirmar la resolución recurrida y mantener el embargo sobre sueldos del fallido), cada vocal vertió fundamentos propios. Vamos a referirlos y al mismo tiempo discurrir acerca de los efectos patrimoniales de la rehabilitación o cese de la inhabilitación falencial. Ello, porque nos parece que no surge clara su delimitación en lo expuesto por los sentenciantes.

Pretendemos así dar respuesta a los interrogantes planteados.

IV. Los efectos patrimoniales de la rehabilitación del fallido

Al cese de la inhabilitación falencial (o rehabilitación) suceden consecuencias

de dos órdenes: personales y patrimoniales.

Con relación al fallido *persona humana*, la rehabilitación pone fin a la vigencia de todas las restricciones de índole personal emergentes de la ley de quiebras o de otros ordenamientos. Así, pues, el sujeto rehabilitado recupera el ejercicio de todos los derechos de cuyo ejercicio fuera privado según el art. 238 LCQ.

En cuanto a la persona jurídica fallida, la rehabilitación (que es conferida excepcionalmente en caso de conclusión no liquidativa de la quiebra) significa fundamentalmente la reversión de su disolución.

Desde la óptica patrimonial, la rehabilitación pone un límite temporal al desapoderamiento de los bienes “futuros” del fallido [persona humana o jurídica (1)]. Así, entonces, los bienes que adquiera el sujeto fallido

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)
(1) Cuando la rehabilitación puede operar a su respec-

to (solo en caso de conclusión no liquidativa de la quiebra).

después de su rehabilitación quedan al margen del desapoderamiento falencial y por ende de la liquidación dentro del proceso en que se lo rehabilita (art. 107 LCQ).

Además de este efecto patrimonial principal, tradicionalmente en nuestro derecho concursal la rehabilitación ha significado la liberación del fallido de lo que queda adeudando en la quiebra respecto de los bienes que adquiriera después de ser rehabilitado.

Este efecto es conocido como *liberación patrimonial por rehabilitación*. Denominado en otros sistemas como “descarga” o “liberación” de deudas. De este modo, por las deudas de la masa pasiva que no puedan satisfacerse en el procedimiento de ejecución falencial, el fallido resulta liberado de responder con los bienes que ingresen a su patrimonio a partir de la rehabilitación, quedando esos bienes excluidos de la agresión de los acreedores parcial o totalmente insatisfechos.

De allí que los grandes tratadistas, como el maestro Malagarriga, definieran a la *rehabilitación* como “el cese por decisión judicial de todas las consecuencias de la declaración de la quiebra y la liberación, por esa misma decisión, de los saldos que el fallido quedara adeudando respecto de los bienes que adquiriera después” (2). El concepto comprende así ambos aspectos (personales y patrimoniales) que eran su consecuencia.

Sistematizando los efectos “tradicionales” de la rehabilitación en nuestro derecho, ella implica:

a) *Cese de efectos personales*: los impuestos por el art. 238 LCQ y también aquellos impuestos por leyes especiales cuando su fin se relaciona con la rehabilitación (3).

b) *Cese de efectos patrimoniales*: Tanto el fin del desapoderamiento de los bienes “futuros” (posteriores a la rehabilitación) (4) como la liberación (descarga) de las deudas que no puedan atenderse con la liquidación de los bienes del fallido. Son dos consecuencias diferentes.

Desde hace mucho que venimos exponiendo (5) —y seguimos reiterando— que este efecto (liberación de deudas, diferente del otro efecto patrimonial citado) no surge explícito de nuestra legislación concursal. Que es necesaria una labor de interpretación e integración del ordenamiento para llegar a idéntico efecto que el que antaño regulará expresamente (“con todas las letras”) el art. 253 de la ley 19.551 (6).

La angustiosa necesidad de afirmar la existencia de este efecto liberatorio aún sin norma expresa (por los problemas que causa tanto “al interno” de nuestro sistema jurídico como frente a los derechos extranjeros) (7) nos lleva a los operadores jurídicos (magistrados, abogados, doctrinarios, etc.)

a reiterar razonamientos, consecuencias, fundamentos vertidos en las épocas en que aquel efecto aparecía legislado. Muchas de las expresiones que hallamos hoy en los fallos —incluido el que comentamos— son repetición textual de las utilizadas en los precedentes y los trabajos de doctrina que fueron concebidos bajo el sistema de la ley 19.551, cuando regía el viejo art. 253.

Esa ausencia es causa también, así nos parece, de la falta de diferenciación que puede observarse en la elaboración jurídica (en sus diversas expresiones) de las consecuencias patrimoniales (antes descriptas) que derivan de la rehabilitación, una vez reconstruido el sistema conforme lo explicitado.

Como dijimos, una cosa es el “cese del desapoderamiento de los bienes futuros” y otra diferente pero igual o más importante “la liberación de los saldos no pagados”. Ambos efectos patrimoniales de la rehabilitación presentan particularidades en su operatividad. Las referiremos someramente en aquellos aspectos que tienen relevancia en la situación planteada por el caso: quiebra voluntaria de una persona humana con escaso activo.

IV.1 Rehabilitación y límite temporal al desapoderamiento de bienes futuros o nuevos

Como surge del art. 107 LCQ, con la rehabilitación del fallido cesa la agregación de bienes “futuros o nuevos” a la masa activa de la quiebra (primer efecto patrimonial). Es decir, los bienes que el fallido adquiriera a partir de su rehabilitación no pueden ser objeto de desapoderamiento y liquidación en la quiebra que lo involucra.

Al constituir un efecto patrimonial consecuente de la rehabilitación, el cese del desapoderamiento de los bienes futuros tendrá lugar de igual modo y se tornará operativo en la misma oportunidad (8).

La regla es, entonces, que solo se podrán desapoderar los bienes que el fallido adquiriera o cuya causa de adquisición se ubicara antes del momento en que la rehabilitación efectivamente debía tenerse por sucedida. No resultarán desapoderables los bienes que pudiera adquirir con posterioridad a aquel momento.

En principio la rehabilitación opera al año de la sentencia de quiebra. Sin embargo, su logro puede postergarse en el tiempo (cuando la inhabilitación es prorrogada debido a sometimiento a proceso penal— art. 236, 3º párr. LCQ), o también puede anticiparse al año (cuando la inhabilitación se reduce o deja sin efecto por el juez— art. 236, 2º párr. LCQ).

Veamos, entonces, cuándo tiene lugar el cese del desapoderamiento en los diferentes casos:

a) En los supuestos en los que la rehabilitación opere al año de la sentencia de quie-

bra (lo que sucederá, cuando no constatarán la existencia de sometimiento proceso penal, el juez concursal no está habilitado para disponer prórroga alguna) los bienes que pudieran considerarse adquiridos por el quebrado a partir del año quedarán exentos del desapoderamiento falencial y no ingresan a la masa activa. Ello, aun si la rehabilitación efectivamente se resolviese mucho tiempo después, dado su carácter declarativo y efecto retroactivo (9). De otro modo se habilitaría una “prórroga de hecho” de la inhabilitación y de su efecto patrimonial.

b) Cuando la inhabilitación fuere prorrogada (por haber constatado el juez concursal el sometimiento a proceso penal), no ingresarán a la masa activa los bienes que el fallido adquiriese con posterioridad al momento en que el juez penal hubiere dispuesto el sobreseimiento, la absolución o el cumplimiento de la pena accesoria de inhabilitación, con independencia de que su conocimiento por el juez comercial y la resolución de la rehabilitación por éste hubiera tenido lugar tiempo después (10).

c) La misma solución resultaría aplicable al caso de restablecimiento o reinstalación de la inhabilitación, supuesto en el que opinamos no puede evitarse el efecto patrimonial consecuente (11).

d) De haber resultado la inhabilitación reducida en su plazo (menos de un año), la rehabilitación habría operado al cumplirse el nuevo plazo dispuesto por el juez y más allá de que hubiera existido o no resolución expresa. También aquí la rehabilitación resulta declarativa y con efecto retroactivo. No ingresarán a la masa activa los bienes que el fallido pudiera haber adquirido con posterioridad al cumplimiento del plazo menor de inhabilitación fijado oportunamente. Esto como regla, salvo supuesto de prórroga o reinstalación.

¿Hay posibilidad de extender el desapoderamiento sobre bienes “futuros” (por caso los salarios a percibirse por el fallido) más allá de los momentos señalados? Aquí se inserta la pregunta que introdujimos al inicio. Esto es: si esa extensión temporal podría decidirse con sustento en mala fe o abuso del derecho por parte del fallido.

En torno a este interrogante pivotan los fundamentos vertidos por los magistrados en el pronunciamiento bajo análisis. La decisión de la Cámara fue la extender temporalmente el desapoderamiento de salarios futuros del fallido, pese a la rehabilitación ya operada; pero, como expresamos, sus integrantes no coinciden en los argumentos.

La Dra. Uzal postula que si el salario emana de una relación de trabajo de origen anterior a la quiebra, ese bien (el empleo) significa la existencia de un activo generador de frutos (los salarios) de origen preconcursal que integró la expectativa tenida en mira por los acreedores al contratar con el fallido, por

lo cual esos ingresos posteriores ya integraban el patrimonio del deudor sujeto a desapoderamiento.

No nos convence el análisis; y en cambio compartimos en este aspecto lo sostenido por el Dr. Kolliker Frers, quien en sus fundamentos (con cita de precedentes de la misma Sala) controvierte lo expuesto por su colega, afirmando que el salario no se encuentra incorporado al patrimonio del trabajador desde el origen mismo de la relación laboral, sino que es un derecho fluyente cuya causa es la concreta prestación de tareas. Si esta es posterior a la rehabilitación los salarios devengados a partir de ese momento, no son activo concursal afectado a satisfacer a los acreedores.

Pero la cuestión más importante a dilucidar es la que introduce el mismo vocal con posterioridad, atinente a la posible influencia que la comprobación de una conducta abusiva o de mala fe del deudor en la utilización del instituto de la quiebra y de la rehabilitación podría tener sobre el límite temporal del desapoderamiento.

En el caso se entendió configurado el abuso con sustento en las circunstancias especiales que precedieron y luego sustentaron la presentación en propia quiebra del deudor (denuncia de un solo acreedor —bancario— indicando que la cesación de pagos se había configurado cuando no pudo continuar pagando seis préstamos tomados en un breve tiempo y saldos de tarjetas de crédito y cuenta corriente) y asimismo el hecho de haber resultado el único acreedor verificado en el proceso. Sumado a que su activo estaba constituido solo por su salario, insuficiente para cubrir dicho crédito.

De todo ello se derivó (voto del Dr. Kollikers Frers apoyado en lo sustancial por el del Dr. Chomer) como conclusión que el proceso falencial había sido promovido al único fin de liberar al fallido de una parte sustancial de sus deudas —contraídas con un único acreedor—, utilizando disfuncionalmente el instituto del desapoderamiento, que limita a un año desde la quiebra —rehabilitación mediante— la posibilidad de sumar bienes a la masa activa. Lograba así el fallido exonerarse irregularmente de las deudas contraídas.

Se afirma que para que el deudor obtenga liberación inmediata y una pronta rehabilitación, es menester que tales efectos se alcancen por el ejercicio regular del derecho (art. 10 CCyC); y por tanto no puede admitirse el levantamiento del embargo de sueldo a partir del año del decreto de quiebra, pues ello sería amparar la conducta abusiva que se estimó configurada en el caso.

Y es a partir de estas afirmaciones donde vemos necesario marcar las diferencias y régimen propio de los dos efectos patrimoniales involucrados en el cese de la inhabili-

(2) MALAGARRIGA, Carlos, “Tratado elemental de Derecho comercial”, T.E.A, Buenos Aires, 1952, t. IV, p. 346.

(3) Hemos desarrollado los aspectos vinculados a las inhabilidades que surgen de otras normas en: “Régimen de inhabilitaciones por quiebra”, La Ley, Buenos Aires, 2002, ps. 81 y ss. Asimismo en “Las inhabilidades que surgen de leyes especiales para el ejercicio de profesiones u oficios y la inhabilitación falencial. Compatibilización con los arts. 104 y 238, LCQ”, Microjuris.

(4) Los bienes presentes al momento de la quiebra permanecerán desapoderados hasta su conclusión. Asimismo aquellos que lograran recuperarse para la quiebra como consecuencia del ejercicio de acciones de recomposición patrimonial.

(5) Desde aquellas V Jornadas de Institutos de Derecho Comercial - Facultad de Derecho UNR - Institutos de Derecho Comercial - Universidad Notarial Argentina - Rosario, 4-5-6 de setiembre de 1997, donde presentamos la ponencia: “Cese de la inhabilitación, conclusión de la

quiebra y derechos de los acreedores concursales” y que hemos reiterado en todas las reuniones académicas en las que hemos participado. Más recientemente en: “Segunda oportunidad, liberación o descarga de deudas. El imperativo de la hora en la superación de la insolvencia o crisis de la persona natural”, RDCO 19/03/2021, 91; TR LALEY AR/DOC/4114/2020.

(6) Art. 253: La rehabilitación hace cesar los efectos personales de la quiebra y los de la calificación de conducta, en su caso. Los efectos patrimoniales del concurso siguen aplicándose, pero el fallido queda librado de los saldos que quedare adeudando en el concurso, respecto de los bienes que adquiriera después de la rehabilitación.

(7) Hemos expuesto sobre estos problemas en “El perdón y olvido de las deudas. Remedio inexorable en el restablecimiento de la persona humana sobreendeudada o insolvente”, en *El Derecho Privado en el siglo XXI (Agenda presente y futura) Homenaje a la prof. Dra. Noemí L. Nicolau*, Directores: Hernández-Frustragli-Santarelli, La Ley,

Buenos Aires, 2022, p. 49.

(8) La rehabilitación, aunque precisa de una decisión judicial expresa, resulta declarativa y tiene efectos retroactivos al momento en que, según los diversos supuestos (de cese al año, reducción, prórroga o reinstalación) aquélla debió operar. Si bien la Corte Suprema en autos “Barreiro Angel s/ quiebra”, 02/02/2010, LA LEY, 2010-E, 160) dejó determinado que no se requiere de un pronunciamiento judicial para tener por sucedida la rehabilitación, entendemos más acertado el criterio judicial que emerge de un pronunciamiento de la CCiv. y Com. de Rosario, sala IV en autos “Bustos Ramón s/ quiebra” (17-3-06), donde se explicó que es necesario un auto judicial que decida la rehabilitación, solo por necesidad de dar certeza y publicidad al momento en que debía operar, pero que ese decisorio únicamente “certifica” el vencimiento del plazo, corroborando que están reunidos los presupuestos legales para tenerla por configurada. Pero es una resolución “declarativa” y, como tal, con efectos “retroactivos” al

momento en que la rehabilitación debió operar, aun cuando hubiera sido dictada tardíamente. Precizará resolución expresa la rehabilitación anticipada y la que deberá dictarse una vez que fue prorrogada o reinstalada, para dejarla sin efecto.

(9) CNCom., sala D, “Lynch Juan M s/quiebra”, 05/06/2008, IMP 2008-19 (oct), 1710; CCiv. y Com., Rosario, sala IV, “Bustos Ramón s/ Pedido de quiebra”, 17/03/2006, LLLitoral julio 2006, p. 729; CNCom., sala A, “Ratowiecki, Ernesto s/quiebra”, 31/05/2000, RDPC, Nro. 2000-3, p. 329.

(10) El criterio fue adoptado en: CNCom., sala D, “B.A.G s/quiebra”, 20/06/2007, ED, T 225,187.

(11) Este es un tema que divide a la doctrina. Nos exhibamos sobre el punto entre otros en: “La rehabilitación que tenemos, ¿es la que queremos? Acerca de las notas caracterizantes de la rehabilitación falencial en el derecho de la insolvencia argentino y su posible modificación”, RCCyC 2023 (febrero), 329.

tación, lo que llevaría, en nuestro entender, a una solución diferente del caso.

IV.2 La liberación patrimonial y sus contornos operativos

Como hemos desarrollado, la liberación patrimonial o exoneración de deudas (una vez hecha la reconstrucción interpretativa del ordenamiento concursal argentino) es el segundo de los efectos que siguen a la rehabilitación del fallido. Pero es un efecto diferente al del cese del desapoderamiento de los bienes futuros; y tiene sus propios contornos operativos, presupuestos, alcances, consecuencias, etc.

Dado que no es un instituto hoy legislado, luego de su reconstrucción interpretativa no podemos sino valernos, para determinar los alcances de su operatividad práctica, de los rasgos delineados por la doctrina y jurisprudencia bajo el imperio del art. 253 de la ley 19.551 y simultáneamente armonizar esos postulados con las características actuales de la rehabilitación en nuestra ley 24.522.

Es que ante la ausencia legal, es válido acudir a los mecanismos de interpretación e integración del derecho previstos en nuestro ordenamiento jurídico (arts. 1º y 2º CCyC) (12). Una interesante tesis acerca de cómo colmar los silencios legales a partir de la vigencia del nuevo CCyC expuso nuestro querido jurista Moisset de Españés (13). Sostuvo que, en caso de silencio, a partir del art. 1º del CCyC, el juez está autorizado a aplicar —como práctica— la solución consagrada en una norma ya no vigente. Adoptar como solución lo que otrora se aplicaba por ser “práctica”, la cual se acredita con la norma anterior derogada (14).

Son muchos los aspectos que deberían considerarse, pero vamos a poner énfasis en aquellos que entendemos resulta importante atender en el caso bajo análisis. Tomarlos en consideración adquiere importancia, pues, en los casos en que el beneficio no resulte invocable, será posible agredir el patrimonio nuevo del deudor.

a) Se refiere habitualmente a “exoneración” o liberación de deudas. Hay que remarcar que este efecto patrimonial de la rehabilitación no implica (ni implicó nunca en nuestro sistema jurídico de quiebra) (15) extinción en sí de la obligación insatisfecha (total o parcialmente) en la quiebra.

Más que extinción de la deuda, se produce una limitación o reducción de la garantía patrimonial de los acreedores, ocasionando la caducidad de la acción para perseguir los nuevos bienes que adquiera el deudor. Visto desde la perspectiva del deudor, la liberación por rehabilitación importa una limitación de responsabilidad.

La limitación de la garantía o la responsabilidad podrá significar por *vía mediata* (de hecho) la extinción de los créditos insatisfechos cuando hayan sido ejecutados todos los bienes adquiridos con anterioridad a la rehabilitación, dada la imposibilidad de hacerlos efectivos sobre otros bienes, desapareciendo así toda posibilidad fáctica de cobrar los saldos que restaren (16).

b) Adquiere operatividad e importancia práctica al operar la conclusión de la quiebra.

Es solo a partir de ese momento cuando es viable considerar la recuperación por parte de los acreedores concursales (hayan o no insinuado sus créditos) de su poder de agresión por la vía individual (17). Y ello así, porque no resulta posible afirmar en nuestro sistema jurídico que la conclusión de la quiebra por sí sola constituya causa de extinción de las obligaciones no totalmente pagadas (18), sino que es la liberación patrimonial sucedánea de la rehabilitación —en los casos en que concretamente opera— la que impedirá que el exfallido resulte agredido en sus bienes nuevos. De allí la trascendencia de este efecto patrimonial. Además es apenas con la conclusión de la quiebra, cuando será posible determinar con certeza si existen créditos insatisfechos.

Sin embargo, a raíz de las numerosas excepciones al fuero de atracción de la quiebra (art.129 LCQ), muchos acreedores ni siquiera ven suspendidas sus acciones individuales durante el trámite falencial, con lo que esa facultad de agresión podría intentar ejercerse sobre los bienes nuevos a través de la vía individual ya intentada antes de la conclusión de la quiebra, situación en la que se pondrán en evidencia las conflictivas aristas del tema que nos ocupa. Un precedente da testimonio de lo que insinuamos (19).

c) Es invocable por el exfallido (persona humana) ante un eventual reclamo únicamente cuando la quiebra hubiera concluido

de modo liquidativo. Serán los supuestos de quiebras finalizadas con previa clausura por distribución final (art. 231 LCQ), en los que la satisfacción de los créditos es parcial, aquellos en los que el efecto de liberación patrimonial adquirirá mayor relevancia práctica.

De todos modos, por la forma en que la rehabilitación (presupuesto de la liberación, exoneración o descarga) está regulada, no existen suficientes argumentos legales para sostener que la *quiebra sin activo* impida al fallido, una vez rehabilitado, liberarse de todas sus obligaciones impagas (20).

Por lo demás, son esos los supuestos que habitualmente involucran a sujetos (microempreendedores, consumidores, profesionales, artesanos, productores primarios, asalariados como en el caso, jubilados, etc.) que más necesidad tienen de resultar alcanzados, tras el proceso universal, por el beneficio de la liberación de sus deudas.

Toda vez que la conclusión de la quiebra hubiera tenido lugar por alguno de los modos no liquidativos, la responsabilidad del deudor frente al concreto reclamo de una obligación subsistente (o de parte de ella) es plena, esto es, con todo su patrimonio, aun con los bienes que adquiera con posterioridad a la rehabilitación.

Hechas estas disquisiciones, sumadas a las consideraciones que siguen, vamos a responder finalmente los interrogantes planteados y proponer dar una solución diferente a supuestos como los del caso.

V. Abuso del derecho, cese del desapoderamiento de bienes futuros y liberación de deudas

1. Sostenemos que, aunque existe posibilidad legal de prorrogar, reducir, dejar sin efecto y hasta reinstalar la inhabilitación, y así, al impedir su cese, lograr la extensión temporal del desapoderamiento sobre bienes futuros del fallido, las únicas causas que pueden dar lugar a ese resultado son las previstas por el art. 236 LCQ.

De no comprobarse los extremos allí regulados al momento en que la rehabilitación debe legalmente operar (más arriba lo desarrollamos), no puede prorrogarse por otras razones la extensión temporal del desapoderamiento sobre bienes futuros de la persona humana fallida.

En el caso bajo análisis, con rehabilitación conferida anteriormente, al no autorizarse el levantamiento de embargo sobre salarios futuros del fallido, se estaría “revocando” la rehabilitación ya operada y “reinstalando” el desapoderamiento sin que se den los supuestos previstos en la norma citada.

No puede soslayarse que para que la rehabilitación suceda, no es recaudo que el fallido haya satisfecho algún porcentaje del pasivo verificado. Porque aun cuando el fallido carezca de bienes y la quiebra se clausure por falta de activo, eso no impide la rehabilitación, si había transcurrido antes el plazo de un año y a ese momento no existían antecedentes penales que determinaran su prórroga. Es más, ni siquiera el hecho de comunicar la clausura a la justicia en lo penal (art. 233 LCQ) importa sometimiento del fallido a proceso penal (21) que permita no rehabilitar (prorrogando la inhabilitación).

Mal podría entonces denegarse el derecho a la rehabilitación, y consecuente cese del desapoderamiento de bienes futuros, por no lograr cubrirse en la quiebra algún monto.

Con base en esos razonamientos entendemos que resulta indiferente valorar una eventual conducta abusiva del deudor precedente o concomitante a su rehabilitación.

Aun sin bienes suficientes, sin pagos satisfactorios, la rehabilitación opera con el consecuente cese de agregación de bienes a la masa activa de la quiebra. Este es el sistema que tenemos. Quizás no es el que queremos.

2. Pero una conclusión diferente podría sostenerse en punto al beneficio de la liberación de deudas.

Y aunque volvemos al resbaladizo terreno de la operatividad de un instituto no legislado expresamente, pensamos que aquí sí resulta viable “condicionar” su operatividad a la comprobación de una conducta de buena fe, a un ejercicio regular del derecho a liberarse, de parte de quien pretende ampararse en sus consecuencias.

En los sistemas legales en los que la liberación o descarga de deudas está prevista, más allá de las particularidades de cada uno, puede observarse como rasgo común que se consagra como una regla de protección del deudor honesto o de buena fe, describiendo

(12) Hemos desarrollado ampliamente este tópico en “Liberación patrimonial por rehabilitación del fallido”, RDPC, 2019-3 “Insolvencia II”, Rubinzal Culzoni, p. 289.

(13) Clase impartida en la Facultad de Derecho de la UNR el 23-6-16, en el marco de actividad de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba.

(14) En cierta medida esta tesitura coincide con lo que preveía la ley 24.967 conocida como “Digesto Jurídico Argentino” (derogada), la cual establecía que “para la integración e interpretación del ordenamiento jurídico argentino, el derecho histórico tiene valor jurídico equivalente a los principios generales del derecho en los términos del artículo 16 del Código Civil.” (art. 4). El “derecho histórico”, según esta norma, “lo integran las leyes nacionales derogadas o en desuso y su respectiva reglamentación.” (art. 3 inc. b). De allí que sostuviéramos que era posible recurrir a la ley 19.551 (derogada por la 24.522) como “derecho histórico” con valor jurídico equivalente a los principios generales del derecho, para obtener de allí el principio de la liberación patrimonial del fallido por rehabilitación, según expresamente lo establecía su art. 253.

(15) Ampliamente nos hemos ocupado de este tema en “Extinción de las obligaciones por la quiebra”, Astrea, Buenos Aires, 201.

(16) Cuando el efecto constaba en el texto expreso de la ley concursal, se lo solía explicar como una “anómala manera de cesación de deudas” (no de extinción) conocida con la denominación de caducidad concursal. (LLAMBIAS, Jorge, “Código Civil anotado”, Abeledo Per-

rrot, Buenos Aires, 1983, t. II-A, p. 565).

(17) TONON, Antonio, “La situación del acreedor una vez cumplido el acuerdo concursal”, ED, T 94, p. 919 y ss. y El derecho del acreedor una vez finalizada la quiebra, ED, t. 92, p. 927; CERDEIRAS, Rosaura, “Subsistencia de los créditos no verificados con posterioridad a la finalización del proceso concursal”, LA LEY, 1993-E, 975; CONIL PAZ, Alberto, “Conclusión de la quiebra. Según ley 24.522”, Ábaco, Buenos Aires, 1996, p. 177. Los que insinuaron podrían intentar el cobro de lo que se les dejó adeudando en la quiebra. Los que no lo hicieron, también, ya que la omisión de verificar en la quiebra no importa por sí sola la extinción del crédito (TRUFFAT, E. Daniel, “Otra vez sobre el inusual tema del acreedor concursal no concurrente u ‘omiso’”, ED, t.199, p. 305; RIVERA, Julio, “Instituciones de Derecho Concursal”, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2003, t. I, p. 376. Jurisprudencia: CNCom, Sala A, “Francheschi Rubén O c/ Berys Benjamín”, 31/05/2000”, LA LEY, 2000-F, 24; C2aCiv. y Com, Córdoba, “Quevedo Carmen Miguel”, 13/03/2008, LLC, Nro. 5, junio 2008, p. 533), el que subsiste aun en caso de conclusión del proceso y puede ser reclamado por el acreedor en tanto no hubiera sucedido a su respecto la prescripción según el derecho de fondo. Desarrollamos ampliamente estos temas en: “Extinción de...”, cit., y también en “Imposibilidad de agredir bienes nuevos del fallido. Alcances del beneficio de liberación patrimonial por rehabilitación. Su relación con la carga de verificación y con la conclusión de la quiebra”,

DDCyE 01/08/2013, 3.

(18) La conclusión de la quiebra en nuestro sistema jurídico no tiene efectos de extinción global o generalizada de las obligaciones abarcadas. En virtud de cada modo conclusivo, (el avenimiento, la carta de pago, el pago total, la conclusión tras distribución final o falta de activo, etc.) habrá obligaciones que quedan extinguidas y otras que no, permaneciendo por tanto el crédito —o parte de él— vigente tras la finalización de la quiebra. La supervivencia es prácticamente regla, con relación a las obligaciones que no verificaron en la quiebra. Sobre cada uno de estos y otros aspectos vinculados a la extinción de las obligaciones en virtud de un proceso falencial, ver nuestra obra “Extinción de las...”, cit. CNCom., sala E, “Ganduglia Mónica N c/ Velazquez Goytia, Luis A s/ejecutivo”, 09/11/2016, EOLJU 181261.

(19) CFed. Civ. y Com., sala I, 11/09/2018: “Patrimonio en liquidación BANADE c/ Dorfman, Daniel y o s/Proceso de ejecución”. Se trata de un caso con circunstancias muy particulares. El accionado es un exfallido (su quiebra concluyó previa clausura por falta de activo) respecto de quien el BANADE (en liquidación) había trabado inhibición en el proceso individual de ejecución que continuó pese a la quiebra durante años, por no haberse notificado de ella ni intervenido el síndico en el juicio. Por tales motivos tampoco había verificado su crédito. El fallido solicitó el levantamiento de la inhibición respecto de los bienes adquiridos con posterioridad a su rehabilitación. La Cámara Federal denegó el pedido, con fundamento

en que ni la finalización de la quiebra ni el incumplimiento de la obligación de verificar significa extinción del crédito, descartando también los argumentos en torno a la necesidad de diferenciar

(20) Bajo el régimen de la ley 19.551 esta situación no tenía tanta trascendencia, por dos razones. La primera, porque en caso de clausura por falta de activo, la rehabilitación (presupuesto para la aplicación de la liberación patrimonial) solo se obtenía luego del trámite de calificación de conducta (art. 231 LC), el que podía resultar extenso e implicar además (una vez finiquitado, y según la conducta que se atribuyera) una duración prolongada de la inhabilitación y concomitante desapoderamiento (art. 111 LC), con lo cual los acreedores conservaban por un lapso considerable la expectativa del posible ingreso de bienes al patrimonio del deudor. La segunda, porque la conclusión de la quiebra se disponía recién después de transcurridos diez años desde la clausura (art.232 LC), con lo cual esa esperanza de cobro se favorecía.

(21) RIVERA, Julio, “Instituciones de derecho concursal...”, ob. cit., t. II, p. 320; CNCom., sala D, “Fernández Prior, Jorge Alberto s/ quiebra”, 11/04/2006, documento de Abeledo Perrot online nro. 70024770; CCiv. y Com., Mar del Plata, sala II, “Sousa Laura s/ quiebra”, 29/12/2005, LA LEY, 2006-E, 534; CNCom., sala F, “Céspedes, Arturo Daniel s/ quiebra”, 25/10/2010; C3ªCiv. y Com. Córdoba, “García, Ricardo Enrique s/ quiebra propia simple”, 25/02/2010.

algunos ordenamientos las conductas que impiden su aplicación y exigiendo que ese obrar correcto esté presente al momento del nacimiento de la obligación, durante el proceso de insolvencia e incluso, en algunos casos, hasta el cumplimiento de las obligaciones que impone el propio procedimiento concursal (22). El propósito es evitar los abusos que pueden derivar de un mal empleo del beneficio.

Por otro lado, la inexistencia o insuficiencia de bienes no excluye de por sí la buena fe del deudor, por lo que no impide la exoneración; y en ciertos ordenamientos se regulan para esas situaciones procedimientos simplificados incluso sin sujeción a un plan de pagos (23).

La Directiva UE 2019/1023 (24) si bien recomienda la limitación estricta de las causas para denegar o revocar el beneficio, deja a salvo el supuesto de exoneración obtenida por medios fraudulentos. También el Banco Mundial en sus reelaborados “Principios” (25) considera necesario sujetar la exoneración a la buena fe del deudor. Es interesante observar lo que consigna en su ítem C20.2: “La buena fe debe presumirse, pero la ley debe autorizar a los acreedores y a otras partes interesadas a cuestionar la buena fe del deudor en circunstancias específicas. Si las partes no plantean la cuestión, el tribunal debe estar facultado para evaluar la situación y declarar de oficio la falta de buena fe. La mala fe o el fraude deben ser motivos suficientes para aplazar, denegar o revocar la exoneración de la deuda, y deben estar sancionados por la ley”.

(22) Entre ellos, se cita a: Francia, Alemania, España, Colombia, Italia, Irlanda, Escocia, Canadá, Uruguay. CA-BALLERO GERMAIN, Guillermo, “Sobreendeudamiento y exoneración legal de los saldos insolutos en el procedimiento concursal del consumidor”, publicado en revista *Ius et Praxis*, año 24, Nro. 3, 2018, ps. 133-172; p. 141, notas 33 y 34).

La inexistencia en nuestra LCQ de regulación expresa no impide sin embargo, en vinculación con la liberación de deudas, acudir a los principios generales contenidos en el derecho de fondo (art. 9, 10 y art. 1071 CCyC) para descartar conductas abusivas o de mala fe en el ejercicio de la prerrogativa.

Sin embargo no consideramos configuradas tales conductas por el solo hecho de que el propio fallido haya acudido a su quiebra, sin contar con bienes suficientes para satisfacer las deudas. Los sujetos “pobres” tienen derecho a la liberación. Se trata de un instituto íntimamente ligado a la reinserción económico-social de la persona humana endeudada o sobreendeudada.

Será necesario comprobar la inconducta del deudor en el intento por liberarse de sus deudas. Podrá considerarse tal la desplegada por el fallido antes o durante el proceso falencial tendiente a desbaratar el derecho de sus acreedores. Debe quedar claro que no es un beneficio para un deudor que “decide” no pagar, sino para el que “no puede” hacerlo, por circunstancias que pueden ser variadas, pero no ligadas a su voluntad de pago.

Es atinado hoy sostener la existencia de un derecho humano de la persona natural a “volver a empezar”, a poner su pasado atrás y avanzar con su vida, para lo cual resulta imprescindible liberarse de una vez para siempre de lo que no pueda afrontar en el procedimiento de insolvencia o tratamiento de su crisis (luego de que se cumplan los presupuestos necesarios). El respeto a la dignidad de la persona humana así lo impone.

(23) En Francia (Código de Consumo), Reino Unido, Irlanda, Nueva Zelanda (idem nota anterior).

(24) Del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de

Y más cuando nuestro legislador parece indiferente, sordo, insensible ante el problema de las crisis o sobreendeudamiento de estas personas. ¿Cuántos proyectos más será necesario presentar para que se convenga? (26).

Entonces, ante esa indiferencia, sordera, o insensibilidad del legislador, si esas personas acuden al remedio de la quiebra como “camino hacia la liberación”, parece que los jueces deberían ser permeables, porque es la única herramienta con que actualmente cuentan.

Ello, claro está, sin perjuicio de no convalidar el abuso que intente hacerse de ese derecho a quebrar para liberarse.

VI. Consecuencias prácticas de no conferir al deudor la libración de deudas en la quiebra en la que se lo rehabilita

Corolario de lo desarrollado es que el tribunal falencial, comprobada la mala fe o el ejercicio abusivo del derecho por parte del fallido, podrá, pese a la rehabilitación, impedir que el deudor se beneficie de uno de sus efectos: la liberación de deudas; y así declararlo.

Ello no obstará al cese del desapoderamiento de bienes futuros o nuevos que adquiera el fallido (por caso salarios). Dicho de otro modo: la quiebra, pese a la no liberación del deudor, por la rehabilitación operada, dejará de sumar bienes para liquidar y distribuir entre los acreedores. Se trata de una consecuencia patrimonial di-

deudas (modifica la Directiva UE 2017/1132).

(25) Su título en inglés: *Principles For Effective Insolvency And Creditor/Debtor Regimes*. La versión en español puede ubicarse en <https://openknowledge.worldbank.org/server/api/core/bitstreams/8b6b-51da-a42c-5749-b63e3e4c6a6e9c11/content> a mayo de 2023.

ferente, sometida a una regulación expresa en la LCQ.

Al no exonerarse de lo no pagado, tras la conclusión de la quiebra, siendo que —como fuera dicho— no implica la extinción de las obligaciones insolutas en ella, el acreedor insatisfecho podrá agredir individualmente al exfallido, mediante el ejercicio de la acción pertinente, aun en los bienes adquiridos con posterioridad a su rehabilitación (27). No podrá el deudor repeler esa agresión, pues estará impedido de esgrimir el beneficio de la liberación de deudas del que fue privado con sustento en su obrar irregular o de mala fe.

Por todo lo fundamentado, opinamos que la solución del caso debió transitar por ese carril, declarando los jueces que el fallido rehabilitado quedaba privado de ese beneficio (liberación de deudas) con sustento en el abuso o ejercicio irregular de su derecho a liberarse, pero no impedir el levantamiento del embargo sobre sus salarios futuros, marcando así las diferencias entre ambos efectos patrimoniales de la rehabilitación.

Vayan estas líneas como contribución al deslinde de los efectos patrimoniales de la rehabilitación falencial y a su operatividad práctica, lo cual, ante la ausencia de normativa expresa, exige esfuerzo interpretativo y queda sujeta, por ello mismo, a la discrecionalidad judicial.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/1366/2023

(26) La liberación, exoneración y/o extinción de deudas ha sido expresamente prevista en los proyectos que intentan dar tratamiento a las crisis de los consumidores o deudores sobreendeudados, tanto en 2011 como en 2015, y más recientemente en 2021.

(27) Sobre la viabilidad de esta acción y sus contornos remitimos a “Liberación patrimonial por...”, ob. cit.

Jurisprudencia

Cuestión negativa de competencia

Lugar donde se produjo el hurto o robo de la mercadería. Competencia en razón del territorio.

Debe declararse la competencia del Juzgado Federal de Paso de los Libres, pues asiste razón al titular del Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional de Posadas, en cuanto a que el juez competente en esta causa es el del lugar en donde se llevó a cabo el hecho que diere origen a las presentes actuaciones, es decir, el hurto o robo de la mercadería —legalmente transportada— que se encontraba en un camión, presuntamente ocurrido en la localidad de Paso de los Libres, Corrientes. Ello así, en vista del art. 37 del Cód. Proc. Penal, que establece la regla de competencia en materia territorial.

CFed. Corrientes, 28/04/2023. - AFIP - Aduana s/ incidente de incompetencia.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/54618/2023]

2ª Instancia.- Corrientes, abril 28 de 2023.

Considerando: I. Que por resolución S/N de fecha 06 de diciembre del 2022, el titular del Juzgado Federal de Paso de los Libres (Corrientes) se declaró incompetente

para intervenir en los autos principales y remitió las actuaciones al Juzgado Federal de Posadas (Misiones). Este último, por su parte, también se declaró incompetente y devolvió las actuaciones al Juzgado Federal de Paso de los Libres a fin de que, por su intermedio, se eleven los obrados a este Tribunal, para resolver la cuestión negativa de competencia trabada entre ambos organismos jurisdiccionales (art. 44 del CPPN). Ello se cumplió mediante providencia de fecha 30 de marzo del 2023, en la que se tuvo por trabada la cuestión de competencia en estos obrados y se dispuso la elevación a esta Alzada.

II. Al contestar la vista conferida, el Fiscal General Subrogante ante esta Alzada consideró que correspondería atribuir la competencia al Juzgado Federal de Posadas.

Ello, por cuanto —según indicó— si bien el supuesto robo habría acaecido en la jurisdicción de Paso de los Libres, ello solo está basado en las manifestaciones formuladas por el chofer del camión en cuestión, quien ni siquiera formuló la denuncia ante la policía del lugar, realizando tan solo una mera exposición. Además, teniendo presente que no existe ninguna investigación en curso respecto del hecho mencionado y sí existe una causa abierta contra el chofer del camión en el Juzgado de Posadas (“V. C., D. A. s/ inf. Ley 22.415” Expte. PFA 5673/2022), con el cual existe conexidad subjetiva (art. 41 inc. 3 del CPPN).

III. A fin de resolver la contienda negativa de competencia planteada, cabe recordar que (según acta N° 17/2022) estas actuaciones se iniciaron en fecha 08 de junio del 2022, como consecuencia de un procedimiento de control realizado por el personal del servicio aduanero asignado al control de cargas en el Puente Internacional “Concordia-Salto Grande”, sobre un medio de transporte dominio “...”, perteneciente a la Empresa “Ozuna Ojeda Amado”, que arribó a zona primaria aduanera al amparo del MIC/DTA 22PY048875Y, sin uno de los precintos aduaneros correspondientes, hallándose en su lugar un candado de seguridad.

En ese contexto, el chofer del vehículo, D. A. V. C., manifestó que él mismo había colocado dicho candado en una estación de servicios “Puma” ubicada en la Ruta Nacional N° 14, en cercanías de la ciudad de Paso de los Libres, luego de haber sufrido un robo o hurto de la mercancía que trasladaba. Ante ello, los funcionarios aduaneros procedieron al control físico de la carga, constatando un faltante de ciento noventa y dos (192) cajas respecto de las declaradas en el campo 38 del MIC/DTA, como así también la existencia de ciento treinta (130) bultos de mercadería no declarada (accesorios para diagnóstico y escaneo de automotores marca Autel de origen chino).

La mercadería amparada en el MIC/DTA mencionado, consistente en 1057

cajas con hilos de pesca, remitida por la firma “Maruri Sport Fishing Tackle SA (Miga Guazú, Paraguay, con destino final a la firma “Modern Fishing Tackle Co.Ltd., China), se encontraba al momento del supuesto de hurto/robo al amparo de la destinación suspensiva de tránsito de importación 22046TRAS004306S, e ingresó al país por la Aduana de Posadas (Mnes.), con destino a Montevideo (Uruguay), oficiando la Aduana de Concordia (E. Ríos) como aduana de frontera de salida del país de tránsito, careciendo por lo tanto de libre circulación en el territorio aduanero argentino.

Por su parte, la mercadería no declarada en el MIC/DTA presentado por el chofer V. C. (valuada en la suma \$7.785.624,05), también se habría encontrado dentro del rodado en cuestión, con anterioridad a su ingreso al país por la Aduana de Posadas, advirtiéndose, por tanto, una burla los controles del servicio aduanero en esa jurisdicción, conforme la constatación de imágenes por scanner tomadas al ingreso del transporte a la aduana mencionada. A raíz de ello, la Aduana de Concordia dio intervención al Juzgado Federal de esa ciudad (Concordia), donde se tramitó el Expte. FPA 5673/2022, caratulado: “V. C., D. A. s/ Inf. LEY 22.415”, en cuyo marco, luego de una serie de medidas de pruebas, se dictó una Resolución declarando la incompetencia de tal judicatura, por considerar que, en el caso, se estaba ante un supuesto contrabando consumado en

la jurisdicción del Juzgado Federal de Posadas.

Tal solución, se diferenció de la adoptada con la causa que versa sobre el robo o hurto de la mercadería faltante, la cual fue declinada en favor de la Aduana de Paso de los Libres por considerar que se está ante un supuesto de contrabando, en virtud de que la misma ingresó irregularmente al momento en que fue objeto de robo o hurto —previa violación y rotura de precinto aduanero— en la jurisdicción de la ciudad de Paso de los Libres.

El titular del Juzgado Federal de Paso de los Libres, adhiriendo a lo postulado por el Sr. Fiscal— manifestó que no existen pruebas relativas al supuesto robo, lo cual solo surge de las menciones hechas en la resolución de incompetencia del Juzgado Federal de Concordia. Asimismo que, al estarse tramitando el Expte. FPA 5673/2022, caratulado: “V. C., D. A. s/ inf. LEY 22.415” en el Juzgado Federal de Posadas, es allí donde podrían estar las pruebas útiles y pertinentes para el presente caso, surgiendo con ello —a su criterio— la inconveniencia de tramitar las causas por separado, donde no solo existen pruebas en común, sino que, además, resulta sospechada la misma persona. Por ello, entendió que la cuestión debía resolverse por conexidad subjetiva, conforme el art. 41 inc. 3 del CPPN.

A su turno, el titular del Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional de Posadas, sostuvo —luego de oído al fiscal— que los arts. 102 y 118 de la CN imponen la actuación de los tribunales penales del lugar en donde se produjo el hecho y que el juzgamiento debe efectuarse en su lugar de comisión. En ese sentido, dijo que por lugar de comisión del delito, debe entenderse aquel sitio en donde se realizaron los elementos del tipo penal y aludió, además, al art. 37 del CPPN.

Manifestó que el presunto hurto o robo, tuvo principio de ejecución y se consumó en una estación de servicio Puma ubicada sobre Ruta Nacional N° 14, en de Paso de los Libres, Corrientes y que la puesta en circulación de la mercadería sustraída en el mercado comercial origina el delito de contrabando de importación, atribuibles también a los autores del hurto, siendo tal investigación competencia del Magistrado de Paso de los Libres.

Concluyó que, solo después de identificadas tales personas y sospechada, en todo caso, la vinculación del chofer del camión a la comisión de dicho delito, podrá solicitar la acumulación de la presente causa a la N° FPA 5676/2022, en el que se investiga el contrabando de mercadería no declarada en el MIC.

IV. Que, esta Cámara es el órgano competente para decidir la presente controversia negativa de competencia, por ser el Tribunal de Alzada del Juez que previno, conforme el art. 44 del CPPN.

Así, analizados los fundamentos esgrimidos por ambos magistrados en disputa, considero que le asiste razón al titular del Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional de Posadas, en cuanto a que el juez competente en esta causa, es el del lugar en donde se llevó a cabo el hecho que diera origen a las presentes actuaciones, es decir, el hurto o robo de la mercadería (legalmente transportada) que se encontraba en el camión conducido por el Sr. D. A. C. V., presuntamente ocurrido en la localidad de Paso de los Libres, Corrientes. Ello así, en vista del art. 37 del CPPN que establece la regla de competencia en materia territorial, al decir que “Será competente el tribunal de la circunscripción judicial donde se ha cometido el delito (...)”.

Por lo demás, cabe resaltar que la afirmación hecha por el fiscal y reproducida por el juzgador en cuanto a que “si bien hay dos posibles encuadres legales para los hechos investigados, todo podría formar parte de una única maniobra delictiva perpetrada por el chofer y/o los responsables que se determinen con el avance de la investiga-

ción”, es, precisamente, lo que se pretende dilucidar con el devenir de la investigación, en cuyo caso —y recién entonces— será pertinente proceder a la acumulación de causas, prematuramente pretendida por el juez de grado.

Esto último, habida cuenta de que el art. 41 inc. 3 del digesto ritual al que hace referencia el juzgador, de manera expresa dispone que las causas serán conexas “Si a una persona se le imputaren varios delitos”, no estando el Sr. D. A. C. V. imputado por el delito de hurto o robo, por él mismo sufrido, conforme los hechos supra relatados.

Por lo expuesto, y oído que fuere el Ministerio Público ante esta Alzada, corresponde declarar la competencia del Juzgado Federal de Paso de los Libres, para continuar entendiendo en la presente causa.

Por lo que se resuelve: Declarar la competencia del Juzgado Federal de Paso de los Libres, para continuar entendiendo en la presente causa. Regístrese, notifíquese, comuníquese a la Secretaría de Comunicación y Gobierno Abierto de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cúmplase con la carga en el sistema *Lex100* y oportunamente devuélvanse las actuaciones a origen. — *Ramón L. González.*

Edictos

Ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 10, Secretaría N° 19, sito en Libertad 731 9º piso de esta ciudad, tramita el pedido de ciudadanía argentina del Sr. PEDRO JUAN VALDEZ ARIAS de nacionalidad venezolana con DNI 95.901.482 según el expediente “VALDEZ ARIAS PEDRO JUAN s/ SOLICITUD DE CARTA DE CIUDADANÍA” Exp. N° 3766/2023. 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, 9 de mayo de 2023
María Lucila Koon, sec.
LA LEY: I. 21/06/23 V. 22/06/23

Ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 10, Secretaría N° 19, sito en Libertad 731, 9º piso de esta ciudad tramita el pedido de ciudadanía argentina de el/la r./Sra. CARLOS EDUARDO CARDOZO BLANCO de nacionalidad venezolana con 95.854.834 según Exp. N° 4728/2022 “CARDOZO BLANCO, CARLOS EDUARDO 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, 3 de mayo de 2022
María Lucila Koon, sec.
LA LEY: I. 21/06/23 V. 22/06/23

Ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 10, Secretaría N° 20, sito en Libertad 731 9º piso

de esta ciudad, tramita el pedido de ciudadanía argentina de la Sra. ANNELIDA DE LOS ÁNGELES YORIS RIVAS de nacionalidad venezolana con DNI N° 95.930.349 según el expediente “YORIS RIVAS, ANNELIDA DE LOS ÁNGELES s/ SOLICITUD DE CARTA DE CIUDADANÍA” Exp. N° 9757/2021. 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, 11 de noviembre de 2021
Matías M. Abraham, sec.
LA LEY: I. 21/06/23 V. 22/06/23

9385/2022. HUERTA AÑEZ, CARLOS ALFONSO s/SOLICITUD DE CARTA DE CIUDADANÍA. El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 11 a cargo del Dr. Alejandro J. Nobili, secretaria N° 21 a mi cargo, sito en Libertad 731 7º piso de Capital Federal, hace saber que CARLOS ALFONSO HUERTA AÑEZ de nacionalidad venezolano con DNI N° 96.061.966 ha peticionado la concesión de la ciudadanía argentina, a fin de que los interesados hagan saber a este Juzgado las circunstancias que pudiesen obstar a dicho pedido. Publíquese por dos días, en un lapso de quince días.

Buenos Aires, 19 de mayo de 2023
María Victoria Tripiccio, sec.
LA LEY: I. 21/06/23 V. 21/06/23

17810/2022. PARRA CASTAÑEDA, RUTH ELIZABETH s/SOLICITUD DE CARTA DE CIUDADANÍA. El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 2, Secretaría N° 3, interinamente a mi

cargo, de Capital Federal, informa que PARRA CASTAÑEDA, RUTH ELIZABETH, DNI N° 94201808, de nacionalidad peruana, solicitó la declaración de Carta de Ciudadanía Argentina. Cualquier persona que conozca algún impedimento para la concesión del beneficio, podrá hacerlo saber a través del Ministerio Público. Publíquese por dos días dentro de un plazo de quince días.

Buenos Aires, 8 de junio de 2023
Luciana Montorfanio, sec.
LA LEY: I. 21/06/23 V. 21/06/23

El Juzgado Nacional de 1ª Inst. en lo Civ. y Com. Fed. N° 11, Secretaría N° 22, sito en Libertad 731, 7º piso, de esta Capital, hace saber que el Sr. FERNANDO CAMARGO ESCOBAR cuyo DNI es el N° 93.793.503, de nacionalidad peruana, ha solicitado la ciudadanía argentina. Quien conozca algún impedimento para la concesión del beneficio, podría comunicarlo a través del Ministerio Público. Publíquese por dos días, en un lapso de quince días.

Buenos Aires, 26 de abril de 2023
Laura G. Sendón, sec.
LA LEY: I. 21/06/23 V. 21/06/23

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 11 a cargo del Dr. Alejandro J. Nobili, Secretaría N° 21 a mi cargo, sito en Libertad 731, 7º piso, de esta Capital, hace saber que el/la señor/ra: JOSÉ GREGORIO CASANOVA VILLA, DNI N° 96.081.489 lugar de nacimiento en Estado Zulia - Venezuela, ha solicitado la ciudadanía argentina. Cualquier persona que conozca algún impedimento para la concesión del beneficio, podrá hacerlo saber a través del Ministerio Público. Publíquese por dos días en un lapso de quince días.

Buenos Aires, 25 de octubre de 2022
María Victoria Tripiccio, sec.
LA LEY: I. 21/06/23 V. 21/06/23

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 11 a cargo del Dr. Alejandro J. Nobili, secretaria N° 21 a mi cargo, sito en Libertad 731 7º piso de Capital Federal, hace saber que MIGUEL ANGEL VASQUEZ MIRABAL de nacionalidad venezolana con D.N.I. N° 95.835.689 ha peticionado la concesión de la ciudadanía argentina, a fin de que los interesados hagan saber a este Juzgado las circunstancias que pudiesen obstar a dicho pedido. Publíquese por dos días, en un lapso de quince días.

Buenos Aires, 26 de abril de 2023
María Victoria Tripiccio, sec.
LA LEY: I. 21/06/23 V. 21/06/23

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 8 a cargo del Dr. Marcelo Gota, secretaria N° 16, sito en Libertad 731 7º piso de Capital Federal, hace saber que NATALIA DMITRIEVA de nacionalidad rusa con DNI -- pasaporte: 761211580 ha peticionado la concesión de la ciudadanía argentina, a fin de que los interesados hagan saber a este Juzgado las circunstancias que pudiesen obstar a dicho pedido. Publíquese por dos días.

Buenos Aires, 18 de mayo de 2023
Sebastián Andrés Ferrero, sec.
LA LEY: I. 21/06/23 V. 21/06/23

El Juzgado Nacional de 1ª Inst. en lo Civ. y Com. Fed. N° 11, Secretaría N° 22, sito en Libertad 731, 7º piso, de esta Capital, hace saber que la Sra. EKATERINA MARCHENKO cuyo Pasaporte es el N°: 736783033, de

nacionalidad rusa, ha solicitado la ciudadanía argentina. Quien conozca algún impedimento para la concesión del beneficio, podrá comunicarlo a través del Ministerio Público. Publíquese por dos días, en un lapso de quince días.

Buenos Aires, 26 de octubre de 2022
Laura Gabriela Sendón, sec.
LA LEY: I. 21/06/23 V. 21/06/23

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 7, a cargo de Dr. Javier Pico Terrero, Secretaría N° 14, a mi cargo, sito en Libertad 731, 6 piso de la Capital Federal, comunica que la Sra. RADZIWILL MARÍA PIMENTEL AGUIÑO con DNI N° 95.880.056, nacida el 4 de septiembre de 1976 en Piar estado de Bolívar, República Bolivariana de Venezuela, ha solicitado la declaración 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, 15 de mayo de 2023
Carlos Mallo, sec.
LA LEY: I. 21/06/23 V. 21/06/23

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 1, secretaria N° 1, sito en Libertad 73 19º piso de esta ciudad, informa que el/la Sr/a. LORENA ALILUED ARIAS EGUI de nacionalidad Venezuela con D.N.I. N° 94.519.926 ha iniciado los trámites tendientes a obtener la ciudadanía argentina. Por ello cualquier persona que tuviere conocimiento de algún aconte-

cimiento que estimara podría obstar a dicha concesión, deberá hacerlo saber a este Juzgado. Publíquese por dos días.

Buenos Aires, 21 de marzo de 2022
Ana Laura Bruno, sec.
LA LEY: I. 16/06/23 V. 21/06/23

Ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 10, Secretaría N° 19, sito en Libertad 731, 9º piso de esta ciudad, tramita el pedido de ciudadanía argentina de la Sra. SAYUREN SIDILE CUBILLAN AZUAJE de nacionalidad venezolana con DNI 95.925.352 seún Exp. N° 15480/2022 “CUBILLAN AZUAJE, SAYUREN SIDILE 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 2023
María Lucila Koon, sec.
LA LEY: I. 16/06/23 V. 21/06/23

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 1, secretaria N° 1, sito en Libertad 731 9º piso de esta ciudad, informa que el/la Sr/a. NIEVES HUAYLLINO APAZA de nacionalidad Perú con DNI N° 93.877.125 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, 9 de junio de 2023
Emiliano J. Wigutow, sec.
LA LEY: I. 16/06/23 V. 21/06/23

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

Editores: Nicolás R. Acerbi
Valderrama
Jonathan A. Linovich
Elia Reátegui Hehn
Érica Rodríguez
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



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



TRLaLey



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



Centro de atención al cliente:

0810-266-4444

Doctrina

Beneficio individual frente a la seguridad de todos
Delitos de portación y tenencia de arma.
Suspensión del proceso penal a prueba



Juan Manuel Fernández Cora

Abogado (Universidad de Morón). Especialista en Derecho Penal (Pontificia Universidad Católica Argentina) y en Derecho Constitucional (Universidad de Buenos Aires). Secretario en el Juzgado en lo Correccional Nº 4 del Departamento Judicial de Morón.

El art. 189 *bis* del Código Penal (Cód. Penal, contempla una diversidad de figuras penales. Fabricación o tenencia de materiales explosivos, instrucción para la preparación de sustancias o materiales explosivos, provisión de armas de fuego, omisión de numerar o numeración ilegítima de un arma, adulteración o supresión del número de un arma, entre otros.

Corresponde dejar asentado que este trabajo se circunscribe a los delitos de portación y tenencia de arma.

Los delitos establecidos en el art. 189 *bis* del Cód. Penal, están dirigidos a proteger —siendo este el bien jurídico tutelado— la seguridad común. Y debe tenerse presente que estas figuras ilícitas, punen tanto los actos que alteren la tranquilidad pública, como también, a los hechos preparatorios de delitos contra el mencionado sosiego.

Al respecto, se ha mencionado sobre la seguridad común que es la “situación real en la que la integridad de los bienes y las personas se hallan exenta de soportar situaciones peligrosas que la amenacen” (1).

A diferencia de otra clase de delitos, —ejemplo de resultado—, los aquí tratados son lo que ponen en peligro la seguridad común. *Ergo*, cualquier persona puede ser potencial víctima o damnificado del ilícito, es más, la sociedad en su conjunto lo es, en la inteligencia de ser un delito de peligro abstracto. En cuanto a la cuestión de cons-

titucionalidad de esta clase de delitos, dado lo extenso del tema el cual excede con holgura este trabajo, razón por la cual no será tratado.

Por lo tanto, la norma tiende a proteger personas o bienes indeterminados de un peligro común.

La protección jurídica de los delitos tiene íntima relación con los ideales axiológicos que trazaron los constituyentes y que se hallan consagrados en los preámbulos de las Constituciones, Nacional y de la Provincia. Me refiero de modo puntual a proveer la seguridad común.

Sin perjuicio de todo ello, en mérito a la escala penal prevista por las figuras mencionadas —salvo la portación de arma de guerra—, del juego de los arts. 26 y 76 *bis* del Cód. Penal, a quien se le imputa la comisión de estos delitos podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba.

Este instituto, en prieta síntesis, interrumpe el ejercicio de la acción penal en favor de la persona que se le imputa la comisión de un delito. Durante el plazo que se le imponga —de uno a tres años, según la gravedad del ilícito— deberá cumplir con las obligaciones establecidas por la Magistratura —conforme el art. 27 *bis* del Código de fondo—. La consecuencia del cumplimiento de las obligaciones asumidas por la persona imputada, en el caso de no cometer un delito durante el tiempo fijado, se extinguirá la acción penal y consecuentemente se lo sobreseerá (arts. 59 7º y 76 *ter* del Cód. Penal).

Ahora bien, el problema surge al llegar al octavo párrafo del citado art. 76 *bis*, cuando

se estableció que “[t]ampoco procederá la suspensión del juicio a prueba respecto de los delitos reprimidos con pena de inhabilitación”.

Toda vez que el art. 189 *bis*, —del mismo texto legal— además de la pena de prisión, establece otra sanción penal: “se impondrá, además, inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena”.

Si bien la letra de la ley es clara, se han efectuado variadas interpretaciones sobre si, a pesar de la improcedencia de la suspensión del juicio a prueba en los delitos que se castigaban con pena de inhabilitación, se le debía conceder a la persona imputada por los delitos de portación y tenencia de arma.

En el ámbito de la provincia de Buenos Aires, se ha planteado si en los delitos de portación y tenencia de arma de fuego, corresponde se le conceda a la persona imputada con el instituto de la suspensión del proceso penal a prueba.

A modo de ejemplo, mediante Acuerdo Plenario la Cámara de Apelación y Garantías Penal del Departamento Judicial de Morón, de fecha 2 de julio de 2012, a fin de dictar resolución en el marco de la causa Nº 337, caratulada “O., G. A. s/ solicitud de acuerdo plenario”, procedente de la Sala I de esa Excma. Cámara, se resolvió, establecer, por mayoría, que no resultaba viable la aplicación del instituto de suspensión de juicio a prueba para aquellos delitos que prevean pena de inhabilitación.

Posteriormente, en el fallo del 9 de septiembre de 2013, en el marco de la causa Nº 52.274, caratulada “B., L. E. y O., A. R.

s/ recurso de queja y su acumulada causa Nº 52.462 caratulada “C., L. y B., A. M. s/ recurso de queja”, el Tribunal de Casación Penal, en pleno, resolvió que la resolución que denegaba la suspensión del juicio a prueba prevista en el art. 76 *bis* del Cód. Penal era sentencia equiparable a definitiva, y en lo que aquí interesa, que el instituto de la suspensión de juicio a prueba resultaba aplicable en todos los casos en que pudiese corresponder una condena de ejecución condicional y procedente en los casos de delitos que tienen prevista pena de inhabilitación ya sea principal, conjunta o alternativa. Además de ello, que la anuencia del fiscal era, en principio, necesaria en todos los supuestos contemplados en la norma del art. 76 *bis* del Cód. Penal.

Con fecha 7 de septiembre de 2016, la Suprema Corte de Justicia, en la causa P. 125.430, resolvió hacer lugar —por mayoría de fundamentos— al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por el Fiscal de Casación. Consecuentemente revocó el pronunciamiento atacado y ordenó que dicte un nuevo fallo de conformidad con lo allí motivado. En síntesis, resolvió que resultaba improcedente el instituto de la suspensión del juicio a prueba por tratarse —en el caso— de un delito que preveía, junto a la pena de prisión, la de inhabilitación especial. También se mantuvo, como condición para acceder al instituto, el consentimiento fiscal.

Ante tal cuadro, es evidente que con la misma norma se han adoptado resoluciones diametralmente opuestas.

Y a los fines de echar luz, resulta indispensable referirnos a la supremacía constitucio-

Doctrina

Ley 15.409 de la Provincia de Buenos Aires

Derecho al acceso y permanencia en espacios públicos de personas con discapacidad en compañía de perros de asistencia
Nicolás E. del Hoyo 2

Nota a fallo

Atribución de la vivienda familiar

Unión convivencial. Hijos menores de edad. Inconstitucio-

nalidad del plazo establecido en el art. 526 del CCCN. CCiv. y Com., Dolores, 09/02/2023. - G. S. D. c. C., A. y otros s/ Atribución vivienda familiar. 4

La atribución del uso de la vivienda luego del cese de la unión convivencial
Carolina del Valle Aquino 4

Banco Provincia

Movilidad jubilatoria. Regresividad. Medida precautoria. Suspensión de la aplicación de los arts. 39, 41 y 42 de la ley 15.008 de Buenos Aires.

SC Buenos Aires, 14/03/2023. - Asociación Bancaria c. Provincia de Bs. As. s/ Inconst. Ley 15.008. 7

Un fallo magistral de lectura obligatoria
Graciela E. Cipolletta 7

Actualidad

Actualidad en Derecho Civil
Rocío Porrúa 11

Actualidad en Derecho Previsional
Rafael E. Toledo Ríos 12

CORREO ARGENTINO	FRANQUEO A PAGAR
CENTRAL B	CUENTA Nº 10269F1

nal. Ya que esta es nuestro norte para seguir, y, en este caso, quien brinda la solución más plausible al respecto para que el Estado argentino cumpla con su obligación internacional asumida.

En un Estado de Derecho, la Constitución Nacional (CN) es la norma que establece la jerarquía de todos los componentes del sistema jurídico, considera el doctrinario e integrante de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Horacio Rosatti (2).

En líneas generales, es sabido que cualquier ley, decreto, sentencia, ordenanza, resolución, se presume o goza de la presunción de constitucionalidad, convencionalidad o legalidad, o, mejor dicho, resulta ser constitucional, convencional o legal, siempre y cuando el tratamiento para su sanción haya sido el procedimiento legislativo, ejecutivo o judicial correspondiente (vg., ley dictada por el Congreso Nacional, ordenanza del Consejo Deliberante, decreto emanado por alguna autoridad ejecutiva, sentencia dictada por un juez para resolver un pleito judicial).

No se debe soslayar la primacía de la Constitución Nacional por sobre el resto del ordenamiento jurídico. Y en tal sentido a partir de la reforma constitucional del año 1994, ciertos instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos —en un primer momento once—, fueron jerarquizados constitucionalmente; y siendo que poseen raigambre constitucional, son ellos, junto con nuestra Carta Magna, las normas supremas y, en consecuencia, se hallan en la cúspide de nuestro sistema jurídico normativo. Lo que se ha denominado “bloque federal constitucional”. Ello en virtud del contenido del art. 75, inc. 22, segundo párrafo de la CN.

Pero en el caso que estas normas sean contrarias, o sea, se den de bruces con el texto de la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales jerarquizados constitucionalmente, deben primar estos, y consecuentemente las de inferior jerarquía carecen de valor jurídico. Por tal motivo es que debe declararse su inconstitucionalidad.

Dicho de otro modo, todo el ordenamiento jurídico —sin excepción— debe subor-

dinarse a la Constitución Nacional y a los Instrumentos Internacionales Jerarquizados constitucionalmente.

A entender del doctor Sabsay, la noción de Supremacía, además del citado artículo, surge del art. 31 de la CN, que expresa: “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación...” (3).

En cuanto a la supremacía constitucional, refiere el citado autor, que es un principio cardinal del Estado de Derecho, según el cual todas las normas y actos, tanto públicos como privados, deben subordinarse a las prescripciones explícitas o implícitas contenidas en la Constitución Nacional. A su vez, determina la estructuración de un orden jurídico jerárquico que debe adecuarse, necesariamente, a las disposiciones constitucionales, para un eficaz funcionamiento del sistema ideado por el constituyente (4).

En efecto, que en el caso que una norma o acto de gobierno que no se ajuste al orden de prelación jerárquico establecido en la Constitución, resultaría violatorio del principio de supremacía y por lo tanto viciado de nulidad por ser contrario a la Constitución (5).

Empero, a juicio del doctor Pablo Luis Manili, el citado art. 31 de la CN es pobre para los fines de dilucidar si es suprema. A su juicio, el art. 31 de este ordenamiento no está inserto para establecer supremacía, sino antes bien, el sentido o espíritu del mentado articulado es que el derecho federal o nacional se halla por encima del derecho local.

Este mismo autor, ha establecido que nuestra Carta Magna resulta ser suprema ya que ella es quien establece el mecanismo de sanción de las leyes.

Con claridad expositiva refiere Bidart Campos que, al hablar de supremacía, el constitucionalismo apunta a la noción de que la Constitución formal, revestida de suprallegalidad, obliga a que las normas y los actos estatales y privados se ajusten a ella. Ello envuelve una formulación de deber-ser; todo el orden jurídico-político del Estado

debe ser congruente o compatible con la Constitución formal (6).

Más allá de la postura que se adopte, lo cierto es que —y no queda duda alguna— que las Constituciones e instrumentos internacionales se ubican por encima del ordenamiento normativo.

A modo de conclusión podemos concluir que, conforme el citado art. 75, inc. 22 segundo párrafo, de la CN, elevó a la jerarquía constitucional los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Ellos mantienen su carácter de fuente de derecho internacional, no están incorporados a la Constitución, pero comparte con esta su carácter de norma suprema, o sea, están igualados en un mismo plano. Pero para que gocen de esta jerarquía, tienen que estar vigentes. En cuanto a la complementariedad, significa que llenan los vacíos del sistema argentino.

En ese mismo sentido, con certeza y claridad, el art. 57 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, —en lo que aquí interesa— establece que “[t]oda ley, decreto u orden contrarios a los artículos precedentes o que impongan al ejercicio de las libertades y derechos reconocidos en ellos, otras restricciones que las que los mismos artículos permiten, o priven a los ciudadanos de las garantías que aseguran, serán inconstitucionales y no podrán ser aplicados por los jueces”.

Con lo dicho, es dable que ninguna norma puede colisionar con una norma jerárquicamente superior. Tanto en el ámbito nacional como provincial.

El ya referido art. 75, inc. 22, segunda parte, de la CN dispone que “...la Convención Americana sobre Derechos Humanos; ...en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”.

Y en tal sentido, a los fines de dar claridad al tema en trato, corresponde hacer

mención, de modo puntual, el contenido del art. 32 2. de la mencionada Convención Americana de Derechos Humanos, en cuanto se establece que: “Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”.

Y toda vez que el citado instrumento internacional se encuentra en la cúspide de nuestro sistema normativo, es por demás evidente que la norma específica —art. 76 bis del Cód. Penal— debe ceder ante la norma superior jerarquizada constitucionalmente.

Por ello es por lo que, más allá de la sanción de inhabilitación prevista en los delitos de portación o tenencia de arma, que acarrea el impedimento para que el imputado acceda al instituto de la suspensión del proceso penal a prueba, por mandato *supra* legal, el óbice para otorgar tal instrumento debe ser la manda de la Convención Americana de Derechos Humanos, en atención al bien jurídico consagrado que resulta ser la seguridad pública. Por la sencilla razón que el Estado argentino se obligó internacionalmente —en razón de estar vigente—; y su incumplimiento podría acarrear las sanciones correspondientes.

Bibliografía consultada

BIDART CAMPOS, Germán J., “Manual de la Constitución reformada”, Ediar, Buenos Aires, 1998, t. I.

D’ALESSIO, Andrés José - DIVITO, Mauro A., “Código Penal de la Nación. Comentado y anotado”, La Ley, Buenos Aires, 2009, t. I, Parte General, arts. 1 a 78.

ROSATTI, Horacio, “Tratado de Derecho Constitucional”, Ed. Rubizal-Culzoni, Santa Fe, 2017, 2ª ed. ampliada y actualizada, t. I.

SABSAY, Daniel A., “Manual de Derecho Constitucional”, La Ley, Buenos Aires, 2015.

Cita online: TR LALEY AR/DOC/1272/2023

(2) ROSATTI, Horacio D., “Tratado de Derecho Constitucional”, t. I, p. 163.

(3) SABSAY, “Manual de Derecho Constitucional”, p. 69.

(4) Ibídem.
(5) Ibídem.

(6) BIDART CAMPOS, Daniel A., “Manual de la Constitución reformada”, p. 334.

Ley 15.409 de la Provincia de Buenos Aires

Derecho al acceso y permanencia en espacios públicos de personas con discapacidad en compañía de perros de asistencia



Nicolás E. del Hoyo

Abogado, consejero en Pérez Alati, Grondona, Benites & Arntsen.

SUMARIO: I. Introducción.— II. Rasgos generales de la ley 15.409.— III. Conclusión.

I. Introducción

El presente comentario se refiere a la ley provincial 15.409, sancionada el 15 de diciembre de 2022 y publicada el 10 de enero de 2023 (1). Esta norma establece el derecho al acceso y permanencia en espacios de uso público en todo el ámbito de la Provincia de

Buenos Aires, en compañía de un perro de asistencia.

No es menor destacar que la ley 15.409 deroga a la ley provincial 14.964, la cual se adhería a la ley nacional 26.858 (“Personas con Discapacidad Acompañadas por Perro Guía o de Asistencia”).

La accesibilidad de las personas con discapacidad se encuentra receptada en la ley nacional 22.431, luego de su reforma por la ley nacional 24.314. Dicha ley prevé, entre otras cuestiones, la prioridad de supresión de barreras físicas en los ámbitos urbanos arquitectónicos y de transporte para lograr accesibilidad a las personas con movilidad reducida (2).

En el art. 36, inc. 5º de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires se prevé que “toda persona discapacitada tiene derecho a la protección integral del Estado”.

También nuestro país cuenta con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultati-

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) El art. 30 menciona que la ley entrará en vigencia a partir de su reglamentación. Sin embargo ello no debería obstar a exigir su cumplimiento.

(2) Este artículo establece criterios para la supresión de las barreras físicas urbanas incluyendo el ancho mínimo de itinerarios peatonales, pisos antideslizantes, la instalación de rampas y diseño de desniveles que permi-

tan la utilización por personas con movilidad reducida. El art. 21 establece que los edificios de uso público deberán observar la accesibilidad para personas de movilidad reducida. Se ocupa asimismo de los edificios de viviendas

que deberán contar con un itinerario para personas de movilidad reducida. El art. 22 se ocupa de las barreras en el transporte y dispone el libre tránsito y estacionamiento para las personas con movilidad reducida.

vo, aprobados el 13 de diciembre de 2006 mediante resolución de la Asamblea de las Naciones Unidas (la “Convención”). Este Tratado Internacional fue aprobado por la ley nacional 26.378, siendo su propósito promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad.

Uno de los principios de la Convención es la accesibilidad (art. 3º, inc. f). Específicamente en su art. 9º establece que los Estados Parte adoptarán medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales. Estas medidas incluirán la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso en diversos aspectos.

La ley 15.409 es una norma que amplía los derechos de las personas con discapacidad, en especial respecto a aquellas personas que, ya sea por necesidad de asistencia o bien para sus necesidades propias con base en su condición, precisan de la compañía de un perro entrenado para cumplir esa tarea.

II. Rasgos generales de la ley 15.409

II.1. Objeto de la ley

De acuerdo al art. 1º, la ley tiene por objeto “reconocer y garantizar el derecho a acceder, deambular y permanecer en espacios públicos o de uso público, de manera libre y en compañía de un perro de asistencia, a toda persona con discapacidad o que por alguna condición así lo requiera”.

II.2. Lugar de aplicación de la ley

Si bien la definición de espacio público no ofrece ninguna duda, en tanto fácilmente podemos imaginarnos una plaza, parque, vía pública, y cualquier organismo público, es necesario clarificar qué se entiende por espacio de uso público.

El art. 3º, inc. c) de la ley establece que espacio público es “el espacio susceptible de ser utilizado por una o varias personas, sea o no mediante pago de precio, cuota o cualquier otra contraprestación. El espacio puede ser cerrado o al aire libre y de titularidad pública o privada”.

La inclusión de la palabra “privada” es relevante, de hecho la norma antes citada incluye ejemplos de espacio público o de uso público, como ser: i) establecimientos gastronómicos, locales comerciales, oficinas del sector público y privado de atención al público, lugares de ocio y tiempo libre, centros deportivos y culturales, establecimientos de enseñanza pública o privada, establecimientos religiosos, centros sanitarios y asistenciales; ii) espacios e instalaciones de titularidad privada de uso colectivo a los que la persona usuaria del perro de asistencia tenga acceso en virtud de su condición de propietaria, arrendataria, socia, partícipe, etc.; iii) establecimientos hoteleros, albergues, campamentos, *bungalows*, apartamentos, balnearios y transportes público o privado de pasajeros, en sus diversas modalidades.

Esta definición es coincidente con el art. 1º de la ley nacional 26.858.

Quedaría entonces fuera de estas normas un espacio público y privado que no

sean de acceso público, pareciendo quedar sujeta la admisión de la persona usuaria y de su perro de asistencia a la exclusiva decisión del propietario y/o encargado del lugar.

II.3. Sujetos alcanzados

La norma establece quienes son los sujetos alcanzados por esta, incorporando a toda persona que requiera un perro de asistencia. Esto podría incluir, por ejemplo, personas con ciertas alteraciones mentales que no constituyan una discapacidad. El art. 3º, inc. b), al definir el carácter de usuario del perro de asistencia, lo define como “la persona con discapacidad o que por alguna condición requiera la asistencia, acompañamiento, conducción, ayuda técnica y/o auxilio de un perro de asistencia”.

II.4. Carácter de la ley

El art. 2º establece que la ley es de orden público y que por lo tanto prevalece sobre cualquier prescripción particular o derecho de admisión o prohibición de entradas de animales en general.

Esta disposición es relevante, en tanto prioriza el derecho de permanencia de la persona y su perro de asistencia, por encima de todo reglamento o norma que la contradiga. Desde luego, siempre y cuando ni la persona ni el perro pongan en riesgo la salubridad y/o seguridad de terceros.

II.5. Perro de asistencia

El art. 3º ofrece ciertas definiciones, pero en lo que aquí nos interesa es relevante ponderar las siguientes: i) Perro guía, que es el entrenado para el acompañamiento, conducción y auxilio de personas ciegas o sordo ciegas; ii) Perro de servicio, que es el entrenado para prestar ayuda y/o apoyo a personas con alguna discapacidad física en las actividades de su vida diaria; iii) Perro de señalización de sonidos, que es el entrenado para avisar a las personas con discapacidad auditiva acerca de distintos sonidos e indicarles su procedencia; iv) Perro de aviso, que es el entrenado para dar una alerta médica a personas con epilepsia, diabetes u otra condición de salud que se reconozca por la autoridad de aplicación.

II.6. Centro de entrenamiento de perros de asistencia

La ley contempla un centro de entrenamiento para perros de asistencia, debiendo este contar personería jurídica y cumplir con la legislación vigente en materia de salubridad y protección de los animales.

II.7. La persona usuaria del perro de asistencia

El art. 4º establece que la persona usuaria deberá obtener el reconocimiento de tal condición, debiendo contar con el certificado de discapacidad vigente. Esta norma adolece de cierta contradicción, en tanto el art. 1º no condiciona el uso de un perro de asistencia únicamente a las personas con discapacidad, sino a quien lo precise.

Salvado ello, la norma indica que para el caso de perros de aviso o de perros para personas con una condición del espectro autista, el usuario deberá acreditar que posee tal condición, mediante certificado médico expedido por un hospital público. No parece claro por qué el certificado debe ser expedido por un médico de un hospital público y no por un médico particular o bien de una institución privada.

tar desparasitados, presentar buenas condiciones higiénicas, y disponer del documento sanitario oficial.

II.8. Gratuidad del derecho otorgado a los usuarios

El art. 5º establece que el acceso, deambulación y permanencia del perro de asistencia en los espacios públicos o de uso público no debe suponer ningún gasto adicional, salvo que tal gasto constituya la contraprestación de un servicio específico o susceptible de apreciación económica. Claramente la norma se refiere a un servicio destinado al animal.

II.9. Medios de transporte

En cuanto al acceso a los medios de transporte, ello está sujeto, entre otras cuestiones, a lo siguiente: i) la persona usuaria de un perro de asistencia tiene preferencia en el uso de reserva del asiento más adecuado; ii) el perro de asistencia debe viajar junto al usuario, sin que su presencia se tenga en consideración en el cómputo de las plazas máximas autorizadas; y iii) en los transportes de alquiler como taxi o similares, se permite un máximo de dos personas usuarias de perros de asistencia, debiendo estos ir tendidos a los pies de los usuarios.

Agregamos que la persona debería acreditar la condición del perro de asistencia como tal, aunque ya sea para este caso como para cualquier otro supuesto, el art. 11 establece que la documentación que acredita la condición de perro de asistencia no puede exigirse en forma arbitraria, ni imponerse al usuario más condiciones que las establecidas en la ley 15.409.

II.10. En el ámbito laboral

El usuario de un perro de asistencia tiene derecho a acceder acompañado por este a todos los espacios de la empresa, organización o administración en los que lleve a cabo sus tareas, teniendo el derecho de mantener el perro a su lado y a utilizarlo en todas las tareas o acciones que sean necesarias.

II.11. Limitaciones para el uso del perro de asistencia

Según el art. 10 de la ley, ellas son: i) el perro muestra síntomas de evidente enfermedad; ii) el perro muestra signos de falta de higiene; iii) la existencia de una situación de riesgo inminente y grave para la integridad física del usuario o de terceras personas o del perro; y iv) cuando se encuentre en trámite el procedimiento de suspensión de la condición de perro de asistencia.

II.12. La prohibición de acceso del derecho de acceso a una persona junto con el perro de asistencia tiene lugar en los siguientes espacios

i) Las zonas de manipulación de alimentos y acceso exclusivo del personal de restaurantes, bares, cafeterías y otros lugares destinados a la gastronomía;

ii) Los quirófanos o los espacios donde se lleven a cabo los cuidados y tratamientos de los servicios de urgencia;

iii) El agua de las piscinas y de los parques acuáticos.

II.13. Obligaciones de las personas usuarias de perros de asistencia

Se encuentran previstas en el art. 13, como ser: i) mantener las condiciones higiénico-sanitarias y bienestar del animal; ii) tener contratada una póliza de seguro de responsabilidad civil; iii) colocar en un lugar visible del perro su distintivo de identificación; iv) colocar al perro un arnés para su sujeción mediante una correa; v) cumplir las condiciones de cuidado y tratamiento del animal; vi) utilizar el perro exclusivamente para el cumplimiento de las funciones propias de su entrenamiento; vii) cumplir y respetar las normas de higiene y seguridad en los espa-

cios públicos o de uso público; y viii) garantizar el bienestar del animal.

II.14. Condiciones que debe tener el perro de asistencia

El art. 14 establece que la condición de perro de asistencia se adquiere con la acreditación que otorga la autoridad de aplicación, debiendo justificar y acreditar: i) el certificado del centro de entrenamiento de haber sido el perro entrenado para la finalidad específica de la persona; ii) estar el perro destinado a prestar el servicio como perro de asistencia; y iii) cumplir el perro con las ciertas condiciones higiénico-sanitarias (3).

II.15. Acreditación de la condición de perro de asistencia

El art. 15 prevé que ello se acredita con la siguiente documentación: i) carné identificatorio expedido por la autoridad de aplicación; y ii) un distintivo de identificación de carácter oficial que el perro debe llevar en un lugar visible.

II.16. Suspensión de la condición de perro de asistencia

El art. 18 establece los supuestos en que la autoridad de aplicación debe disponer la suspensión de la condición de perro de asistencia. Asimismo, el art. 19 indica los supuestos en que el perro de asistencia pierde su condición por resolución administrativa.

II.17. Autoridad de aplicación

El art. 21 y siguientes estipulan lo referido a la autoridad de aplicación, quien en entre otras funciones tendrá el Registro Provincial de Perros de Asistencia en el que se inscribirán todos aquellos perros que reúnan las condiciones establecidas en la norma.

II.18. Régimen sancionatorio

El art. 23 tipifica las infracciones en leves, graves y muy graves.

Son leves: i) dificultar el ejercicio de los derechos reconocidos en la norma, sin llegar a impedirlos; ii) incumplir cualquiera de las obligaciones establecidas en la ley.

Son graves: i) vulnerar o impedir el acceso, deambulación o permanencia de personas usuarias de perros de asistencia en cualquiera de los espacios contemplados en la ley, si son de utilidad privada. No se comprende a qué refiere con la indicación de solo los lugares privados y no también los públicos; ii) percibir ingresos adicionales en concepto de acceso, deambulación y permanencia del perro de asistencia; iii) utilizar de forma fraudulenta el distintivo de identificación del perro de asistencia para un perro que no tenga dicha acreditación; iv) no dispensar al perro de asistencia veterinaria, infringir malos tratos al perro de asistencia, etc.

Son infracciones muy graves: i) vulnerar o impedir el acceso, deambulación o permanencia de personas usuarias de perros de asistencia en cualquiera de los espacios contemplados en la ley; ii) privar de forma intencionada a un usuario de su perro de asistencia, siempre que el hecho no constituya delito penal; iii) vulnerar el derecho de acceso al mundo laboral de la persona usuaria; y iv) llevar a cabo un mínimo de tres veces en dos años cualquiera de las conductas o acciones tipificadas como graves.

Las sanciones se encuentran establecidas en el art. 24, que van desde multas a clausuras en los lugares que se haya impedido el acceso de la persona usuaria y de su perro de asistencia.

A diferencia de esta norma, la ley 26.858 establece como sanción en su art. 12 que quien

(3) Como estar esterilizado, no sufrir enfermedades, estar vacunado, pasar ciertos controles obligatorios, es-

de algún modo impida, obstruya o restrinja el goce de los derechos establecidos en la ley será penado de conformidad a lo previsto en la ley 23.592 (Ley de Actos Discriminatorios).

III. Conclusión

La ley 15.409 es un importante adelanto a favor de las personas con disca-

pacidad, siendo un paso más para lograr su autonomía y autovalimiento, objetivo este plasmado en la Convención. Para lograrlo y evitar malos entendidos, discriminaciones y discusiones innecesarias, es preciso darle la mayor visibilidad posible, debiendo cada jurisdicción llevar a cabo los ajustes correspondientes.

(4) “Art. 1757. Hecho de las cosas y actividades riesgosas. Toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización. La responsabilidad es objetiva. No son eximentes la autori-

zación administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención”; “Art. 1758. Sujetos responsables. El dueño y el guardián son responsables concurrentes del daño causado por las cosas. Se considera guardián a quien ejerce, por sí o por terceros, el uso, la dirección y el control de la

Finalmente y si bien la norma no lo menciona, un perro de asistencia, como animal en sí mismo, es una cosa riesgosa, por lo que la responsabilidad del propietario será de carácter objetiva en los términos de lo dispuesto en el art. 1757 y siguientes del Cód. Civ. y Com., aun cuando el propietario haya cumplido con las previsiones de la ley 15.409 (4).

cosa, o a quien obtiene un provecho de ella. El dueño y el guardián no responden si prueban que la cosa fue usada en contra de su voluntad expresa o presunta. En caso de actividad riesgosa o peligrosa responde quien la realiza, se sirve u obtiene provecho de ella, por sí o por terceros, excepto lo dispuesto por la legislación especial”;

Esto significa que cualquier daño que el perro de asistencia ocasione a terceros, como mordeduras o daño de cualquier tipo a un determinado bien, deberá ser reparado por el propietario, sin poder alegar que de su parte no hubo culpa o negligencia.

Cita online: TR LALEY AR/DOC/1271/2023

“Art. 1759. Daño causado por animales. El daño causado por animales, cualquiera sea su especie, queda comprendido en el art. 1757”.

Nota a fallo

Atribución de la vivienda familiar

Unión convivencial. Hijos menores de edad. Inconstitucionalidad del plazo establecido en el art. 526 del CCCN.

- 1. - El plazo máximo de dos años del art. 526 del CCCN para la atribución de la vivienda familiar en las uniones convivenciales evidencia un trato discriminatorio en relación con los efectos que este derecho tiene respecto de aquellos menores de edad en el ámbito de la convivencia, entrando en colisión con la eficaz protección de los derechos humanos que se pretenden proteger.
- 2. - En el caso se encuentran reunidos los recaudos exigidos por el art. 526 del CCCN a fin de atribuir la vivienda familiar a la conviviente que se encuentra a cargo de los niños menores de edad, tras el cese de la convivencia hasta que la más pequeña de las hijas de la expareja adquiera la mayoría de edad, declarando la inconstitucionalidad de la norma referida en cuanto establece un tope de dos años al ejercicio del derecho de atribución.
- 3. - El plazo del art. 526 del CCCN debe regir para las relaciones entre los convivientes adultos, pero bajo ningún aspecto puede comprender a los hijos o hijas meno-

res de edad, con capacidad restringida o discapacidad, pues el contenido de la prestación por alimentos que se fija a su favor debe abarcar también el rubro habitación (art. 659, CCCN). Una solución contraria importaría un trato diferenciado entre hijos matrimoniales y los que no lo son, si se suma lo dispuesto por el art. 14 bis de la CN que garantiza la protección integral de la familia y el acceso a una vivienda digna y arts. 2º, 18, 27, ss. y cc de la CDN.

4. - Si se entendiera que el plazo máximo establecido en el art. 526 del CCCN resulta aplicable existiendo hijos menores de edad, ello implicaría que el Código Civil y Comercial en el punto, pese a sus grandes avances en materia de familia, deja un gran vacío y desigualdad referente a la protección de la vivienda para los hijos o hijas nacidos de estas uniones. Claramente existiría una inequidad o injusticia del sistema que se manifestaría en la discriminación y trato desigual entre hijos/as extra o matrimoniales que arduamente la doctrina y jurisprudencia actualizada pregonan por su eliminación en pos del principio de igualdad asentado en el art. 558 del CCCN.

5. - El art. 526 del CCCN —en su último párrafo— protege al conviviente no titular del contrato de locación, manteniéndose todas las condiciones que se pactaron hasta la finalización del contrato, con to-

dos los derechos y obligaciones adquiridos al celebrarlo. Precisamente, porque lo que se protege es el derecho de uso del hogar familiar más allá de las vinculaciones contractuales o provenientes de los derechos reales que pudieran existir por fuera de ello.

- 6. - En el caso donde se discute la atribución de la vivienda familiar tras el cese de la convivencia, la legitimación activa y pasiva está determinada objetivamente por la calidad de los exconvivientes (y sus hijas menores de edad), por ser titulares de la relación jurídica sustancial, cualidad emanada de la ley que les confiere aptitud para ser destinatarios de una decisión jurisdiccional de naturaleza asistencial.
- 7. - En el caso donde se discute la atribución de la vivienda familiar tras el cese de la convivencia, el aparentemente titular de un derecho de usufructo invocado como fundamento para el rechazo de la acción, carece de legitimación. Lo mismo acontece respecto de la codemandada, nuda propietaria de una porción del bien, dado que la naturaleza de la pretensión impide que puedan ser útilmente sujetos receptores de los efectos del proceso y, por consiguiente, de la tutela judicial.
- 8. - En el caso del reclamo de la atribución de la vivienda familiar no es convenien-

te identificar la cuantía económica del presente con el valor pecuniario del inmueble, establecido según las pautas art. 27 de la ley arancelaria, en orden al carácter personal y, a su vez, transitorio de la operatividad del instituto de la atribución del hogar. Parece ajustado a derecho y a la naturaleza de lo debatido que, en su oportunidad, se determine la base regulatoria teniendo en cuenta la pauta regulatoria que surge del art. 9º, apartado I, inc. e) de la ley 14.967.

CCiv. y Com., Dolores, 09/02/2023. - G. S. D. c. C., A. y otros s/ Atribución vivienda familiar.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/20035/2023]

Costas

Al progenitor vencido.

Control de constitucionalidad

Se declara la inconstitucionalidad del art. 526, CCCN.

[El fallo *in extenso* puede consultarse en Atención al Cliente, <https://www.laley-next.com.ar/> o en Proview]

La atribución del uso de la vivienda luego del cese de la unión convivencial



Carolina del Valle Aquino

Abogada. Asesoría de Menores e Incapaces de Pilar, Departamento Judicial de San Isidro, dependiente del Ministerio Público. Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires.

SUMARIO: I. Introducción.— II. Principios y caracteres generales de los procesos de familia.— III. Uniones convivenciales.— IV. Conclusión.

I. Introducción

A lo largo del comentario que realizaré a la sentencia dictada por la Excelentísima Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial Dolores, en la causa Nº 100.772, caratulada: “G. S. D. c. C., A. y otros s/ Atribución vivienda familiar”, desarrollaré distintos conceptos y figuras que tienen lugar como consecuencia de la petición realizada y por la cual se recurre la resolución de primera instancia para luego arribar a la solución definitiva.

En virtud de los hechos que dieron lugar a ello, será objetivo poner de manifiesto cómo con el quiebre o cese de la convivencia, se puede generar el dilema de la atribución de la vivienda; es decir, la determinación de cuál de los dos integrantes de la pareja gozará del uso del inmueble que fuera sede del hogar familiar durante la vigencia de la unión convivencial, máxime cuando hay niños, niñas o adolescentes.

En ese orden de ideas, intentaré vislumbrar los diversos supuestos y su regulación partiendo de la doctrina y jurisprudencia en la materia, lo que será de gran utilidad para poder apreciar cómo ha evolucionado la re-

gulación de las relaciones personales en el ámbito del derecho de familia en los últimos tiempos con el dictado del Código Civil y Comercial (Cód. Civil y Comercial), pero que sin embargo, más allá del avance en materia legislativa, tal como se puede apreciar en el fallo, siguen sucediendo situaciones en las que se presenta como crucial abordar de una manera integral el derecho de las familias.

Por último, veremos reflejado como toman especial relevancia los derechos de los niños, niñas y adolescentes a través del interés superior, permitiéndonos ver como frente a otros derechos, estos ceden frente a aquellos, siendo los niños, niñas y adoles-

centes, quienes se encuentran en particular situación de vulnerabilidad, por lo que se busca darles especial protección. Como así también veremos al finalizar el presente, la interrelación entre el interés familiar y el interés superior y cómo es necesario velar por la protección de los derechos vinculados a la vivienda dentro del ámbito familiar, partiendo de la base de que se está en presencia de un derecho humano o fundamental.

II. Principios y caracteres generales de los procesos de familia

Para comenzar con el análisis considero de vital importancia conocer cuáles son

los principios y caracteres generales de los procesos de familia para luego, ya avanzado este, podamos ver cómo inciden estos en el desarrollo de la cuestión y su posterior solución.

En ese orden de ideas, autores como Kielmanovich explican que el proceso de familia contencioso y extra contencioso —entendido como el que tiene por objeto la resolución de pretensiones y peticiones fundadas en el derecho de familia— presenta una serie de principios o caracteres comunes derivados de su carácter; por lo general, indisponible; de la calidad de las personas que intervienen o se ven afectadas por él, y de la finalidad de la tutela que persigue. Se trata de principios orientadores o caracteres que no son exclusivos o propios de la materia de derecho de familia, pero que aparecen reunidos y aplicados con una intensidad o extensión singular que contribuye a conformar un particular “proceso de familia”.

En otros términos, Falcón señala que los procesos de familia asumen características propias, pues constituyen un grupo de procesos especiales, ligados por la circunstancia de referirse, de modo específico o tangencial, a cuestiones en las que están implicados la célula social familiar y sus miembros en particular (1).

Ahora bien, en ese contexto, el Código Civil y Comercial admite que hay un cúmulo de principios procesales que por su tinte constitucional/convencional deben aplicarse a todos los procesos de familia con total independencia del ámbito local de que se trate. Así, por ejemplo, la tutela judicial efectiva no puede ser una regla procesal que solo admitan algunos códigos procesales provinciales, sino que debe regir en todo el territorio (2).

II.1. Interés familiar e interés superior

En los procesos de familia, los intereses que se tutelan muchas veces exceden los de las partes involucradas (en términos estrictamente procesales) y aprehenden el interés familiar o intereses superiores, como son los de los menores.

Con respecto al “interés familiar”, cabe destacar que no es susceptible de ser definido en abstracto y tampoco resulta tarea sencilla determinarlo en concreto; lo que se quiere significar con su postulación y, sobre todo, a la luz de la normativa suprallegal que campea en este tipo de conflictos, es que el juez debe poder hacer una composición global del conflicto, entendiendo que este no es simplemente interpersonal o intersubjetivo, sino que involucra a una institución social compleja que resulta ser nada más ni nada menos que la familia (3).

Sin perjuicio de lo *ut supra* indicado, vale destacar que ello no significa que el juez tenga que preservar o conservar a todo trance una familia o conformación familiar que en el caso resulta disfuncional y a todas luces nociva para todos sus integrantes; simplemente, la noción del interés familiar constituye una cuestión de enfoque. En un conflicto que presenta ciertas particularidades y dinámicas que exceden la caracterización del mero conflicto intersubjetivo o interpersonal, en donde en el ámbito procesal se debaten aisladamente las pretensiones de cada parte.

A modo de ejemplo, la contemplación de este “interés familiar” está receptada expresamente en el inc. a) del art. 721 del Cód. Civil y Comercial, en materia de medidas

provisionales relativas a las personas en el divorcio y en la nulidad del matrimonio, cuando se dispone que el juez puede especialmente “determinar, teniendo en cuenta el interés familiar, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar...”.

En orden a lo expuesto, en el caso en análisis puede verse como dicho interés se encuentra en tela de juicio, generando por ello un conflicto en situaciones donde se produce la ruptura del vínculo dentro de una unión convivencial, cuya figura tiene una regulación diferente a la que tiene por ejemplo la figura del matrimonio, como se verá más adelante.

Ahora bien, por otro lado, merece ser explicado el interés superior del niño en materia procesal, siendo que resulta trascendental en la materia, en los procesos de familia y ante la presencia de niños en ella, dado que resulta ser ese interés el que va a tener que ser observado en forma indefectible y primordial.

Tal es así, que en pos de tutelar tal interés, en todo proceso judicial en que un niño se pueda ver afectado por el resultado de una resolución que lo involucra, no solo será el destinatario de la decisión judicial, sino, más aún, un sujeto de derecho cuyos intereses deben ser oportunamente considerados y evaluados.

La estricta observancia del interés superior del niño ha sido expresamente receptada en el art. 706, último párrafo, del Proyecto, en estos términos: “...La decisión que se dicte en un proceso en que están involucrados niños, niñas o adolescentes, debe tener en cuenta el interés superior de esas personas”, y reiterado en numerosas normas particulares de cada instituto [arts. 113, inc. 595, inc. a), 621, 639, inc. a)].

En otro precedente se expresó —en el dictamen de la Procuración que la Corte, por mayoría, hizo suyo— que “sin ignorar los disensos que ha generado el alcance del denominado ‘interés superior del niño’, ya sea que se le asignen unos contornos de mayor amplitud, o se lo subordine al interés general y familiar, o se lo identifique con el respeto por los derechos fundamentales de la niñez, ese mejor interés es lo que define la consistencia de cualquier *litis* en la que se discuta la guarda de una persona” (4).

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño establece en su art. 3º que: “1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada”.

Definido “interés superior” en el marco de la Convención, es posible decir que la Corte

Suprema de Justicia de la Nación ha considerado que el concepto de Interés Superior del Niño es abierto, en consiguiente, el Poder Judicial debe precisarlo al momento de resolver. Esto implica valorar las circunstancias del caso concreto con parámetros aceptados por la jurisprudencia y la doctrina, así como tener en cuenta la información administrada por otras disciplinas (5).

Así las cosas, resulta importante poner de resalto que en lo que respecta a la aplicación de los principios en la práctica, estos no son excluyentes, sino que suelen complementarse, relacionarse y, en muchos casos, subordinarse entre ellos, lo que genera que, no pocas veces, su caracterización posea conceptos ya presentes en otros principios.

En ese sentido y luego del análisis integral podremos ver como se encuentra íntimamente relacionado ese interés familiar en coordinación con el interés superior del niño, al momento de resolver la Cámara el caso planteado, buscando con ello armonizar el plexo normativo.

III. Uniones convivenciales

III.1. Concepto y consideraciones generales

A modo introductorio es importante resaltar que el concepto tradicional de familia ha sufrido notables transformaciones a partir de las nuevas tendencias, el desarrollo de la sociedad, los cambios culturales, socioeconómicos, convencionales, legales, entre otros, por lo que hoy en día nos encontramos con diversas variantes y modelos de familia, muchos de los cuales fueron recogidos por el Código Civil y Comercial.

En palabras de Azpiri, “hoy en día no existe una única forma de integración familiar que sea el sujeto de la protección constitucional que impone el art. 14 *bis*, sino que se presentan en la realidad con el consiguiente amparo legal diversas estructuras familiares”.

En los fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial se expresa que “...el incremento del número de personas que optan por organizar su vida familiar a partir de una unión convivencial constituye una constante en todos los sectores sociales y ámbitos geográficos desde la obligada perspectiva de los derechos humanos, encontrándose involucrados el derecho a la vida familiar, la dignidad de las personas, la igualdad, la libertad, la intimidad y la solidaridad familiar, la regulación aunque sea mínima, de las convivencias de pareja, constituye una manda que el Anteproyecto debe cumplir...”, al tiempo que se señala que “en la tensión entre autonomía de la voluntad (la libertad de optar entre casarse y no casarse, cualquiera sea la orientación sexual de la pareja) y orden público (el respeto por valores mínimos de solidaridad consustanciales a la vida familiar) el Anteproyecto reconoce efectos jurídicos de la convivencia de pareja, pero de manera limitada. Mantiene, pues, diferencia entre las dos formas de organización familiar (la matrimonial y convivencial) que se fundan en aceptar que, en respeto por el art. 16 de la CN, es posible brindar un tratamiento diferenciado a modelos distintos de familia (6).

Si bien el Código Civil y Comercial no establece una definición legal de unión convivencial, este abre el título III del Libro Segundo reconociendo a través del art. 509 la unión estable, pública, notoria y permanente de dos personas de igual o distinto sexo que conviven y comparten un proyecto de

vida en común basado en el afecto, en tanto forma de vivir en familia alternativa al matrimonio.

Una de las principales novedades del Código en materia de relaciones de familia se refiere a la regulación integral de otra forma de organización familiar, alternativa y diferencial a la figura matrimonial, a la que el legislador nomina “unión convivencial”. “Unión”, en tanto refleja la idea de proyecto de vida compartido en el marco de una relación de pareja signada por el afecto.

La convivencia y el proyecto de vida en común son los primeros elementos tipificantes de estas uniones; elementos que diferencian este tipo de organización familiar de otras relaciones afectivas, como las relaciones de pareja pasajeras o efímeras (noviazgos) que no cumplen con el requisito de la convivencia, o las relaciones de amistad o parentesco (amigos que comparten vivienda mientras se van a estudiar a otra provincia, hermanos que conviven siendo adultos, etc.), que si bien cumplen con el requisito de convivencia, no traslucen un proyecto de vida en común.

Otro de los caracteres que establece el Código es la singularidad o exclusividad en el vínculo. Al igual que en el caso del matrimonio, esta exigencia responde al modelo monogámico socialmente aceptado. Ya la jurisprudencia de época anterior a la sanción de la nueva legislación destacaba la importancia de este requisito al afirmar: “La relación concubinaria es aquella prolongada en el tiempo, con vocación de permanencia, calificada por un especial vínculo afectivo, excluyente de toda otra relación simultánea con caracteres similares destinada a pervivir”.

Asimismo, los rasgos de notoriedad y publicidad que se mencionan en el art. 509 responden a la necesidad de prueba de esta relación no formal. A diferencia del matrimonio que se instituye a partir del hecho formal de su celebración y por lo tanto ostenta fecha cierta, la unión convivencial no exige formalidad alguna, por tanto, al ser un hecho fáctico requiere de elementos objetivos para su constitución, como ser la notoriedad y la relación pública.

En la misma línea se inscriben las notas distintivas de permanencia y estabilidad, en consonancia con el requisito de dos años de convivencia que se incluyen en el art. 510 del Cód. Civil y Comercial. Sucede que términos como “permanencia” y/o “estabilidad” pueden no significar lo mismo a los ojos de diversos intérpretes (para algunos un año puede alcanzar para tener por configurado estos caracteres, para otros cinco años y así infinidad de posibilidades). Precisamente para evitar esta discrecionalidad y divergencia judicial a la hora de reconocer o no reconocer los efectos del Título III, Libro II, a las convivencias de pareja, el Código prevé este plazo mínimo de dos años de convivencia (7).

De este modo, la legislación civil y comercial se distancia de la postura abstencionista originaria del Código Civil, ya que reconoce ciertos efectos jurídicos a las relaciones afectivas de pareja, pero los diferencia de la regulación prevista para el matrimonio, con respecto al derecho de las personas a casarse y a no casarse (art. 19, CN). Se trata de un reconocimiento que se produce siempre que se cumplan las características enunciadas, más los requisitos constitutivos establecidos en el artículo siguiente, art. 510 del Cód. Civil y Comercial, con especial atención al

(1) GUAHNON, Silvia V. - SELTZER, Martín E., “Medidas Cautelares y provisionales en los procesos de familia”, Ediciones La Rocca, ob. cit., p. 47.

(2) HERRERA, Marisa - DE LA TORRE, Natalia - FERNÁNDEZ, Silvia E., “Manual de Derecho de las Familias”,

Ed. Abeledo Perrot, ob. cit., p. 62.

(3) GUAHNON, Silvia V. - SELTZER, Martín E., ob. cit., ps. 49-50.

(4) *Ibidem*, ps. 51-52

(5) BELLOF, Mary - DEYMONNAZ, Virginia - FREED-

MAN, Diego - HERRERA, Marisa - TERRAGNI, Martiniano, “Convención sobre los Derechos del Niño”, Comentada, Anotada y Concordada, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, ps. 35-48.

(6) GUAHNON, Silvia V. - SELTZER, Martín E., ob. cit.,

ps. 276-277.

(7) HERRERA, Marisa, DE LA TORRE, Natalia, FERNÁNDEZ, Silvia E., ob. cit., ps. 402-403.

mínimo temporal impuesto de dos años de convivencia como modo de evitar la indeterminación e inseguridad jurídica que genera no saber desde cuándo se tienen o se pueden reclamar los deberes-derechos que se prevén (8).

Por último, el Código Civil y Comercial, a tono con el avance legislativo en materia de igualdad y no discriminación, instaurado con la sanción de la ley 26.618, y en consonancia con el principio de no regresividad en materia de Derechos Humanos, incluye a parejas de igual o diverso sexo, en la misma lógica que el matrimonio.

III.2. Cese de la unión convivencial y sus efectos

El Código Civil y Comercial prevé de forma taxativa en al art. 523 los distintos supuestos que dan lugar al cese de la unión convivencial. Estos pueden diferenciarse atendiendo al origen de su configuración en: a) hechos ajenos a la voluntad de uno o ambos integrantes de la unión —la muerte, la ausencia con presunción de fallecimiento—; o b) hechos que hacen al libre juego de la autonomía de los integrantes —matrimonio o nueva unión de uno de sus miembros, matrimonio entre los miembros, acuerdo de ambos, por decisión de uno de ellos notificada fehacientemente al otro, o por el cese ininterrumpido de la convivencia—.

Dicho artículo abre el último de los capítulos del Título III destinado a reglar los efectos *post* cese de la unión convivencial, los que se aplicarán siempre que no exista pacto en contrario pues, a diferencia de lo que sucede en materia de efectos durante la convivencia, una vez cesada la unión, no existe un núcleo duro o piso mínimo que se le imponga a sus integrantes. Ahora bien, antes de atender a los efectos previstos como régimen supletorio aplicable solo en ausencia de pacto en contrario, el Código se encarga de establecer, como se menciona, en forma taxativa, cuándo una unión convivencial se encuentra fenecida (9).

III.2.a. Atribución del uso de la Vivienda Familiar

El Código Civil y Comercial establece como uno de los efectos *post* cese de la unión —ante falta de pacto en contrario— la atribución de la vivienda familiar, generando como dilema y tal como sucede en el fallo, determinar cuál de los dos integrantes de la pareja gozará del uso del inmueble que fuera sede del hogar familiar durante la vigencia del matrimonio o unión convivencial.

Así es que el Código establece como posibilidad atribuir la vivienda a uno de los convivientes por un tiempo determinado fijado por el juez y que no puede ser superior a los dos años contados desde la ruptura de la unión. Para decidir si procede o no esta atribución, la norma otorga al juez criterios objetivos: a) tener a cargo el cuidado de los hijos menores de edad, con capacidad restringida o discapacidad o acreditar la extrema necesidad de vivienda; y b) la imposibilidad de procurársela. Se prevé, también, que las partes puedan solicitar algunas condiciones que rijan durante la atribución, por ejemplo, la no enajenación del inmueble.

El art. 526 del Cód. Civil y Comercial establece dos tipos de protección que apuntan a resguardar el derecho a la vivienda de los convivientes en caso de ruptura: a) la atribución de la vivienda propia de uno o ambos miembros de la pareja en caso de ruptura; y

b) la continuación de la locación del conviviente no locatario hasta el vencimiento del contrato en caso de vivienda familiar alquilada.

Ambas protecciones se tornan operativas por disposición legal excepto que por cláusula convencional las partes hayan acordado expresamente excluir su aplicación o ampliar la atribución a supuestos no previstos por la norma o, incluso, determinar un tiempo máximo mayor al permitido —dos años—, entre otras posibilidades que pueden surgir de las disposiciones del pacto (10).

A primera vista pareciera que el Código busca poner fin a los debates doctrinarios y jurisprudenciales desplegados en torno de la atribución del hogar convivencial tras la ruptura de la pareja al reconocer este derecho en forma “amplia”, frente a lo cual vale decir que en la práctica y tal como se suscita en el fallo en análisis, suelen generarse situaciones de conflicto en el seno de una unión convivencial y derivar por ello en una intervención jurisdiccional, lo que desde ya tendrá incidencia en las medidas de protección que se pueden solicitar.

Tal es así, que el proceso que deriva en la sentencia en estudio se origina ante falta de pacto y mediando el cese de la unión convivencial entre las partes, siendo que S. G. promovió acción a fin de obtener la atribución del uso de la vivienda sede del hogar convivencial, hasta la mayoría de edad de la más pequeña de las niñas, quienes habitan con ella, alegando su imposibilidad de procurarles otra vivienda, de conformidad con los parámetros fijados en la norma, tal como se expone en párrafos precedentes; solicitando además en forma subsidiaria que se decrete la inconstitucionalidad del art. 526 del Cód. Civil y Comercial, en cuanto establece que el plazo de la atribución del hogar convivencial no puede exceder de dos años, a contar desde el cese de la convivencia.

Así las cosas, como remedio frente a la normativa imperante y frente a la resolución de la Jueza de grado, quien resolvió desestimar las defensas de falta de legitimación y atribuyó el uso a la actora por el plazo de 36 meses desde la interposición de la demanda debiendo durante dicho plazo los progenitores arbitrar los medios para procurar a las niñas una vivienda digna —carga que corresponde a ambas partes—, Sra. G. y Sr. D. C., presentaron ambas partes recurso de apelación.

Ahora bien, llegado a este punto y a fin de abordar lo resuelto en la Alzada, en lo atinente a los criterios para asignar el uso de la vivienda propia de uno o ambos convivientes que fuera sede de la unión convivencial cabe destacar que estos están determinados objetivamente por el art. 526, a fin de ser considerados por el juez para evaluar la procedencia de la atribución a favor de uno de los integrantes de la expareja. Sosteniendo como se indica anteriormente, que la vivienda puede atribuirse a aquel conviviente que tenga a cargo el cuidado de los hijos menores de edad, con capacidad restringida o discapacidad o aquel conviviente que acredite la extrema necesidad de una vivienda y la imposibilidad de procurársela de inmediato.

Por otra parte, y a diferencia de lo que sucede en la regulación matrimonial donde la atribución no tiene un plazo máximo fijado de antemano por disposición legal, siendo decisión del juez determinarlo (art. 443), en las uniones convivenciales si bien la fijación del plazo de atribución también es facultad

del juez, esta se haya limitada a un máximo dispuesto por la norma, en tanto no puede ser superior a los dos años contados desde el cese de la unión.

Hay que tener en cuenta que si bien parte de la doctrina sostiene que el fin protectorio del art. 525 no es el derecho de los niños a una vivienda, sino el derecho de los adultos a ver preservada su vivienda *post* cese de la unión, siendo ella interpretación que ha prevalecido en nuestra jurisprudencia (11), se puede apreciar en situaciones familiares como la que se encuentra en análisis, que dichas afirmaciones pueden colisionar con la realidad.

Tal es así que al momento de resolver la Excelentísima Cámara se expresa al respecto sosteniendo que “en el aspecto puntual del plazo máximo de duración de la atribución del uso del hogar familiar, la ley es más estricta que para el supuesto de un matrimonio ya que no fija un plazo, sino que deja al criterio de los jueces y las juezas su determinación, siendo que por el contrario para el mismo beneficio, el plazo máximo de dos años del art. 526 del del Cód. Civil y Comercial en ceses de uniones convivenciales evidenciando un trato discriminatorio en relación con los efectos que este derecho tiene respecto de aquellos menores de edad en el ámbito de la convivencia, entrando en colisión con la eficaz protección de los derechos humanos que se pretenden proteger”.

Ello es sostenido también por parte de la doctrina al sostener en la misma línea, que ese trato discriminatorio se evidencia en dos aspectos. Por un lado, porque a diferencia de lo que ocurre en el seno del matrimonio, la atribución del uso de la vivienda en las uniones convivenciales forma parte del régimen supletorio y no imperativo del que las partes pueden sustraerse por pacto en contrario y por el otro lado, al establecer un plazo máximo de ocupación de la vivienda que no se contempla en el caso del matrimonio, donde solo se indica que el juez debe estipular un plazo, sin señalar un tope que puede no ser adecuado a los intereses de la familia (12).

Así, las tensiones aparecen a partir de un examen completo de la norma y el análisis integral del sistema protectorio de la vivienda en las uniones convivenciales.

En los fundamentos del Proyecto se ha dicho que frente a estas uniones “la vivienda se protege de diferente manera” y que el derecho del conviviente —en referencia del derecho real de habitación— “es más débil” que el reconocido al cónyuge supérstite. En estos términos se justifica que la atribución de la vivienda forme parte del régimen supletorio o subsidiario, de modo que solo se activa ante la ausencia de pacto en contrario por parte de los convivientes; y además, se “avala el plazo máximo de dos años que la ley prevé debe fijar el juez para permanecer en el hogar tras el cese de la unión por alguna de las causales previstas” (13).

Si bien lo que se busca con la normativa es garantizar el derecho a la vivienda familiar a la parte más débil de la relación y es un derecho que se establece a favor de los cónyuges o convivientes, aun sin la existencia de hijos o aunque estos sean mayores o se hubieran independizado, y parte de la jurisprudencia y doctrina ha entendido que el fin protectorio del art. 525 no es el derecho de los niños a una vivienda, sino el derecho de los adultos a ver preservada su vivienda *post* cese de la unión, tal como se menciona con anterioridad, sin duda una primer mirada es y debe ser hacia los niños, niñas y/o adolescentes,

conforme lo establece la Convención de los Derechos del Niño, primeros beneficiarios de la atribución; generándose así esa interrelación entre el interés familiar y el interés superior del niño (14).

Asimismo, en este camino, y también desde el referido enfoque de derechos humanos que impregna todo el ordenamiento jurídico interno, una arista imposible de soslayar —como apunta Marisa Herrera— desde un renovado Derecho de las Familias es la perspectiva de género, que resulta transversal en el análisis de cuestiones que involucren las relaciones de parejas.

Visualizar a las mujeres como un actor social vulnerable constituye una perspectiva de análisis básica para revisar el ordenamiento jurídico nacional y colocar en crisis aquellas normas que reafirman roles estereotipados que giran en torno a la idea tradicional del hombre/padre proveedor y la mujer/madre cuidadora; ello en un contexto social donde estas pautas se han modificado de manera sustancial (15).

La sola posibilidad de perder el lugar donde habita es, para muchas mujeres, un tema que genera gran dependencia y falta de libertad a la hora de la toma de decisiones sobre el futuro de su pareja y del suyo propio. Ello, sobre todo, cuando se trata de un bien ganancial o propio del otro cónyuge; tal como sucede en el presente fallo donde los demandados en su presentación manifestaron que la accionante no es titular del derecho de dominio aduciendo así falta de legitimación para poder obrar en el proceso, siendo ellos —D. y A. C., respectivamente, progenitor y tía de las personas menores de edad involucradas— cotitulares registrales del inmueble, circunstancia frente a la cual la Cámara sostuvo entre sus argumentos que bastaba centrarse en que la accionante G. se encuentra al cuidado principal de las niñas fruto de la unión con D. C., para vislumbrar que la legitimación activa y pasiva estaba determinada objetivamente por la calidad de exconviviente.

En esa línea, el fallo sostiene que puede vislumbrarse una dinámica familiar con estereotipos patriarcales con roles definidos que reproducen desigualdades y, con ello, diferentes formas de vulnerabilidad que, en el caso, permite divisar que la estabilidad de la vida familiar dependía de la permanencia del progenitor en el hogar más allá de todo, al sostener el demandado que, “...cuando fue excluido o desalojado del inmueble, a la accionante le fue requerida por diferentes medios la restitución por finalización de un comodato sin plazo en los términos del art. 1536 inc. e) del Cód. Civ. y Com., reduciendo la cuestión al ‘vencimiento de un contrato’ como consecuencia inmediata de la separación”, visión que ha considerado totalmente inadmisibles.

Como se puede observar, todos estos derechos que refieren a la protección de la vivienda familiar tienen carácter supremo, por lo que la legislación interna y las resoluciones que emanen de los operadores del derecho, deben estar direccionadas a preservar estos derechos y no a aniquilarlos. Más aún cuando las personas perjudicadas de ese decisorio pueden resultar personas vulnerables en razón de su edad, conforme refiere a los niños y niñas, el art. 4º de las 100 reglas de Brasilia, advirtiendo que estos deben recibir especial tutela. Por supuesto, todo en un marco de equidad y evitando el ejercicio abusivo de los derechos (art. 10, Cód. Civil y Comercial) (16).

(8) HERRERA, Marisa - CARAMELO, Gustavo, PICASSO, Sebastián, “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Infojus, ob. cit., ps. 190-192.

(9) Ibidem, ps. 213-214.

(10) HERRERA, Marisa - DE LA TORRE, Natalia - FER-

NÁNDEZ, Silvia E., ob. cit., ps. 429-430.

(11) Ibidem, ps. 429-430.

(12) FAMÁ, María Victoria, “El uso de la vivienda familiar al cesar la unión convivencial”, LA LEY, 2015-B, 921, TR LALEY AR/DOC/815/2015.

(13) Ibidem.

(14) JUNYENT DE DUTARI, Patricia M., “Atribución de la vivienda luego del cese de la convivencia y derechos humanos”, Sup. Esp. CP 2019 (noviembre). TR LALEY AR/DOC/3866/2019.

(15) HERRERA, Marisa - DE LA TORRE, Natalia, FERNÁNDEZ, Silvia E., ob. cit., p. 45.

(16) FAMÁ, María Victoria, ob. cit.

Del análisis realizado, de la realidad de los hechos y de lo que se extrae de la doctrina, es claro y me permito también afirmar que no es lo mismo un adulto que finaliza una unión de hecho sin hijos de aquel que lo tiene y ejerce el deber de cuidado (17).

Dándose este último supuesto, considero que el derecho a usar y gozar de la vivienda está en cabeza de los hijos, es decir, la protección se desplaza hacia ellos e indirectamente se beneficia el progenitor que ejerce la función de cuidado. En los procesos de familia las decisiones que se tomaren, habiendo niños, niñas o adolescentes involucrados, de acuerdo con la Convención de los Derechos del Niño (art. 3º, CDN y art. 3º, ley 26.061 de Protección Integral), deberán tener en cuenta el interés superior de aquellos.

Cuando me refería a esa interrelación entre el interés familiar y el interés superior del

niño al comienzo del presente, es aquí donde se puede ver su implicancia en la situación suscitada, dado que el llamado “interés familiar” consistente en que los hijos tengan asegurado su derecho a la vivienda y el interés superior, se materializa aquí, en la necesidad de resguardo de los derechos de las niñas involucradas.

Por lo descripto y en orden a la sentencia arribada, la cual declara la inconstitucionalidad del art. 526 del del Cód. Civil y Comercial en cuanto al plazo de dos años que prevé, es posible observar que este plazo fijado resulta ser inconstitucional por contemplar un trato desigual cuando se trata de convivientes o cónyuges, lo que denota una diferenciación entre la elección de los diversos modelos familiares que supuestamente se pretenden tutelar en términos de equidad y no las tienen en consideración en un mismo plano de igualdad frente al modelo la constitucionalidad/convencionalidad del derecho

del art. 526 del Código Civil y Comercial de la Nación”, DFyP 2019 (noviembre).

de familia adoptado en nuestra legislación; por lo que es razonable en lo resuelto en tanto modifica la sentencia apelada y se otorga la atribución del uso de la vivienda familiar, hasta la mayoría de edad de la más pequeña de las niñas.

IV. Conclusión

El objetivo primordial del análisis realizado ha sido exponer la primacía del principio de realidad y cómo este se encuentra presente dentro de cada una de las relaciones familiares, dado que si bien con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación se logró consolidar el derecho constitucional convencional de familia y se han incluido situaciones que habían quedado excluidas de todo tipo de regulación, algunas modificaciones que fueron incorporadas han sido parciales y pueden vislumbrarse algunas tensiones frente a la realidad social que se presenta en determinados casos, como el presente, dado que es posible afirmar que el concepto de familia responde a una pluralidad de realidades o situaciones que conviven en nuestra sociedad.

A lo largo del desarrollo del análisis y luego de explicar algunos institutos que se encuentran presentes en la sentencia recurrida, desde el interés familiar al interés superior del niño, como así también lo que respecta a las uniones convivenciales y sus efectos —diferentes de los efectos derivados del matrimonio—, considero que la sentencia fue dictada conforme a derecho.

Ello, porque al momento de resolver se ha considerado que el inmueble en cuestión fue el último hogar familiar y que el derecho de propiedad en cabeza de los demandados debe ceder temporalmente frente a los restantes derechos humanos, sustancialmente, al interés superior de las niñas, interés que se caracteriza por ser la columna vertebral del entrecruzamiento entre derechos humanos y derechos del niño, respondiendo así al modelo de protección integral que debe ser tenido en cuenta al momento de resolver siempre que se vean involucrados derechos de niños, niñas y adolescentes.

Cita online: TR LALEY AR/DOC/1273/2023

Banco Provincia

Movilidad jubilatoria. Regresividad. Medida precautoria. Suspensión de la aplicación de los arts. 39, 41 y 42 de la ley 15.008 de Buenos Aires.

- 1. - Desde la vigencia de la ley 15.008 de Buenos Aires hasta la actualidad, la movilidad de los agentes pasivos del Banco de la Provincia de Buenos Aires —que ya no se calcula de acuerdo a variables propias de la remuneración relativa al cargo base— ha quedado librada a los avatares de un sistema previsional extraño, que en los hechos ha probado ser inestable o azaroso, proyectando impactos negativos que mellan la legítima situación subjetiva de quien accediera

válidamente al goce de un ingreso proporcional y sustitutivo en comparación con lo que sería el haber en actividad. Lo que, de resultas de una lectura preliminar del citado art. 41 en su faz estática y a los fines de una protección preventiva, pudo haber sido no tan concluyentemente ofensivo para los derechos de los pasivos, al cobrar dinamismo sus efectos y dada su implementación por la Caja de Jubilaciones, Subsidios y Pensiones del Personal del Banco de la Provincia de Buenos Aires, ha pasado a ser fuente verosímil de regresividad.

- 2. - La aplicación del índice para el cálculo de la actualización de los emolumentos previsto en la ley nacional 27.426, como la de la serie de normas nacionales posteriores,

ha generado una brecha extremadamente pronunciada respecto al método de actualización que le hubiese correspondido a los jubilados y pensionados de la Caja en función del régimen anterior a la sanción de la ley provincial 15.008 de Buenos Aires.

- 3. - El mecanismo de actualización de haberes es objetable, por cuanto deja en manos de una autoridad ajena a la provincial su absoluta determinación, enajenando la competencia legislativa de la Provincia y desentendiéndose del carácter sustitutivo de las prestaciones respecto de la remuneración en actividad.
- 4. - El despacho precautorio se erige en la herramienta idónea para atenuar la

afectación al núcleo esencial del derecho a las prestaciones móviles de los jubilados y pensionados de la Caja del Banco Provincia, en correspondencia con el reconocimiento del propósito compensador inherente al beneficio previsional.

SC Buenos Aires, 14/03/2023. - Asociación Bancaria c. Provincia de Bs. As. s/ Inconst. Ley 15.008.

[Cita online: TR LALEY AR/JUR/20069/2023]

[El fallo *in extenso* puede consultarse en Atención al Cliente, <https://www.laley-next.com.ar/> o en Preview]

Un fallo magistral de lectura obligatoria



Graciela E. Cipolletta

Profesora de Derecho de la Seguridad Social de posgrado (UBA, UCA y UNNE). Profesora de Derecho de la Seguridad Social en grado (UCES). Integrante del Instituto de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Academia Nacional de Derecho.

SUMARIO: I. Introducción.— II. El caso.— III. Normas cuestionadas por inconstitucionalidad.— IV. Ley provincial 15.008, artículos cuestionados.— V. Normas de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires que se consideran violadas.— VI. La etapa previa de conciliación.— VII. La sentencia.— VIII. Colofón.

I. Introducción

La Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires se ha expedido sobre una causa sumamente interesante referida a los derechos de los jubilados y pensionados de la Caja del Banco de la Provincia de Buenos Aires, pero cuyos argumentos sirven de principios rectores para la totalidad de los beneficiarios de los diferentes sistemas previsionales que existen en todo el territorio argentino. Una sentencia magistral que se constituye en lectura obligatoria no solo para los letrados que se dedican a la previsión social, sino para todos los estudiantes, abogados, funcionarios y magistrados, cualquiera fuere la rama del derecho en la que se especialicen.

II. El caso

La causa la inicia la Asociación Bancaria solicitando la inconstitucionalidad de una serie de artículos de la ley provincial 15.008 (que modificó el régimen anterior del que gozaban los afiliados de dicha entidad) y la reparación pecuniaria del daño que dicha ley provoca en el colectivo mencionado. Agrega a su petición la no aplicación de la norma dañosa hasta tanto la justicia se expida al respecto. En particular pide se suspenda el nuevo régimen de movilidad establecido en el art. 41 de la ley cuestionada y se siga aplicando la ley de movilidad anterior a la señalada. Todo ello con base en la figura del amparo colecti-

vo previsto en el art. 43 de la Constitución Nacional (CN) (1).

En particular, se considera que la nueva ley afecta los “derechos adquiridos” de los actuales beneficiarios a un sistema determinado de movilidad de sus haberes violando, además, numerosos artículos establecidos en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires. Observe el lector que de una movilidad que seguía el aumento de los salarios de los activos, la ley 15.008 pasó a establecer un sistema de movilidad por índices equivalente al sistema nacional establecido en la ley nacional 26.417.

Se une a esta causa otra similar iniciada por la Asamblea Permanente de Jubilados y Pen-

sionados del Banco de la Provincia de Buenos Aires, coincidiendo con la petición de la Asociación Bancaria y alegando además la violación de los arts. 14, 16, 17, 28, 43 y 75, inc. 33 y 34 de la CN y una causa correspondiente a la Unión de Jubilados del citado Banco con similares argumentaciones. Existiendo, asimismo, numerosas demandas individuales con idéntico objeto y fundamentos.

III. Normas cuestionadas por inconstitucionalidad

Para una mayor comprensión del tema transcribimos en este título las normas involucradas en esta interesantísima causa judicial.

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Art. 43.- Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una

ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme

a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización. Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes

de información periodística. Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio.

IV. Ley provincial 15.008, artículos cuestionados

Art. 11.- El Estado Provincial garantiza las prestaciones establecidas en el presente régimen legal, que se financiarán mediante fondos provenientes de:

[...]

c) El aporte personal del diez [10] por ciento, el que podrá ser elevado por el Directorio de la Caja hasta el doce [12] por ciento, a cargo de los jubilados y pensionados sobre sus haberes previsionales;

Este aporte podrá ser reducido por el Directorio de la Caja hasta el dos [2] por ciento siempre que el resultado operativo financiero de la Caja sea superavitario;

[...]

e) El importe de la diferencia resultante de cada aumento general, a cargo de activos y pasivos;

[...]

j) Las utilidades del Banco, en la cantidad suficiente para solventar la atención de los beneficios que debe brindar la Caja.

Art. 23.- Tendrá derecho a la jubilación ordinaria el afiliado que compute treinta y cinco [35] años de servicios como mínimo y que hubiera cumplido sesenta y cinco [65] años de edad. La aplicación de la nueva edad mínima se realizará gradualmente con la siguiente escala: sesenta y un [61] años de edad en los años 2020 y 2021, sesenta y dos [62] años de edad en los años 2022 y 2023, sesenta y tres [63] años de edad en los años 2024 y 2025, sesenta y cuatro [64] años de edad en los años 2026 y 2027, sesenta y cinco [65] años de edad a partir del año 2028.

Art. 38.- No se acumularán en una misma persona dos o más prestaciones, con excepción de los hijos, quienes podrán percibir hasta dos pensiones.

Art. 39.- El haber mensual inicial de las prestaciones que determinan los arts. 23 y 24 será el equivalente al setenta [70] por ciento del promedio actualizado de las remuneraciones mensuales percibidas durante el período de ciento veinte [120] meses inmediatamente anteriores a la cesación del servicio.

Los afiliados que ingresaron al Banco antes de la vigencia de la ley provincial 11.322 y que formularon expresamente la opción prevista en el art. 76 de la ley 13.364, podrán optar por jubilarse dentro del plazo de un año contado a partir de la sanción de la presente, en cuyo caso el haber mensual inicial de las prestaciones será el equivalente al ochenta y dos [82] por ciento del promedio actualizado de las remuneraciones mensuales percibidas durante el período de ciento veinte [120] meses inmediatamente anteriores a la cesación del servicio, de acuerdo a las normas que reglamenten el presente artículo.

Art. 40.- Será incompatible la percepción total del haber jubilatorio con el desempeño de cualquier actividad remunerada en relación de dependencia, con excepción de los servicios docentes.

Esta incompatibilidad se extenderá también a cargos públicos en el ámbito nacional, provincial o municipal, sean o no electivos.

El reingreso a la actividad en relación de dependencia, implicará la suspensión automática del haber.

El jubilado deberá denunciar el reingreso a la actividad dentro de los treinta [30] días corridos de producido este, en caso contrario deberá reingresar lo percibido indebidamente a partir del reingreso y hasta el momento en que la Caja tomara conocimiento de esa circunstancia.

Art. 41.- Los haberes de las prestaciones indicadas serán móviles y se actualizarán conforme la variación del índice de movilidad establecido en la ley nacional 26.417, y sus modificatorias, que se aplica a de las Prestaciones del Régimen Previsional Público, con la periodicidad que determina dicha norma. El régimen de movilidad precedente será de aplicación a los actuales beneficiarios a partir de la vigencia de la presente ley.

Art. 42.- El haber de la pensión será el equivalente al setenta [70] por ciento de:

a) La jubilación que percibía el causante a la fecha de la muerte, o del fallecimiento presunto declarado judicialmente;

b) La jubilación a que tenía derecho el causante a la fecha de cesar en el servicio;

c) El haber calculado según el art. 39, si correspondiere, cualquiera fuera la edad y años de servicios prestados por el causante a la época de su fallecimiento en actividad.

V. Normas de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires que se consideran violadas

Art. 11.- Los habitantes de la Provincia son iguales ante la ley, y gozan de los derechos y garantías que establece la Constitución Nacional, los que emanan en su consecuencia a través de los tratados celebrados por la Nación y los que se expresan en esta Constitución.

La Provincia no admite distinciones, discriminaciones ni privilegios por razones de sexo, raza, religión, nacionalidad, lengua, ideología, opinión, enfermedades de riesgo, características físicas o cualquier otra condición amparada por las normas constitucionales.

Es deber de la Provincia promover el desarrollo integral de las personas garantizando la igualdad de oportunidades y la efectiva participación de todos en la organización política, económica y social.

Art. 31.- La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Provincia puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada.

Art. 36.- La Provincia promoverá la eliminación de los obstáculos económicos, sociales o de cualquier otra naturaleza, que afecten o impidan el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.

A tal fin reconoce los siguientes derechos sociales:

1. De la Familia. La familia es el núcleo primario y fundamental de la sociedad. La Provincia establecerá políticas que procuren su fortalecimiento y protección moral y material.

2. De la Niñez. Todo niño tiene derecho a la protección y formación integral, al cuidado preventivo y supletorio del Estado en situaciones de desamparo y a la asistencia tutelar y jurídica en todos los casos.

3. De la Juventud. Los jóvenes tienen derecho al desarrollo de sus aptitudes y a la plena participación e inserción laboral, cultural y comunitaria.

4. De la Mujer. Toda mujer tiene derecho a no ser discriminada por su sexo, a la igualdad de oportunidades, a una protección especial durante los estados de embarazo y lactancia, y las condiciones laborales deben

permitir el cumplimiento de su esencial función familiar. La Provincia promoverá políticas de asistencia a la madre sola, sostén de hogar.

5. De la Discapacidad. Toda persona discapacitada tiene derecho a la protección integral del Estado. La Provincia garantizará la rehabilitación, educación y capacitación en establecimientos especiales; tendiendo a la equiparación promoverá su inserción social, laboral y la toma de conciencia respecto de los deberes de solidaridad sobre discapacitados.

6. De la Tercera Edad. Todas las personas de la Tercera Edad tienen derecho a la protección integral por parte de su familia. La Provincia promoverá políticas asistenciales y de revalorización de su rol activo.

7. A la Vivienda. La Provincia promoverá el acceso a la vivienda única y la constitución del asiento del hogar como bien de familia; garantizará el acceso a la propiedad de un lote de terreno apto para erigir su vivienda familiar única y de ocupación permanente, a familias radicadas o que se radiquen en el interior de la Provincia, en municipios de hasta 50.000 habitantes, sus localidades o pueblos.

Una ley especial reglamentará las condiciones de ejercicio de la garantía consagrada en esta norma.

8. A la Salud. La Provincia garantiza a todos sus habitantes el acceso a la salud en los aspectos preventivos, asistenciales y terapéuticos; sostiene el hospital público y gratuito en general, con funciones de asistencia sanitaria, investigación y formación; promueve la educación para la salud; la rehabilitación y la reinserción de las personas tóxicodependientes. El medicamento por su condición de bien social integra el derecho a la salud; la Provincia a los fines de su seguridad, eficacia y disponibilidad asegura, en el ámbito de sus atribuciones, la participación de profesionales competentes en su proceso de producción y comercialización.

9. De los Indígenas. La Provincia reivindica la existencia de los pueblos indígenas en su territorio, garantizando el respeto a sus identidades étnicas, el desarrollo de sus culturas y la posesión familiar y comunitaria de las tierras que legítimamente ocupan.

10. De los Veteranos de Guerra. La Provincia adoptará políticas orientadas a la asistencia y protección de los veteranos de guerra facilitando el acceso a la salud, al trabajo y a una vivienda digna.

Art. 39.- El trabajo es un derecho y un deber social.

1. En especial se establece: derecho al trabajo, a una retribución justa, a condiciones dignas de trabajo, al bienestar, a la jornada limitada, al descanso semanal, a igual remuneración por igual tarea y al salario mínimo, vital y móvil.

A tal fin, la Provincia deberá: fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones del empleador y ejercer en forma indelegable el poder de policía en materia laboral; propiciar el pleno empleo, estimulando la creación de nuevas fuentes de trabajo; promover la capacitación y formación de los trabajadores, impulsar la colaboración entre empresarios y trabajadores, y la solución de los conflictos mediante la conciliación, y establecer tribunales especializados para solucionar los conflictos de trabajo.

2. La Provincia reconoce los derechos de asociación y libertad sindical, los convenios colectivos, el derecho de huelga y las garantías al fuero sindical de los representantes gremiales.

3. En materia laboral y de seguridad social regirán los principios de irrenunciabilidad, justicia social, gratuidad de las actuaciones en beneficio del trabajador, primacía de la realidad, indemnidad, progresividad y, en caso de duda, interpretación a favor del trabajador.

4. Sin perjuicio de lo establecido en el art. 103, inc. 12 de esta Constitución, la Provincia garantiza a los trabajadores estatales el derecho de negociación de sus condiciones de trabajo y la substanciación de los conflictos colectivos entre el Estado provincial y aquellos a través de un organismo imparcial que determine la ley. Todo acto o contrato que contravenga las garantías reconocidas en el presente inciso será nulo.

Art. 40.- La Provincia ampara los regímenes de seguridad social emergentes de la relación de empleo público provincial.

El sistema de seguridad social para los agentes públicos estará a cargo de entidades con autonomía económica y financiera administradas por la Provincia con participación en estas de representantes de los afiliados conforme lo establezca la ley.

La Provincia reconoce la existencia de cajas y sistemas de seguridad social de profesionales.

Art. 50.- La Legislatura no podrá disponer de suma alguna del capital del Banco de la Provincia.

VI. La etapa previa de conciliación

Llamadas las partes a conciliar posiciones se logra que el Poder Ejecutivo Provincial acepte los argumentos de los peticionantes y presente un proyecto de ley que modifica sustancialmente la ley provincial 15.008 cuestionada —mensaje 3985—. El mismo resulta aprobado por las comisiones de ambas cámaras, pero no logra obtener la mayoría parlamentaria necesaria para su aprobación. La falta de consenso con la oposición dilata el tratamiento y la medida perderá, como veremos, estado parlamentario.

De dicha iniciativa vale destacar que el gobierno provincial reconoce los daños y perjuicios que ocasiona al colectivo de jubilados y pensionados involucrados y, por tanto, admite que la ley provincial 15.008 es violatoria de numerosas cláusulas constitucionales. Reconoce asimismo que dicha ley, además de lo expuesto, ha vulnerado los “derechos en expectativa” de los actuales trabajadores de la entidad bancaria involucrada.

El proceso de conciliación se llevó a cabo mediante una mesa de diálogo, donde se escucharon a las partes y a todas las voces de las entidades competentes en la materia. De ellas cabe destacar los argumentos favorables a los actores vertidos por el Presidente de la Caja de Jubilaciones del Banco Provincia, del Presidente del Banco Provincia y de la Subsecretaría Técnica del Ministerio de Hacienda y Finanzas.

No obstante la unanimidad de opiniones técnicas y financieras sobre la necesidad de derogar la ley provincial 15.008 y de aprobar la iniciativa del actual Gobierno provincial, el proyecto no logra sancionarse y la medida, como anticipamos, pierde estado parlamentario en el mes de febrero del corriente año.

El tortuoso camino recorrido concluye entonces con el dictado de la sentencia en comentario.

VII. La sentencia

En primer lugar, el Tribunal admite la viabilidad de las demandas de acción colectiva y su expansión de derechos por tratarse de intereses individuales homogéneos, apli-

cando lo dispuesto en el art. 43 de la CN y cuyo objeto es perseguir la inconstitucionalidad de normas que afectan derechos amparados constitucionalmente. Además, se sostiene que la viabilidad de la expansión colectiva de la tutela no ha merecido oposición sería alguna.

Agrega el Tribunal que en esta materia debe procederse con suma cautela y dimensionarse con precisión las consecuencias generales a las que puede llevar el decisorio.

Sostiene, asimismo, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) se ha pronunciado reiteradamente sobre la prioridad de la tutela de los derechos de los jubilados y pensionados, ya que se trata de un grupo vulnerable amparado por normas constitucionales y Tratados internacionales.

Tiene en cuenta, además, que el Alto Tribunal ha sostenido que la necesidad de mantener una proporción justa y razonable entre el haber de pasividad y la situación de los activos es consecuencia del carácter integral de los beneficios que reconoce expresamente la Constitución Nacional.

En particular sobre la movilidad de las prestaciones establecida en la Carta Magna, la Corte ha sido clara al afirmar que el mandato de establecer un sistema de movilidad no puede cumplirse de cualquier modo, sino que debe ser del modo de asegurar a los beneficiarios el mantenimiento del nivel de vida y la posición alcanzada en actividad.

Afirma, a nuestro criterio con excelente lucidez jurídica, que el art. 41 de la ley impugnada es el centro de los agravios y la clave a desentrañar en esta fase cautelar del proceso. Y el voto la desentraña de modo magistral.

En su interpretación literal, al remitir el art. 41 de la ley provincial 15.008 a la ley nacional 26.417 y sus modificatorias, estaría dándole a la Nación facultades para legislar en el futuro sobre la movilidad de este régimen provincial y especial. Ello por cuanto cualquier modificación futura a dicha ley nacional conlleva la modificación de la movilidad de la ley provincial. Dice el Tribunal, que se trata entonces de “una franquicia en blanco a favor de cualquier dispositivo ulterior”. Es decir, una facultad irrestricta e ilimitada a favor de una autoridad ajena a la Provincia. Lo que en nuestra opinión constituye un escándalo jurídico, aunque no se diga en la sentencia con esas palabras.

Afirma el sentenciante de manera contundente que “todo parece indicar que se produjo una enajenación o abdicación del Poder Legislativo de la Provincia”.

Permítasenos decir al lector que se trata de un razonamiento excelente de derecho constitucional, poco frecuente en estos tiempos que se caracterizan por la falta de rigorismo científico y académico.

Agrega el Tribunal que la situación de los jubilados y pensionados reclamantes se agravó con las circunstancias sobrevinientes, ya que luego de tres años de regir la fórmula combinada de la ley nacional 27.426 que modificó a la ley nacional 26.417, fue reemplazada por la ley de emergencia 27.541.

La sentencia inicia aquí un análisis que, en sus conclusiones establecerá principios básicos de la previsión que resultan aplicables a la totalidad del sistema previsional nacional, lo que hace que este fallo trascienda la cuestión meramente local.

Se explica en el decisorio que la ley nacional 27.541 suspendió por 180 días la fórmula de referencia y encomendó al Poder Ejecutivo Nacional (PEN) la fijación de los criterios que pudieran corresponder en forma trimestral. En su consecuencia se dicta el DNU 542/2020 prorrogando la interrupción de la movilidad hasta el mes de diciembre del año 2020 y conservando el Poder Ejecutivo para sí la consecuente fijación del esquema de actualización por acto ejecutivo. A partir de allí se sucedieron algunos aumentos combinando montos fijos y sumas porcentuales (decs. 163/2020, 495/2020, 692/2020, y 899/2020). A mediados del año 2021 ya se había generado un atraso promedio del diez por ciento (10%) en relación con el régimen suspendido.

Pero estas modificaciones, certeramente manifiesta el Tribunal, no terminan allí. La ley nacional 27.609 modificó el art. 32 de la ley nacional 24.241 fijando un criterio distinto al de sus predecesoras en la forma de establecer el cálculo: se combinan los índices de evolución de los salarios de empleo registrado y no registrado que mide el Instituto Nacional de Estadística y Censos de la República Argentina (INDEC) y de la recaudación de la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSeS), por partes iguales.

Se sostiene, con razón, que todo ello traspasa el sistema administrado por la Caja del Banco de la Provincia. Lúcido análisis, ya que de todo lo expuesto resulta el increíble hecho que el organismo provincial y especial estaría compelido a cumplir con una legislación que le es completamente ajena y que no guarda relación alguna con el sistema que se administra.

A nuestro juicio es tan disparatado el art. 41 en análisis que parece haber sido redactado por alguien que ignora el carácter federal de nuestra Nación y jamás ha leído un libro sobre derecho constitucional. Cuestión que, lamentablemente, ya no se pretende de los legisladores, pero sí de sus asesores.

Más allá de este tema puntual extraordinariamente bien planteado en el voto, cabe destacar un párrafo de la sentencia sobre la valoración del sistema nacional, no porque el sentenciante se aparte de su objeto sino porque la vinculación que el art. 41 en comentario hace entre ambos sistemas obliga a la referencia del sistema nacional. Dice el Tribunal, y aquí por su importancia transcribimos en forma textual: “En suma, desde la vigencia de la ley 15.008 hasta la actualidad, la movilidad de los agentes pasivos del Banco de la Provincia de Buenos Aires —que ya no se calcula de acuerdo a variantes propias de la remuneración relativa al cargo base— ha quedado librada a los avatares de un sistema previsional extraño, *que en los hechos ha probado ser inestable o azaroso*, proyectando impactos negativos que mellan la legítima situación subjetiva de quien accediera válidamente al goce de un ingreso propor-

cional y sustitutivo en comparación con lo que sería el haber en actividad... y dado su implementación por la Caja de Jubilaciones, Subsidios y Pensiones del Banco de la Provincia de Buenos Aires ha pasado a ser fuente verosímil de regresividad” (la bastardilla es nuestra).

Se ha probado que la merma en los haberes que produjo la ley cuestionada ronda el treinta por ciento (30%) a diciembre de 2022 y al cuarenta por ciento (40%) si se la acumula desde enero de 2018.

Ya en el punto VI.7 de la sentencia en análisis, se valora la opinión de la Procuración General de la Provincia que en sus dictámenes sobre casos individuales ha sostenido —siguiendo los lineamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación— que la sanción del art. 41 de la ley provincial 15.008 contrariaba los postulados constitucionales aplicables, sosteniendo que las restricciones legales no pueden superar ciertos límites, de modo tal que impliquen un desequilibrio entre el haber de pasividad y el de actividad. En el punto siguiente se resalta el reconocimiento de la verosimilitud del derecho por la demandada que, como vimos, ha hecho el propio Gobierno de la Provincia.

Posteriormente, el fallo hace referencia al carácter alimentario de los beneficios, señalando que este carácter amerita una tutela especial y de mayor intensidad. Se destaca que junto con la mención de la naturaleza de la prestación se mencione expresamente al “núcleo familiar”. Con base en innumerables fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación el sentenciante nos recuerda “de modo que el nivel de vida asegurado por la jubilación debe guardar una relación justa y razonable con el que le brindaban al trabajador y a su núcleo familiar”.

Lo destacamos porque en las últimas décadas la legislación parece haber olvidado que las remuneraciones y los haberes no son solo para el trabajador o el beneficiario individual, sino que se requiere que sean suficientes para el mantenimiento de todo el grupo familiar, cualquiera fuere la posición económica o social alcanzada por el grupo (ver al respecto, entre otros, el art. 3º del Protocolo de San Salvador complementario del Pacto de San José de Costa Rica). De allí la premura que se requiere cuando tratamos la movilidad previsional, puesto que el carácter alimentario implica el sostenimiento del “grupo familiar” y no solo del titular del beneficio. Lamentablemente los topes y tramos introducidos en la protección de las cargas de familia a nivel nacional y provincial han desvirtuado el verdadero sentido del instituto de las asignaciones familiares.

En cuanto al estado de emergencia el Tribunal se manifiesta siguiendo también los lineamientos de la CSJN que ha destacado que “en tiempos de crisis la actualidad de los derechos sociales cobra su máximo significado por lo cual deben profundizarse las respuestas institucionales”. La sentencia en comentario es un claro ejemplo de la aplicación de dicho principio.

Entrando ya en la cuestión concreta del daño producido por la ley provincial 15.008, en el punto VII.2 el fallo que comentamos

hace referencia a la pérdida de la proporcionalidad que produjo la aplicación del índice de movilidad nacional, corroborando mediante datos numéricos diferencias significativas, que justifican la premura y el peligro en la demora de un decisorio. En especial porque no se trata de una modificación transitoria y temporal, sino que la ley 15.008 constituye una reforma estructural y permanente.

Asimismo, resuelve la cuestión de los beneficios que fueron calculados conforme las pautas de los arts. 39 y 42 de la ley 15.008 (durante su plena vigencia) extendiendo la tutela a esos casos que fueron “discernidos” (sic), ya que existe claramente una regresión de derechos en relación con el régimen anterior.

En el punto VIII.1 cabe destacar el análisis sobre la no afectación de la medida cautelar a cuestiones de “bien público”. A esos efectos se sentencia:

1.- El reconocimiento de la movilidad se reconoce solo con efecto hacia el futuro.

2.- Dicho reconocimiento no se identificará en un cien por ciento (100%) con lo que hubiera debido abonarse si no hubiera existido la ley provincial 15.008.

Los puntos 1 y 2 significan que no habrá derecho a retroactivo alguno ni se recalculan los haberes como si la ley provincial 15.008 no hubiera existido. Es decir que la vieja movilidad se aplicará sobre los montos de los beneficios afectados por la ley en análisis sin recalcularlos y, por lo tanto, sin retroactividad de suma alguna. Lo cual alivia al deudor del pago que se deberá efectuar a la totalidad del colectivo involucrado por tratarse de un pleito con incidencia colectiva.

3.- Se aplica la medida a todo el colectivo involucrado, se da entonces una proyección subjetiva de la medida.

4.- El reconocimiento cautelar se implementará de un modo secuencial y progresivo conforme a la tabla que establece el propio fallo. Dando prioridad a las personas mayores de 75 años, a los discapacitados y los que adolecen de enfermedades graves.

5.- No se suspende el art. 23 de la ley 15.008 (2).

6.- La cuantía de la prestación acordada en la cautelar no excederá la cuantía que hubiera correspondido por el régimen anterior a la ley provincial 15.008 y tampoco arrojará un monto superior al que se hubiera aplicado de prosperar el proyecto presentado por el Poder Ejecutivo Provincial.

Van a señalarse, además, como fundamento de la medida, los argumentos y la conformidad brindada por todos los sectores gubernamentales involucrados en la mesa de negociación y diálogo. Con lo cual queda demostrado la no alteración del interés público, al que se hizo referencia en el punto anterior.

Se establece además la inaplicabilidad del art. 70 de la ley provincial 15.394 (3) de Presupuesto Provincial por las razones desarrolladas en el texto del fallo sobre la cuestión en trámite. Agregamos nosotros que frente

(2) Art. 23.- Tendrá derecho a la jubilación ordinaria el afiliado que compute treinta y cinco [35] años de servicios como mínimo y que hubiera cumplido sesenta y cinco [65] años de edad. La aplicación de la nueva edad mínima se realizará gradualmente con la siguiente escala: sesenta y un [61] años de edad en los años 2020 y 2021, sesenta y dos [62] años de edad en los años 2022 y 2023, sesenta y tres [63] años de edad en los años 2024 y 2025, sesenta y cuatro [64] años de edad en los años 2026 y 2027, sesenta y cinco [65] años de edad a partir del año 2028.

(3) Art. 70.- En los juicios contra el Estado Provincial, Municipal o entes descentralizados, el plazo para el cumplimiento de las sentencias de condena que se dicten en su contra, será de sesenta [60] días, por extensión del art. 163 de la Constitución Provincial, quedando sujeto dicho plazo a las siguientes reglas: 1) Regirá para toda sentencia de condena cualquiera sea el fuero de actuación o la materia involucrada, salvedad hecha de los casos relativos a la tutela urgente de derechos fundamentales en especie. 2) En todos los casos deberá computarse por días hábiles judiciales. 3) En los casos

de sentencias de condena dineraria, el plazo de sesenta [60] días hábiles para su pago comenzará a correr desde que quede firme el auto que aprueba la liquidación. Igual plazo y forma de cómputo se aplicará respecto de las liquidaciones complementarias, que aprueben intereses por mora en el pago de una anterior. 4) En el caso de condenas por honorarios, el plazo de sesenta [60] días referido, comenzará a correr desde que quede firme la regulación, notificada con las formalidades exigidas en la ley arancelaria. 5) En el caso de sentencias de condena dictadas en procesos colectivos, aquel plazo deberá

armonizarse con las particularidades inherentes a esta clase de litigios, debiendo computarse las prórrogas que se impongan por las dificultades justificadas del trámite, según las complejidades del tema y las capacidades de respuesta del servicio, pudiendo abrirse un esquema diferenciado de implementación del fallo, con recorrido de metas y objetivos, a ser cumplidos en tiempos escalonados. 6) Sin perjuicio de lo expuesto, en el caso de sentencias que puedan tener magnitud económica como para comprometer la estabilidad presupuestaria, se admitirá la posibilidad de apertura de un incidente de evaluación

al reconocimiento del derecho y la factibilidad de su pago por parte del Poder Ejecutivo provincial va de suyo la inaplicabilidad señalada.

La cautelar en comentario exhorta al Poder Legislativo provincial a ejercer las facultades que le competen, con la premura que amerita la situación planteada y respetando las normas de carácter constitucional. Ello recuerda la actitud de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso llamado “Badaro I” (4). En el ínterin la tutela jurisdiccional debe comenzar a surtir efecto, por ello se ordena la suspensión de los artículos señalados hasta tanto se sancione una reforma legislativa. En el presente caso se supera ampliamente la actitud asumida en el precedente nacional ya que no se limita a exhortar al poder que debe ejercer la función legislativa, sino que acciona la tutela sin más dentro de los límites que la ley admite.

Sin duda alguna, a nuestro juicio, el fallo en comentario demuestra la efectividad de los mecanismos republicanos de gobierno.

En el punto IX.7 del voto se destaca un fundamento sumamente importante, por lo cual transcribiremos textualmente lo expresado: “Es cierto que *los haberes correspondientes al régimen bajo examen distan de ser exiguos o de mera subsistencia*. Esto resulta (al menos, del cotejo de tales retribuciones con las reconocidas en otros sistemas) *como consecuencia, en lo esencial, de los niveles salariales del personal en actividad*. Mas también lo es que al implantarse una nueva modalidad regulatoria, disruptiva en materia de actualización de los haberes, desligarlos de la evolución de los sueldos de los activos (conf. art. 41, ley 15.008) y aplicársela a quienes accedieron a sus beneficios bajo otra normativa diferente, la primaria funcionalidad sustitutiva de la prestación de la seguridad social en el plano conceptual, en principio experimenta una severa distorsión. Y, en el cuantitativo, no sobreabunda recordar una vez más que en el cuatrienio inmedia-

to posterior a la entrada en vigor de la normativa controvertida, se ha producido una merma en los haberes jubilatorios, que, en la liquidación de los emolumentos del mes de diciembre de 2022, es del orden del 30% y acumulativamente supera el 40%. Y todo indica que esa diferencia ha de incrementarse, supuesta la continuidad de la consolidada línea de política salarial aplicable al personal de la entidad bancaria” (la bastardilla es nuestra).

Este fundamento (aparenta referirse exclusivamente al porcentual de la merma) es mucho más profundo ya que ratifica los principios generales de universalidad, no discriminación por clase o posición social y no regresividad que sirven de fundamento al Estado de Bienestar, recogidos e impuestos por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales incorporados a ella.

En estos tiempos de posmodernidad donde la seguridad social parece haberse reducido a “focalizar el gasto en el pobre”, por cuanto están de moda los postulados de los economistas de la Escuela de Chicago y las directivas de los organismos internacionales de crédito, la confirmación de los principios rectores que permiten el sostenimiento de las clases trabajadores, cualquiera fuere su posición económica no son un tema menor (5) y arrasan con los que declaman que la seguridad social es solo para atender pobres y menesterosos.

Aunque el fenómeno es global, en nuestro país las legislaciones han ido paulatinamente circunscribiendo la seguridad social (o los retazos que quedan de ella) a los que demuestren ante el poder administrador (y a criterio de este) su condición de “pobre” y de “familia pobre”. La propia ley nacional 24.241 posee un esquema de coberturas con topes de todo tipo y color que solo resulta —y no tanto— protectora de aquellos que lleguen a la edad denunciando salarios magros o categorías de servicios autónomos muy bajos. Las clases trabajadoras medias y altas,

para esta línea neoliberal de pensamiento, no merecen la tutela de la sustitución del salario en la vejez, la invalidez o la muerte, la compensación por las cargas de familia, un seguro de desempleo digno o el beneficio de una moratoria. Todo ello en flagrante violación de la normativa constitucional que nos rige (6).

Por ello, el fallo en análisis, resulta a nuestro juicio doblemente magistral. En primer lugar, por su apego al derecho constitucional y en segundo lugar (sin negar la incidencia económica y otorgando soluciones para ello) al poner la economía al servicio del hombre y no al hombre al servicio de la economía y las finanzas.

En este orden de ideas la medida aplica lo dispuesto en el inc. j) del art. 21 de la ley 13.364 suspendiendo la derogación que de dicha norma efectúa el art. 57 de la ley 15.008 (7).

Por último y para concluir, el voto trata sobre las reformas a la composición del Directorio de la Caja de Previsión del Banco Provincia que se efectuaron en la ley objeto de este fallo. Conforme lo alegado por los peticionantes las modificaciones alteran el equilibrio de la representación de las partes interesadas en dicha entidad administrativa, transformándola en un ente prácticamente estatal, cuando debe tratarse de un ente público no estatal.

No se ha hecho lugar a esta petición por innumerables razones. En primer lugar, porque el art. 1º de la ley establece, sobre la naturaleza jurídica de la Caja, que es una “entidad autárquica de derecho público con autonomía económica y financiera”. Dicha norma no ha sido objeto de impugnación.

En segundo lugar, el cambio en la composición del Directorio no suprime la representatividad de los jubilados, solo disminuye de dos miembros a uno. Ello, lo ha hecho el legislador acorde con la establecido en el art. 40 de la Constitución Provincial que es-

tablece: “Art. 40.- La Provincia ampara los regímenes de seguridad social emergentes de la relación de empleo público provincial. El sistema de seguridad social para los agentes públicos estará a cargo de entidades con autonomía económica y financiera administradas por la Provincia con participación en las mismas de representantes de los afiliados conforme lo establezca la ley...”

Ninguna duda cabe que la decisión judicial es la jurídicamente correcta. Ello por cuanto las disposiciones del art. 14 bis de la CN invocado por los actores, solo resultan aplicables a los regímenes de seguridad social de carácter nacional que difieren enormemente de los regímenes provinciales.

En los sistemas provinciales el único empleador es el Estado provincial (con un mínimo porcentaje de los empleadores de escuelas privadas que fueron transferidas de la Nación a las provincias en el año 1993). Por lo tanto, el grueso de sus recursos provienen del presupuesto provincial tanto para pagar salarios como para pagar aportes y contribuciones (ambos rubros salen de las arcas del empleador siendo el aporte personal solo una ficción contable). En cambio, en los regímenes nacionales la multiplicidad de empleadores (en el caso de los servicios autónomos de los múltiples trabajadores) los recursos salen de restarlos a las ganancias de empleadores o las ganancias de los autónomos. Se trata de una fuente de financiamiento privada no estatal. La manda constitucional de diseño organizacional de administración por los interesados con solo participación del Estado no se modifica porque también se usen impuestos específicos o partidas de rentas generales (ello es solo consecuencia de la interminable rebaja de cotizaciones que con diversos matices operan, como política de Estado, desde el año 1993).

Por ello la estructura administrativa y la representación en ella difiere de los sistemas nacionales, dado que en los sistemas provin-

de impacto financiero, con efecto suspensivo de la ejecutoria, con la finalidad de ponderar las consecuencias económicas del fallo y en su caso graduar, atenuar o diferir sus efectos, mediante un plan de cumplimiento, con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal. En ningún caso se afectará el núcleo esencial de derechos fundamentales. En todos los casos deberán tomarse en cuenta las diligencias útiles implementadas y las posibilidades materiales de cumplimiento, sea a los fines de conceder una prórroga, de justificar una demora y/o de eximir de responsabilidades.

(4) CS, “Badaro, Adolfo Valentín c. ANSeS s/ reajustes varios”, 26/11/2007, Nº Interno B.675.XLI. TR LALEY AR/JUR/7378/2007. Magistrados: Ricardo Luis Lorenzetti - Elena I. Highton de Nolasco - Carlos S. Fayt - Enrique Santiago Petracchi - Juan Carlos Maqueda - E. Raúl Zaffaroni.

(5) “En el caso de la Argentina, el país no solo se alinea con el Consenso de Washington durante los años noventa, sino que avanza con rapidez y en algunos aspectos fue más allá de lo recomendado... Críticos de adentro y de afuera comenzaron a advertir que el Consenso de Washington estaba beneficiando más a unos pocos, producía mayor inequidad hacia el interior del país y entre países y que había peligro de una gran volatilidad de los capitales externos que estaban enfocados mayoritariamente a la especulación y no a la producción (FRENKEL, 2000). A mediados de la década del noventa resulta evidente que el paquete de medidas económicas produce algunos efectos sociales “indeseables”. Aun así, de cualquier forma, se defienden una serie de medidas compensadoras adicionales, entre ellas, algunas en el campo social que no fueron más que algo así como una ambulancia que recoge a los muertos y a los heridos luego de la batalla (HAUSMAN, 1999). Entre las nuevas medidas que conforman el “Consenso aumentado”, cabe mencionar las siguientes: 1. Reforma de los sectores sociales; 2. Focalización de programas sociales en los más pobres; 3. Anticorrupción; 4. Flexibilización del mercado de trabajo”. MINUJIN, Alberto Anguita Eduardo, “La clase media se-

ducida y abandonada”, Ed. Edhasa, Buenos Aires, 2004, ps. 98 y 99). “La arquitectura neoliberal en la materia (nota del copista: se refiere a las políticas sociales) se organiza en torno a una nota distintiva prominente, estructurante y específica: *la focalización* El vocablo ha connotado una señalada difusión en América Latina durante los años 90. Básicamente alude a que las prestaciones sociales provistas por el Estado procedan a una selección y reducción de los destinatarios. Es decir, se prohija la atención de grupos circunscriptos de beneficiarios; a quienes se canalizarían los recursos. ¿Por qué? Es que la concentración de fondos en un volumen limitado y menor de receptores trae consigo una caída de los costos fiscales. Este es el objetivo y el provecho centrales. Así pues se trata de *acotar y aminorar el gasto público social*, un propósito modular y propio del neoliberalismo desde su lanzamiento... El corolario es explícito e inequívoco. Se pretende que la focalización desplace y releve a los esquemas universales de protección precedentes que, como tales, se dirigían al conjunto de la población. Ahora, en cambio, los servicios estatales habrían de concentrarse en los pobres y, sobre todo, en las franjas de pobreza extrema”. EZCURRA, Ana María, “¿Qué es el neoliberalismo? Evolución y límites de un modelo excluyente”, Ed. IDEAS, Instituto de Estudios y Acción Social, Buenos Aires, 1998, ps. 102 y 103).

(6) Constitución Nacional. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: Aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, en Bogotá, Colombia, 1948. Art. II. - Todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo *ni otra alguna*. Declaración Universal de Derechos Humanos: Adoptada y proclamada por la Resolución 217 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. Art. 2º - 1. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, *posición econó-*

mica, nacimiento o cualquier otra condición. Convención Americana sobre Derechos Humanos: Ley 23.054. Aprobación de la citada Convención, llamada Pacto de San José de Costa Rica. Sancionada: Marzo 1º de 1984. Art. 1. Obligación de Respetar los Derechos. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza; color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, *posición económica*, nacimiento o cualquier otra condición social. Convenciones. Ley 24.658. Apruébase el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —Protocolo de San Salvador—. Sancionada: Junio 19 de 1996. Promulgada de Hecho: Julio 15 de 1996. Art. 3. Obligación de no Discriminación. Los Estados Partes en el presente Protocolo se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, *posición económica*, nacimiento o cualquier otra condición social. Pactos internacionales. Ley 23.313. Apruébanse los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Civiles y Políticos y su Protocolo facultativo. Sancionada: Abril 17 de 1986. Promulgada: Mayo 06 de 1986. Art. 2.2. Los Estados Partes en el presente pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, *posición económica*, nacimiento o cualquier otra condición social. Art. 3. Los Estados Partes en el presente pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente pacto.

(7) Ley 13.364. Art. 21.- El Estado Provincial garanti-

za las prestaciones establecidas en el presente régimen legal, que se financiarán mediante fondos provenientes de: a) La contribución obligatoria del dieciséis [16] por ciento a cargo del Banco sobre las remuneraciones que integran el haber del empleado, conforme al art. 22.b) (*Ver ley 14.879, art. 36*) La suma que el Banco destine anualmente a la Caja de sus utilidades líquidas. El Directorio del Banco de la Provincia de Buenos Aires queda facultado para disponer de las mismas en tanto resulte necesario para cubrir eventuales desequilibrios financieros entre ingresos y egresos por pago de prestaciones. c) El aporte personal del catorce [14] por ciento, a cargo de los afiliados activos sobre las remuneraciones sujetas a aportes de acuerdo al art. 22.d) (*Texto según ley 13.873*) El aporte personal del diez [10] por ciento el que podrá ser elevado por el Directorio de la Caja hasta el doce [12] por ciento, a cargo de los jubilados y pensionados sobre sus haberes previsionales. Este aporte podrá ser reducido por el Directorio de la Caja hasta el dos [2] por ciento siempre que el resultado operativo financiero de la Caja sea superavitario. e) El importe del primer mes de sueldo asignado al personal a su ingreso al Banco el que podrá ser abonado en veinte [20] mensualidades equivalentes a la vigésima parte del haber de la categoría con la cual se ingresa, vigente a la fecha de cada pago. f) El importe de la diferencia resultante de cada aumento general, a cargo de activos y pasivos. g) El importe de la primera diferencia resultante en la remuneración, cuando el empleado pase a revistar en ascenso o se le reubique escalafonariamente. h) Los intereses, beneficios o dividendos procedentes de sus inversiones. i) Las contribuciones y donaciones que se hicieren a la Caja. j) Los recursos que anualmente se asignen en la respectiva Ley de presupuesto provincial, a los efectos de garantizar el cumplimiento de las finalidades de esta Ley, atendiendo el déficit de ingresos y egresos de acuerdo al cálculo de recursos de la Caja. k) Los activos que a la fecha de sanción de la presente, formen parte del Capital Social y Solidario de la Caja. Ley 15.008 art. 57.- Derógase la ley 13.364 y sus modificatorias.

ciales administra el Estado provincial (por ser recursos propios) con “participación” de los interesados.

Leyendo el art. 14 *bis* CN (8) podemos afirmar que el organismo creado en el dec. 2741/1991 no se ajusta al texto consti-

tucional ya que carece de Directorio y por tanto de representación alguna de los interesados. Pero este no es el caso que nos ocupa en este fallo, aquí por el carácter provincial del organismo, ni la naturaleza jurídica ni la representatividad pueden ser atacadas de inconstitucionalidad.

(8) Art. 14 *bis* de la CN: El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con par-

ticipación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna”. La participación de los interesados en la gestión del sistema de seguridad social constituye

VIII. Colofón

A pesar de que compartimos las expresiones de Monseñor Jaime de Nevares al renunciar a la Convención Constituyente de 1994 por no querer participar en “los funerales de la República”, el fallo comentado demuestra que siem-

una condición indispensable para su eficiencia, pero antes que ello hay que reconocer el derecho a hacerlo, que se sustenta en la libertad y dignidad de la persona. Para revalorizar al hombre, como miembro de la comunidad, en toda gestión de servicios que le afectan, deben primar los valores humanos. La participación responsable de los

pre hay una excepción a la regla general: la incorporación del art. 43 en la Reforma Constitucional de 1994 ha hecho posibles sentencias como la comentada en esta breve síntesis.

Cita online: TR LALEY AR/DOC/1274/2023

interesados en todos los niveles de gestión representa la alternativa válida para la “adecuada compenetración entre entidad gestora y beneficiarios con el adecuado control del estado”, PODETTI, Humberto, “Política Social”, Astrea, 1982, p. 198.

Actualidad

Actualidad en Derecho Civil



Rocío Porrúa

Abogada. Auxiliar 3º del Juzgado Civ. y Com. Nº 5 de Mar del Plata.

I. Cámaras de Apelación en lo Civil y Comercial

I.1. Derechos reales

I.1.a. Usucapión de inmueble. Prueba compuesta. Valor probatorio del boleto de compraventa. Valor probatorio del pago de impuesto, plano de mensura.

La Cámara Civil y Comercial de Necochea, el 27 de diciembre de 2022, en autos “Santa Cruz Estanislao c. Concordia Azul SA s/ prescripción adquisitiva decenal del dominio”, Expte. Nº 13.306 TR LALEY AR/JUR/190592/2022, confirmó la sentencia de grado que rechazó la demanda de usucapión.

Para así decidirlo, la Alzada recordó que en el proceso de adquisición de dominio por prescripción debe existir la conformación de la llamada “prueba compuesta”, es decir un mismo hecho corroborado por distintos medios probatorios y con también diversa fuente.

En esta línea de pensamiento, el Tribunal analizó la totalidad de la prueba producida, concluyendo que esta (documental acompañada más informe de dominio del inmueble) resultaba insuficiente para admitir la pretensión.

Respecto del boleto de compraventa acompañado —y que se tuvo por reconocido en función de la falta de contestación de la demanda y lo previsto en el art. 354 del CPCC—, sostuvo que no obstante los derechos personales que de él derivan y aun cuando tenga virtualidad jurídica para establecer la fecha desde la cual se había poseído, era insuficiente a fin de acreditar la existencia de actos posesorios. Entendió que la posesión debe probarse y luego, si media título, se presume que la relación de poder comienza desde la fecha del título y que tiene la extensión que en él se indica. En este contexto, entendió que el boleto de compraventa del inmueble era un mero indicio que necesitaba de la corroboración por otros medios probatorios de la relación posesoria.

En cuanto a los recibos de pagos de tasas e impuestos, la Alzada dijo que aunque tuvieran antigüedad no acreditaban la relación

en el inmueble. Citando doctrina y jurisprudencia, afirmó que el pago de impuestos no probaba la continuación en la posesión ni configuraba un acto posesorio, pues no importaba el ejercicio de un poder físico de hecho sobre la cosa objeto de la relación real.

A su vez, la Cámara entendió que el plano de mensura que había sido realizado en junio de 2009 era insuficiente para acreditar la posesión, ya que no se computaba el plazo mínimo legalmente exigido.

Con base en ello, decidió confirmar la sentencia que rechazó la acción de usucapión.

I.2. Cuestiones procesales

I.2.a. Juicio ejecutivo. Excepción de inhabilidad de título. Cheque con cláusula “no a la orden” que se transmite mediante cesión de derechos y acciones firmada por gerente de sociedad anónima. Recaudos para formalizar la transmisión del cheque con cláusula “no a la orden”. Carga de la prueba

La Cámara Civil y Comercial de Azul, con fecha 14 de febrero del 2023, en autos caratulados “Mallorca, Miguel Andrés c. Márquez, José Eduardo s/ cobro ejecutivo”, Expte. Nº 2-69440/2022, TR LALEY AR/JUR/57053/2023, revocó la resolución de primera instancia que desestimaba la ejecución de un cheque con cláusula a la orden que había sido cedido al actor.

En el caso se reclamaba la ejecución de un cheque de pago diferido librado por el demandado por la suma de \$ 83.500, a favor de una sociedad anónima y con cláusula “no a la orden”, que había sido rechazado por no existir fondos en la cuenta. El cheque había sido cedido por el gerente de la sociedad anónima, a favor del accionante, mediante un instrumento privado de cesión de derechos y acciones. Si bien el actor había adjuntado la cesión, el demandado opuso la excepción de inhabilidad de título por considerar que con ese documento no se abastecía el cumplimiento de las exigencias legales, por no estar acreditado que la persona que firmaba en representación de la sociedad anónima tuviese facultades suficientes para tal acto.

El juez de grado hizo lugar a la defensa incoada, argumentando que es el directorio quien tiene la representación de las sociedades anónimas y que al haber sido cedido el

cheque por el gerente, las facultades con las que este contaba para actuar en representación de la sociedad no habían sido acreditadas en autos.

A su turno, la Alzada encontró que el fallo de grado no se encontraba ajustado a derecho. Sostuvo que el cheque es un título ejecutivo que cuenta con autonomía y es suficiente por sí mismo para autorizar el procedimiento de ejecución, razón por la cual, por regla general, no debe ser completado con otros documentos. Destacó que si bien en algunos casos se permite que el título se integre, esto ocurre a los fines de dar cumplimiento con la Ley de Defensa del Consumidor (LDC), como cuando se trata de la ejecución del pagaré de consumo, temática ajena al supuesto analizado.

En este contexto, afirmó que la legitimación del actor estaba debidamente demostrada con el cheque con cláusula “no a la orden” y el instrumento de cesión de derechos y acciones firmado por el gerente de la sociedad beneficiaria del cheque, sin que correspondiere exigirle al ejecutante la agregación de otra documentación adicional. Indicó que los instrumentos que permitiesen acreditar las facultades del gerente para tal acto no suelen estar en poder del ejecutante porque no son necesarios para formalizar la transmisión del cheque a su favor, siendo documentación en poder de terceros que solo puede ser allegada al proceso por la vía del art. 387 del Código Procesal Civil y Comercial (CPCC).

La Cámara sostuvo que era el demandado quien debía, al oponer la defensa, ofrecer el libramiento del oficio a la sociedad anónima para que informara las facultades de su gerente, y en su caso, acompañara los instrumentos pertinentes. No habiendo el ejecutado cumplido con la carga de la prueba de los hechos en que fundó la excepción, no había probado sus asertos.

Por todo ello, revocó la sentencia de grado e hizo lugar a la demandada ejecutiva.

I.2.b. Honorarios. Pacto de cuota litis. Facultad del abogado de rescindir el convenio de honorarios. Interpretación de los arts. 7º y 8º dec.-ley 8904/1977. Abuso del derecho. Contrato aleatorio

La sala I de la Cámara Segunda Civil y Comercial de La Plata, con fecha 27 de diciem-

bre de 2022, en autos “Comité de Administración del Fideicomiso - Ley 12.726 c. Delia Roque, Luján Cosme s/ cobro sumario de pesos”, causa Nº 133167, TR LALEY AR/JUR/188571/2022, sostuvo —al igual que el juez de primera instancia— que el abogado no puede pretender —mediante la aplicación del art. 8º de la Ley de Honorarios— dejar sin efecto el pacto de cuota litis celebrado con su cliente y tener una regulación en el proceso, cuando ello perjudica a la contraria.

En el juicio se había dictado sentencia, imponiendo costas a la parte ejecutada, se habían regulado honorarios provisorios, pero no se encontraba satisfecho el crédito perseguido. El abogado del Fideicomiso, fundándose en el art. 8º de la Ley de Honorarios, pretendía ejecutar los estipendios que se habían fijado contra su cliente, a pesar de existir entre ellos un pacto de cuota litis. En este acuerdo, se disponía que el profesional se encontraba facultado a cobrar honorarios al deudor y al Fideicomiso, en la proporción indicada en el Anexo 1, utilizando como base de cálculo los fondos efectivamente ingresados por el recupero de deudas. Además, se convenía que el letrado solo cobraría sus emolumentos en el caso de resultado exitoso de la gestión de recupero, renunciando a cobrar al Fideicomiso por regulaciones que se realicen, aun cuando hubiere cesado su relación contractual con el Fideicomiso por cualquier causa.

La Alzada dijo que habiéndose efectuado el pacto de honorarios en el año 2010, la ley aplicable es el dec.-ley 8904/1977, normativa vigente al momento al momento de su celebración.

El órgano de segundo grado recordó que los arts. 7º y 8º de la Ley de Honorarios aluden al supuesto en que el abogado decide abandonar el proceso antes de que este finalice por el cumplimiento de la sentencia, pudiendo pedir regulación —que en principio será provisoria— por las tareas cumplidas, y perdiendo el derecho a cobrar los honorarios pactados con su cliente. De esta manera, destacó la Alzada, se faculta al abogado a rescindir el contrato por dos vías: una explícita (art. 7º) y otra implícita (art. 8º) en casos donde el convenio beneficia al letrado y no en supuestos —como en el *sub lite*— donde el pacto limitó las posibilidades de cobro de los emolumentos.

Para así decidirlo, la Cámara alegó que los arts. 6º, 7º y 8º de la Ley de Honorarios protegen al cliente del abandono del proceso por parte del profesional y el análisis de la resolución del pacto de honorarios deberá hacerse con tales pautas de interpretación. En ese contexto, señaló que es inadmisibles interpretar que los arts. 7º y 8º prevén la facultad del letrado para resolver el pacto a su solo arbitrio, pues la resolución del contrato no puede mejorar los derechos del letrado; no puede permitirse que una de las partes pudiese dejar el pacto sin efecto a su solo arbitrio, en perjuicio del cocontratante. La Cámara puntualizó que la decisión unilateral del letrado de pedir la percepción de los estipendios contra su cliente, no puede ubicar a la contraria en peor situación de la que tendría si se aplicare el convenio, pues eso importaría convalidar un abuso de derecho.

Recalcó que el art. 8º refiere a un pacto que beneficia al letrado cuando la tarea encomendada no se completó, fue parcial, pero no permite renunciar al convenio sobre honorarios sin realizar la tarea encomendada y pedir regulación, cuando esta última sería más favorable que la retribución que obtendría de mantenerse el convenio.

El órgano de segundo grado destacó que en un contrato aleatorio, ninguno de los contratantes puede tener la facultad de dejarlo sin efecto, dejando de lado el alea cuando se advierte adversa y “mejorar” su situación a costa de la contraria.

Analizando el pacto de cuota *litis* del caso bajo estudio, consideró que este configuraba un contrato aleatorio, en el que la relación existente entre los beneficios y sacrificios que las partes asumen no está determinada, pues depende de alguna circunstancia imprevisible o desconocida por ellas (el abogado era consciente de la naturaleza de los créditos

que aceptó ejecutar, los que tenían el riesgo de ser de poca probabilidad de cobro).

Con estos argumentos, confirmó la sentencia apelada.

I.2.c. Procedencia de la acción de desalojo. Posesión de los demandados como defensa de fondo al progreso de la acción. Posibilidad de debatir la posesión en el juicio de desalojo

La Sala I de la Cámara Civil y Comercial de Mercedes, con fecha 1 de febrero de 2023, en autos “Acuña, Marta Cristina c. Acuña, Ariel Sebastián y otro/a s/ desalojo (excepto por falta de pago)”, Expte. N° SI-119903, TR LALEY AR/JUR/57055/2023, revocó la sentencia e hizo lugar al desalojo argumentando que los demandados no habían acreditado *prima facie* el carácter de poseedores con ánimo de dueño que alegaban sobre el inmueble objeto de la litis.

En el caso, los accionados habían invocado la posesión como defensa de fondo.

Sin embargo, para la Cámara, los demandados no habían producido prueba idónea sobre su condición de poseedores con ánimo de dueños, pues: 1) la prueba documental consistía en su mayoría en instrumentos privados que habían sido desconocidos por la accionante al contestar el traslado respectivo, sin producirse el reconocimiento correspondiente; 2) no habían ofrecido pericial arquitectónica acerca de las construcciones o refacciones a la vivienda supuestamente realizadas; 3) las declaraciones de los testigos eran imprecisas; 4) las boletas de ARBA y municipales no probaban el carácter de poseedores con ánimo de dueños, ni tampoco lo hacía el plano de mensura, que era de apenas dos años antes de la deducción de la demanda.

Para así decidirlo, la Alzada sostuvo que cierta jurisprudencia existente, que entiende que la acreditación *prima facie* del carácter de poseedor es suficiente para repeler la acción de desalojo, debía interpretarse con criterio restrictivo, de acuerdo a los principios constitucionales de derecho de propiedad, de tutela efectiva y de razonabilidad.

En este contexto, recordó que el principio general es que el titular dominial de un inmueble goza de plena legitimación activa para desalojar a cualquier tenedor precario, intruso u ocupante sin derecho.

Indicó que la acción de desalojo ejercida por el titular dominial no persigue impedir la turbación ni el desapoderamiento ilegítimo de la posesión ejercida por otro, sino recuperar el pleno ejercicio del derecho de propiedad sobre el inmueble.

A su vez, recordó que el poseedor ejerce un poder de hecho sobre la cosa y se comporta como titular de un derecho real pero no lo es, pudiendo la posesión ser de buena o de mala fe según que conozca o deba conocer que carece de derecho sobre la cosa. Afirmó que en el caso traído su juzgamiento, la posesión de los demandados —en la hipótesis de que hubiere estado acreditada— sería de mala fe, ya que no habían desconocido de manera alguna la propiedad de la actora.

Expuso que la antigua jurisprudencia acerca de que en el juicio de desalojo no pueden discutirse derechos reales o posesorios encuentra su quicio cuando la discusión es “entre poseedores”, es decir, entre personas que invocan recíprocamente el carácter de poseedores, dado que, en tales casos, la cuestión debe resolverse sobre la base de las reglas que el Código prevé para las acciones posesorias (art. 2238 y ss. CCC; con el Có-

digo de Vélez: art. 2468 y ss.), al igual que el Código Procesal (art. 600 y ss.).

En cambio, destacó el órgano, no habría razón alguna para aplicar estrictamente la jurisprudencia mencionada cuando la litis fue trabada entre el titular dominial (indiscutido) y quien alega el carácter de poseedor. Fundó tal posición en que dicha jurisprudencia había sido edificada bajo el imperio del antiguo Código Procesal, en el cual se estructuraba un juicio de desalojo mediante un proceso de conocimiento muy breve y reducido, que expresamente preveía que la sentencia a dictarse no prejuzgaría sobre el dominio o preferente derecho posesorio que pudieren haber alegado los interesados o terceras personas. Indicó que en estos casos, lo que se buscaba era que el titular del bien, locador o comodante, pudiera recuperar rápidamente su disponibilidad y uso, y por eso, no se permitía discutir acerca de la posesión, ya que se entendía que requería amplitud de debate, imposible con los brevísimos plazos previstos.

La Cámara destacó que con el ordenamiento actual, el desalojo va por el trámite sumario, es decir, un juicio de conocimiento que permite discutir con amplitud la cuestión de fondo.

El órgano de segundo grado puntualizó que si el fin del desalojo es recuperar el libre uso de un inmueble por parte del propietario cuando se acciona contra intrusos o contra cualquier ocupante sin derecho, la medida que la ley implementa para ello (la acción de desalojo) tiene que ser idónea o adecuada para alcanzar esa finalidad, lo que se frustra si se entiende que la mera acreditación *prima facie* del carácter de poseedor lo impide.

Cita online: TR LALEY AR/DOC/1269/2023

Actualidad en Derecho Previsional



Rafael E. Toledo Ríos

Abogado (UBA). Se desempeñó como abogado en el ex Instituto Municipal de Previsión Social de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, desde 1975 hasta 1994, ejerciendo libremente su profesión al mismo tiempo. Abogado asesor en la Administración del Fondo Compensador del Banco Ciudad de Buenos Aires, desde 1998 hasta su jubilación en 2012. Autor de numerosos artículos de doctrina y trabajos de investigación en la materia de Seguridad Social.

I. Reajuste del haber previsional

I.1. Caja policial. Bonificación decs. 54/2011 y 934/2013. Aplicación art. 31 bis, 1º párr. de la ley 5827. Precedentes “Malacalza” y “Álvarez.” Imposición de costas. Cuestión de hecho. Falta de demostración de gravedad institucional. Costas

En los autos caratulados SCBA, “Jacod, Juan José y otros c. Fisco de la Provincia de Buenos Aires s/ pretensión restablecim. o reconocim. de derechos - Recurso extraordinario de inapl. de ley” (A. 75.651), 03/06/2022, TR LALEY AR/JUR/188533/2022, la Suprema Corte rechazó el Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de Ley (RIL) interpuesto por la parte demandada respecto del fallo dictado por la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de La Plata, que condenó a la Caja Policial a reajustar el haber previsional de los actores mediante la incorporación de la bonificación que norman los decs. 54/2011 y 934/2013.

Los jueces Dra. Kogan y Dr. Torres refieren antecedentes del caso:

- El Juzgado de 1ª Inst. en lo Contencioso Administrativo N° 1 de La Plata dicta senten-

cia disponiendo reajustar las prestaciones previsionales de los actores —beneficiarios de la Caja policial bonaerense—, incluyendo la bonificación que contemplan los decs. 54/2011 y 934/2013;

- La Cámara de Apelaciones interviniente confirma el pronunciamiento de la instancia de grado, imponiendo las costas a la demandada vencida;

- La parte demandada interpone RIL.

Los Sres. Jueces fundamentan el voto propugnando el rechazo del RIL.

“El art. 31 bis, primer párrafo, de la ley 5827 —texto según ley 13.812— faculta a este Tribunal a proceder al rechazo de los recursos extraordinarios con la sola invocación de esa norma, cuando en ellos se plantean agravios desestimados en casos análogos, potestad que puede ejercerse en cualquier estado de su tramitación”.

“La cuestión sometida a decisión a través del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley o doctrina legal deducido en autos ha sido resuelta por este Tribunal en casos sustancialmente análogos, fijando doctrina legal en la materia (doctr. causas A. 74.496, ‘Malacalza’, sent. de 16/12/2020 y A. 75.067,

‘Álvarez’, sent. de 30/08/2021), circunstancia que resulta suficiente, de acuerdo a lo establecido en la disposición referenciada en el párrafo anterior, para proceder a su rechazo (art. 31 bis, cit.)”.

“Igual suerte corre el agravio formulado por la recurrente, con carácter subsidiario, acerca de la imposición de costas efectuada por el Tribunal de Alzada. Al respecto, ha sostenido con reiteración esta Corte que es facultad exclusiva de los tribunales de grado analizar la situación de cada parte y cargar en consecuencia a una u otra las costas del juicio, valorando al mismo tiempo si se dan los supuestos como para hacer uso de las posibilidades de eximición total o parcial previstas por el ordenamiento procesal (doctr. causas Q. 70.401, “Fisco c. Cintolo Hnos”, sent. de 10/09/2014; ...).”

“La imposición y distribución de las costas es una típica cuestión de hecho, propia de las instancias de mérito y, como tal, irrevisable en sede extraordinaria, salvo el supuesto de absurdo, vicio que se configura si se invoca —y demuestra— que se haya alterado burdamente el carácter de vencido o exista inequidad manifiesta en el criterio de distribución (doctr. causas ... y A. 76.393, ‘Sales’, resol. de 19/08/2020, e.o.). Los indicados extremos no se verifican en la especie, don-

de la recurrente solo exterioriza una mera disconformidad en orden al criterio seguido por el *a quo*, sin siquiera invocar el aludido vicio (art. 279, CPCC)”.

“En relación a la denuncia de ‘gravedad institucional’ cabe adunar que, en el ámbito del recurso federal y también en el de los recursos extraordinarios locales, se ha juzgado, mediante un criterio que es enteramente aplicable en este supuesto, que no corresponde hacer lugar a semejantes alegaciones si tal planteo no es objeto de un serio y concreto razonamiento que demuestre de manera indudable su concurrencia (doctr. causas A. 74.437, ‘Abe’, resol. de 23/11/2016; ...CS, Fallos 303:221), circunstancia que no se constata en el caso”.

“Independientemente del criterio con el que en circunstancias diferentes habría de ponderar el caso sometido a juzgamiento (conf. mis votos en causas B. 60.279, ‘Terzaghi’, sent. de 18/03/2009; B. 61.217, ‘Insinger’ y B. 60.715, ‘Nocetti’, sents. de 11/08/2010), lo cierto es que en autos se encuentra justificada la aplicación del art. 31 bis de la ley 5827 (texto según ley 13.812), por tratarse de un asunto sobre el cual se ha consolidado una doctrina legal en los precedentes citados *supra* (pto. III.2) y la Cámara de Apelaciones ha adoptado una postura acorde con ella.

Siendo así, razones de economía y celeridad procesal, sumado a la insuficiencia recursiva en lo tocante a las costas, me llevan a adherir al voto que antecede”.

I.2. Caja del Banco de la Provincia de Bs. As. Excusación del Sr. Ministro Luis Esteban Genoud. Inconstitucionalidad de los arts. 21, 22, 25, 55, 56, 57 y 67 de la ley 11.761. Precedentes análogos “Conter”, “Lluna”, “Rodríguez Facio”. Rechazo de recurso extraordinario. Art. 31 bis de la ley 5827. Costas a la vencida

En la causa SCBA, “Navarro, Alberto Manuel c. Provincia de Buenos Aires s/ pretensión de restablecimiento o reconocimiento de derechos. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley” (A. 77.185), 21/09/2022, TR LALEY AR/JUR/188534/2022, la Suprema Corte admitió la recusación del Sr. Juez Dr. Genoud, y rechazó el RIL interpuesto por la parte demandada respecto del fallo de la Cámara Contencioso Administrativa de La Plata que dispuso el reajuste del beneficio del actor, declarando la invalidez constitucional de diversos artículos de la ley 11.761.

La Dra. Hilda Kogan reseña algunos antecedentes:

- La Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de La Plata confirmó el pronunciamiento de 1ª Instancia que dispuso reajustar el haber previsional del actor, declarando la inconstitucionalidad de los arts. 22, 2º párr., 25, 55, 56, 2º párr., 57, 67 de la ley 11.761 y su inaplicabilidad en el caso, y desestimó el planteo respecto del art. 21 inc. “e”;

- La sentencia de la Alzada argumenta que la sustitución del régimen vigente al cese del actor —ley 5678— por la ley 11.761 vulneró su derecho de propiedad, conforme doctrina de la SCBA sentada en los casos “Martín” y “Velurtas”;

- La Caja demandada interpone RIL;

- El recurso se fundamenta en que no existe un derecho adquirido a determinar el monto del haber conforme la ley vigente al cese; que la movilidad de las leyes 11.761 y 13.364 no supera la diferencia del 33% en comparación con el régimen anterior; y que la sentencia de Cámara incurre en gravedad institucional.

La Sra. Jueza expone las razones por las que aconseja denegar el RIL de la accionada.

“Preliminarmente, cabe destacar que el señor Juez doctor Genoud, el 22 de septiembre de 2021, con fundamento en lo dispuesto en el art. 17, inc. 7 del Cód. Proc. Civ. y Com., se excusó de intervenir en razón de encontrarse cuestionada la constitucionalidad de la ley 11.761, en cuya sanción tuvo participación en su condición de legislador provincial. En virtud de ello, corresponde que su excusación sea aceptada (conf. arts. 19 y 30, CPCC)”.

“El art. 31 bis de la ley 5827 faculta a esta Corte a proceder al rechazo de los recursos extraordinarios cuando se hubieran desestimado en casos sustancialmente análogos, potestad que puede ejercer en cualquier estado de su tramitación”.

“Los agravios esgrimidos en el deducido en autos, resultan sustancialmente análogos a los ya resueltos y desestimados por este Tribunal en las causas A. 71.591, ‘Conter’; A. 71.626, ‘Lluna’, ambas sentencias de 06/11/2013 y A. 72.244, ‘Rodríguez Facio’, sentencia de 04/03/2015, entre otras”.

“Costas a la recurrente vencida (arts. 60, inc. 1, ley 12.008 —texto según ley 13.101— y 289 *in fine*, CPCC)”.

“Sin perjuicio de la opinión que sobre el tema en debate expresé al votar en las causas I. 1904, ‘Martín’, sentencia de 08/03/2006 e I. 2024, ‘Velurtas’, sentencia de 10/06/2009, siendo doctrina legal la posición mayoritaria del Tribunal y que el recurso articulado no aporta nuevos elementos de análisis, adhiero a la propuesta de la doctora Kogan (art. 31 bis, ley 5827)”.

II. Prestaciones de la Seguridad Social

II.1. Indemnización del art. 212, 4º párr., de la LCT. Incapacidad absoluta. Procedencia de topes máximos. Doctrina legal de SCBA aplicable a préstamos de la ley 24.557. Diferencia con el planteo de autos. Intereses. Aplicación del caso “Trofe”. Costas por su orden

En los autos SCBA, “Andrade, Ricardo Esteban c. Centrales de la Costa Atlántica. Incapacidad absoluta (art. 212, LCT)” (L. 124.365), 03/10/2022, TR LALEY AR/JUR/141739/2022, la Suprema Corte hizo lugar parcialmente al RIL deducido por la parte demandada, disponiendo el dictado de un nuevo pronunciamiento excluyendo del cálculo indemnizatorio los conceptos “guardias” y sueldo anual complementario sobre “B. A. E.”, y aplicando los topes que prevé el art. 245 de la LCT.

La Dra. Kogan reseña antecedentes de las actuaciones:

- El Tribunal de Trabajo Nº 2 de Mar del Plata condenó a la empresa demandada a abonar al actor las diferencias indemnizatorias, derivadas de la indemnización por incapacidad absoluta que prevé el art. 212 de la LCT, anteriormente percibida;

- La sentencia se basa en estos fundamentos: si bien el art. 212 de la LCT remite al cálculo del art. 245, no corresponde en este caso aplicar tope alguno por tratarse de una “prestación de la seguridad social” diferente a la indemnización por despido; se deberá tener en cuenta la mejor remuneración “percibida” para efectuar los cálculos; los intereses se deben liquidar conforme la tasa pasiva CAT del Banco Prov. Bs. As. en operaciones a plazo fijo a 30 días, para luego acumularse al capital por aplicación del art. 770, inc. b) del Cód. Civ. y Com.

- La demandada interpone RIL.

En la sentencia se efectúa consideraciones orientadas a la admisión parcial del recurso, respecto al agravio sobre la inclusión de ciertos rubros en el cálculo indemnizatorio.

“Merece favorable recepción el embate según el cual se pone de relieve que el juzgador omitió detraer de la base de cálculo de la mejor remuneración del actor —a fin de determinar la indemnización establecida en el art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo— los rubros guardias (\$3.872,88) y sueldo anual complementario sobre la bonificación anual por eficiencia —BAE— (\$12.960,74)”.

“La tarea de fijar la mejor remuneración mensual, normal y habitual constituye una típica cuestión de índole fáctica, por lo que su revisión se encuentra subordinada a la cabal invocación y demostración de absurdo en la estimación de dicha pauta salarial (causas ... y L. 117.225, ‘Ruiz’, sent. de 22/04/2015)”.

“Este último vicio ha sido cabalmente evidenciado por el quejoso cuando apunta que el sentenciante sumó todos los conceptos ‘positivos’ liquidados como ‘haber’ en el recibo de fs. ... —arribando a un total de \$49.991,42 (v. vered., fs. ...)— sin reparar en que dos de ellos —‘guardias’ y ‘S.A.C. B.A.E.’— figuran en ese mismo documento

como íntegramente descontados por el empleador”.

“Tales rubros no fueron efectivamente percibidos por el trabajador y que, por ende, al incluírselos en la base de cálculo se ha incurrido en el error grave, grosero y fundamental que caracteriza al vicio de absurdo, concretado en una conclusión incoherente y contradictoria en el orden lógico formal o incompatible con las constancias objetivas que resultan de la causa (causas ... y L. 119.966, ‘Diehl’, sent. de 03/05/2018; e.o.)”.

“Asiste la razón al recurrente en cuanto afirma que el juzgador aplicó erróneamente la doctrina legal de esta Suprema Corte cuando resolvió que para calcular la indemnización por incapacidad absoluta normada en el art. 212, cuarto párrafo, de la Ley de Contrato de Trabajo (que remite para su cuantificación al art. 245 de dicho cuerpo normativo) no correspondía aplicar tope alguno a la base de cálculo conformada por la mejor remuneración mensual, normal y habitual. En efecto, tal conclusión —entre otras consideraciones— se fundó en lo dicho en los precedentes de esta Corte individualizados como L. 117.079, ‘Cuevas’ (sent. de 15/02/2017) y L. 117.464, ‘Ruggeri’ (sent. de 20/12/2017), en los cuales, como acertadamente expone el quejoso, se hallaba en discusión la validez constitucional del tope máximo en el monto de las prestaciones previstas en la Ley de Riesgos del Trabajo (art. 14, apart. 2, ley 24.557 —texto según dec.-ley 1278/2000—). Ello denota que lo allí decidido refiere a una situación ostensiblemente diferente a la verificada en autos, en los cuales el reclamo actoral está dirigido a que se reconozcan las diferencias derivadas del pago en menos de la indemnización prevista en el art. 212, cuarto párrafo, de la Ley de Contrato de Trabajo. III.4.b”.

“Sin perjuicio de las consideraciones que pudieran formularse en torno a la naturaleza jurídica de la indemnización que consagra el cuarto párrafo del citado art. 212, lo cierto es que este último prevé —expresamente— uno de los modos de extinción del contrato de trabajo —por imposibilidad de su subsistencia en razón de la incapacidad absoluta y permanente del trabajador— imponiendo al empleador la obligación de abonar al trabajador ‘...una indemnización de monto igual a la expresada en el art. 245.’ (artículo cit.), de lo cual se sigue que las pautas para liquidar una y otra son equivalentes”.

“Considero que debe disponerse la revocación de la decisión de grado en cuanto ordenó calcular la eventual diferencia indemnizatoria fundada en el art. 212, cuarto párrafo, de la Ley de Contrato de Trabajo sin aplicar tope alguno”.

“El reproche constitucional que ensaya el apelante respecto del art. 770 inc. “b” del Cód. Civ. y Com. debe ser desestimado atento su marcada insuficiencia. El compareciente sólo se limita a formular consideraciones genéricas tales como la hipotética inobservancia de diversos derechos constitucionales (v.gr.: propiedad, defensa en juicio), sin aportar fundamentos aptos para acreditar sus alegaciones”.

“Tampoco merece acogida en agravio subsidiario por conducto del cual aduce que, solapadamente se estaría aplicando la tasa de interés que recepta el art. 44 de la ley 11.653 (debió decir: art. 48), desde que la decisión adoptada en el presente caso por el tribunal de grado encuentra respaldo en la doctrina elaborada por este Tribunal a partir de los precedentes L. 118.587, ‘Trofe’ y C. 119.176, ‘Cabrera’ (sents. de 15/06/2016) y, en particular, por los fundamentos que expuse en ocasión de emitir mi voto, a los que remito y doy por reproducidos por razones de brevedad”.

“Costas por su orden, en atención al progreso parcial de la impugnación (arts. 68, 2º párr. y 289, CPCC)”.

“Considerando lo resuelto por esta Corte en las causas L. 118.587, ‘Trofe’ y C. 119.176, ‘Cabrera’ (sents. de 15/06/2016), también comparto que no merece favorable recepción el agravio formulado subsidiariamente en el que se afirma que con la solución cuestionada, ‘solapadamente’ se estaría aplicando la tasa de interés que recepta el art. 44 de la ley 11.653. Es que, dejando de lado que la norma citada por el recurrente no se ocupa de la temática (lo hace su art. 48), ello en modo alguno surge de lo decidido en la sentencia de grado, que en lo que respecta a la mentada tasa de los intereses moratorios, se ajusta a las directrices de este Tribunal”.

III. Competencia

III.1 Precedente “Marchetti” (1). Reclamo con fundamento en normas del derecho civil. Vigencia temporal de la ley 27.348. Trámite obligatorio previo ante las Comisiones Médicas. Art. 15 de la ley 27.348 (sustitutivo del 4º párr., art. 4, ley 26.773). Doctrina legal de la SCBA

En la causa SCBA, “Torena, Claudio Francisco c. Federación Patronal Seguros ART SA s/ daños y perjuicios” (L. 126.298), 21/10/2022, TR LALEY AR/JUR/188535/2022, la Suprema Corte rechazó el RIL deducido por la parte actora, contra la sentencia del Tribunal de Trabajo Nº 1 de Dolores que dispuso declarar su incompetencia para conocer en las actuaciones en que se reclama una indemnización por daños y perjuicios con fundamento en normas del derecho civil, y subsidiariamente el reclamo sistémico de la ley 24.557, todo ello a raíz del accidente de trabajo que dice haber sufrido el accionante en fecha 09/03/2017.

La Dra. Kogan refiere antecedentes del caso:

- Con motivo del accidente de trabajo que manifiesta haber padecido el 09/03/2017, el actor inicia demanda reclamando indemnización por daños y perjuicios basada en normas del derecho civil (arts. 1749, 1757 y ccds. del Cód. Civ. y Com.), y subsidiariamente deja planteado el reclamo sistémico de la ley 24.557.

- El Tribunal de Trabajo Nº 1 de Dolores se declaró incompetente; invoca lo dispuesto por art. 1 de la ley 27.348, doctrina del precedente “Marchetti”, y considera que el actor no transitó la vía administrativa ni silencio de la administración.

- El actor interpone RIL alegando que la ley 27.348 impone el tránsito administrativo previo y obligatorio si se reclaman solamente prestaciones de la ley 24.557, y que dicha ley no sería aplicable porque a la fecha del siniestro —09/03/2017— la Provincia de Bs. As., aún no había adherido a esa normativa nacional.

La Sra. Jueza expone las razones que por las que resulta aplicable el precedente “Marchetti”.

“Merece desestimarse la crítica afincada en que el caso de autos escapa al ámbito temporal de vigencia de la ley 27.348. En efecto, el planteo encuentra respuesta adversa en la doctrina sentada en la causa L. 121.895, ‘Orellana’ (sent. de 17/06/2020) en la cual se precisó que las nuevas reglas de orden procesal establecidas por la ley 14.997 —de adhesión a la ley nacional de referencia— resultan aplicables a toda acción judicial que se promueva en el ámbito de los tribunales de trabajo provinciales a partir del octavo día de su publicación (art. 5º, Cód. Civ. y Com.), esto es, desde el día 17 de enero de 2018. Así las cosas, y dado que en autos la demanda se interpuso en marzo de 2020, el reproche no es de recibo”.

(1) Ver en la sección Actualidades de RDLSS Nº 15, agosto/2020.

“Tampoco resulta atendible el embate dirigido a cuestionar la definición sustentada en que la parte actora debió efectuar el trámite previo y obligatorio ante las comisiones médicas por aplicación de lo previsto en el art. 4º de la ley 26.773, modificado por la ley 27.348 —a la que prestó adhesión la Provincia de Buenos Aires a través de la ley 14.997—”.

“El art. 15 de la ley 27.348 —complementaria de la Ley de Riesgos del Trabajo— sustituyó el cuarto párrafo del art. 4º de la ley 26.773, cuya redacción actual, que fuera actuada por el tribunal de grado, determina que: ‘Las acciones judiciales con fundamento en otros sistemas de responsabilidad sólo podrán iniciarse una vez recibida la notificación fehaciente prevista en este artículo y agotada la vía administrativa mediante la resolución de la respectiva comisión médica jurisdiccional o cuando se hubiere vencido el plazo legalmente establecido para su dictado’, incorporando como nuevo recaudo la exigencia del agotamiento de la instancia ante la comisión médica”.

“Ceñido a la interpretación de ese esquema normativo, el sentenciante declaró su incompetencia porque entendió, justamente, que al no haberse transitado la vía administrativa previa —ni configurado el silencio de la administración— carecía de aptitud para conocer en el presente reclamo”.

“La obligación de cumplir con el tránsito previo de carácter obligatorio ante las comisiones médicas, en el marco de la doctrina legal emergente de la antes mencionada causa L. 121.939 [‘Marchetti’], resulta ineludible en el caso bajo examen”.

“En la especie es de aplicación la doctrina legal forjada en el citado precedente —así como en las causas L. 124.309, “Delgadillo” y L. 123.792, “Szakacs” (sents. de 02/06/2020)— y, a su vez, para descartar los pasajes del recurso en los que, de una manera algo confusa, se denuncia que el tribunal de grado “incurrió en incongruencia” al declararse incompetente a pesar de que la acción se sustentaba en normas de derecho común”.

IV. Defensor del Pueblo

IV.1 Medida cautelar en el marco de la acción originaria de inconstitucionalidad (art. 161, Const. provincial). Ordenanza 16.993/20 del Concejo Deliberante de la ciudad de Tandil. Arts. 86 de la CN y 55 de la Const. Prov. Bs. As. Protección de los habitantes de Tandil. Principio de progresividad y no regresividad. Arts. 26 CADH y 2.1 PIDESC. Intereses colectivos. Independencia del Ombudsman. Interés suficiente para litigar

En la causa caratulada SCBA, “Defensoría del Pueblo de la ciudad de Tandil c. Municipalidad de Tandil s/ inconstitucionalidad Ordenanza 16.993/2020” (I. 76.842) (2), 13/09/2022, TR LALEY AR/JUR/188536/2022, la Suprema Corte rechazó las defensas de falta de legitimación activa y pasiva esgrimidas por la demandada, y no hizo lugar a la medida cautelar solicitada por la parte actora, en procura de que se suspendan hasta que recaiga sentencia definitiva, los efectos de la Ordenanza 16.993/20 y del dec. 3750/2020, normas que considera lesivas de la independencia y autonomía funcional del Defensor del Pueblo.

En la resolución se mencionan los antecedentes del proceso:

- La Defensora del Pueblo de la ciudad de Tandil promueve acción originaria de

inconstitucionalidad (cfr. art. 161, inc. 1, Const. prov.), a fin de declarar la inconstitucionalidad de la Ordenanza 16.993/20 del Concejo Deliberante de esa ciudad y del dec. 3750/2020 dictado por el Presidente de dicho cuerpo legislativo;

- La funcionaria actora alega que tales normas vulneran la independencia y autonomía que los arts. 86 de la CN y 55 de la Carta Magna local garantizan a la figura del *Ombudsman*, y que restringen las atribuciones legales y funcionales de la Defensoría contrariando los principios de progresividad y no regresividad (arts. 26 CADH y 2.1 PIDESC);

- Especifica que la Ordenanza impugnada suprime el vocablo “independiente” que establece la Ord. 15.971/17 que creó la figura del Defensor del Pueblo a nivel municipal; que incorpora la expresión “no se encuentran alcanzados los meros intereses simples,” con lo cual se afecta la protección de los derechos de los habitantes del Partido de Tandil; que contiene normas que alteran la autonomía financiera del organismo; que el art. 22 del dec. 3750/2020 restringe arbitrariamente la forma republicana y democrática de gobierno, al prohibir que el Defensor del Pueblo ejerza cargos públicos dentro de los cinco años posteriores a la finalización de su mandato;

- La actora simultáneamente solicita el dictado de una medida cautelar que suspenda los efectos de la Ordenanza 16.993/20 y del dec. 3750/2020, hasta el dictado de la sentencia definitiva.

La resolución suscripta en forma conjunta por los Dres. Genoud, Kogan, Soria, Torres, expone los argumentos contrarios tanto a las excepciones de falta de legitimación —activa y pasiva— opuestas por la parte demandada, como a la medida cautelar cuyo dictado pretende la entidad actora.

“Dejando de lado aquellos casos previstos de manera expresa en el ordenamiento en los que, por la índole del asunto o la materia en discusión, a fin de brindar efectiva tutela judicial a pretensiones entabladas para remediar una afectación de intereses o derechos colectivos o de incidencia colectiva, se admite la legitimación de cualquier afectado o bien —por un grupo o clase de personas— de sujetos, estatales o no, especialmente habilitados para promover esa clase de protección pluriindividual (conf. arts. 43, CN; 20 inc. 2 y ccds., Const. prov.; doct. causas ... “Picorelli”, resol. de 23/12/2014; e.o.), en los demás es necesario invocar la presencia en modo objetivo de aquel gravamen (al que se ha hecho mención *supra*, pto. VI.1.); desde que no cabe en principio a los tribunales dar curso a acciones solo ejercidas en resguardo de la legalidad, desvinculadas de algún tipo de lesión actual o inminente al círculo de intereses de quien reclama (arg. arts. 1, 15, 161 inc. 1, 171 y ccds., Const. Prov.). Se trata, en definitiva, de determinar las condiciones para la existencia de un conflicto a dirimir, causa o controversia; extremo inherente al ejercicio válido de la función judicial”.

“Es posible concluir que la aquí demandante, en su carácter de Defensora del Pueblo de la Municipalidad de Tandil, exhibe un interés suficiente que conduce a reconocerle capacidad procesal para entablar la presente controversia. En este sentido, la aptitud legitimante en el proceso constitucional que supone una cierta pertenencia o titularidad del derecho o interés que se invoca, aparece cristalizada en el caso”.

ción defensora y protectora de los derechos individuales y colectivos de los habitantes frente a la administración pública y estatal, p. ej. los afiliados y beneficiarios de en-

“Si bien es cierto que las atribuciones legalmente conferidas al Defensor del Pueblo lo son para tutelar los derechos de los habitantes de la comuna, no puede soslayarse que de las características del conflicto traído a conocimiento del Tribunal, el tenor de los preceptos que se impugnan, así como el tipo de agravio invocado, permiten vislumbrar la existencia de un nexo o vinculación jurídica entre la función pública aducida al demandar y el interés alegado que se procura satisfacer, lo que acredita la calidad de legitimada como parte interesada de quien promueve la pretensión”.

“La actora sostiene que los preceptos en pugna coartan y restringen el objeto y las atribuciones del organismo que representa, las cuales tienden a cumplir la misión que le fuera encomendada, por lo que alega ser la primera afectada por las reformas introducidas. Asimismo, argumenta que al reclamar por el resguardo de la institución a su cargo, protege indirectamente los derechos y garantías de los habitantes del Partido de Tandil”.

“En relación con la verosimilitud del derecho, la actora se limita a sostener que esta queda a primera vista acreditada debido a la ‘manifiesta inconstitucionalidad’ de los fragmentos de los preceptos impugnados, ‘ante lo cual podemos presumir —claramente— la existencia de normas constitucionales conculcadas’ (v. punto VIII.1. del escrito postulatorio de fecha 31/12/2020). Sin embargo, semejante afirmación no acredita por sí misma la concurrencia de este presupuesto y, desde ese punto de vista, la afectación constitucional denunciada por la actora carece *prima facie* de la contundencia necesaria para resultar verosímil”.

“Debe ponerse de relieve que la actora parte de la base de que en el caso es inequívoca la demostración de la verosimilitud del derecho —que no es tal, conforme lo expuesto en los considerandos precedentes— y, así, meramente afirma que la ejecución de los actos cuestionados ‘haría que innumerables reclamos y denuncias que son canalizadas mediante este Organismo no puedan cursarse o llevarse a cabo, repercutiendo y afectando el goce y ejercicio de los derechos de los ciudadanos de Tandil’ (v. punto VII.2. del escrito inicial de fecha 31/12/2020). A esto, añade genéricamente que ‘el peligro en la demora’ causaría un daño irreparable, máxime en razón de encontrarse comprometidos diversos derechos cuyo amparo requiere el ciudadano frente a actos, hechos u omisiones de la Administración Pública municipal y prestatarios de servicios públicos en el Partido de Tandil”.

“No se aportan elementos que permitan al Tribunal evaluar —en su conjunto y en esta instancia— la real dimensión del peligro en la demora invocada o la evidente repercusión de las modificaciones introducidas por los preceptos en crisis en la autonomía funcional y política alegada (doctr. causas ... I. 75.418, “Centro de Ingenieros, Arquitectos y Agrimensores de Mar del Plata”, resol. de 05/09/2018 e I. 75.353, “González de Souza”, resol. de 07/03/2019, e.o.)”.

V. Discriminación

V.1. Perito médico, psicóloga e ingeniero dependientes de la Suprema Corte. Bonificación salarial del art. 41 de la ley 10.475. Bloqueo parcial de título para ejercer la profesión. Aportes al Instituto de Previsión Social. Diferencia con la inhabilitación legal de abogados, escribanos o procuradores. Doctrina legal de la SCBA. Caso de los contadores. Res. 835/1989. Principio de igualdad o de no

tidades previsionales y de la Seguridad Social.

(3) Ver en la Sección Actualidades de RDLSS, N° 1 año 2023.

discriminación. Inexistencia de “inhabilitación legal parcial” de las profesiones de los coactores

En las actuaciones caratuladas SCBA, “Besson, Susana I. y otros c. Provincia de Buenos Aires (Pod. Jud.). Demanda contencioso-administrativa” (B. 66.276), 10/08/2021, TR LALEY AR/JUR/219838/2021, la Suprema Corte de Bs. As. rechazó la demanda de los actores —peritos pertenecientes al Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires— en reclamo de la bonificación por bloqueo parcial de título que contempla el art. 41 de la ley 10.475 (3).

La sentencia reseña antecedentes del caso:

- Los actores —peritos médico, psicóloga e ingeniero dependientes de la Delegación Pergamino de la SCBA— presentan reclamos administrativos solicitando el pago de la bonificación por bloqueo parcial de título que prevé el art. 41 de la ley 10.475;

- El reclamo es denegado mediante res. 909 del 16/04/2003, con fundamento en que la bonificación solo alcanza a magistrados, funcionarios y empleados con título de abogado, escribano o procurador;

- Los actores promueven demanda, pretendiendo la anulación de las res. administrativas 909/2003 y 1233/2003 de la SCBA, y peticionando que se condene a la Provincia al pago de dicha bonificación equivalente al 25% del sueldo más gastos de representación, todo ello retroactivamente por el plazo no prescripto, y con los respectivos aportes al Instituto de Previsión Social.

El Dr. Torres expone la argumentación contraria al progreso del recurso deducido por los actores.

“La cuestión sometida a decisión es sustancialmente análoga a la que ya fuera materia de tratamiento por esta Suprema Corte en reiterados pronunciamientos (ref. causas ... y A. 72.766, ‘Eguiguren, Daniel’, sent. de 13/05/2020) cuyos fundamentos guiarán —en lo pertinente— la solución del presente”.

“Si bien es cierto que se solicitó al Poder Ejecutivo la sanción de una norma que reglamente el art. 41 en cuanto al porcentaje a abonar por bloqueo parcial, y que ello tramitó por expedientes administrativos 3001-1041/98 y sus alcances 3001-1610/01 y 3001-866/98, en el que se dictó un proyecto que nunca llegó a ser sancionado; ello en nada contraría el espíritu de la Acordada 2172 que reconoce el beneficio del veinticinco por ciento (25%) del sueldo básico más la bonificación por antigüedad solamente a quienes tienen completamente bloqueado su título por inhabilidad legal”.

“Con fecha 1 de abril de 2009, la Suprema Corte de Justicia dictó la Acordada 3427, que, pese a derogar expresamente la Acordada 2172, mantiene y amplía sus directivas y si bien no resulta aplicable a los peticionantes de autos, contiene ‘..lineamientos útiles como parámetros de valoración que no pueden ser desconocidos en el *sub examine*’ (arg. art. 163, inc. 6, CPCC; cfr. doct. causa B. 51.847, ‘Pomponio’, sent. de 17/03/2010)”.

“Tanto en los considerandos como en la parte resolutive de esta norma, se ha mantenido el criterio marco adoptado por este Tribunal al ratificar el beneficio del veinticinco por ciento (25%) para los abogados, procuradores y escribanos, porque las correspondientes inhabilitaciones absolutas se desprenden de la ley 5177 y del dec. ley 9020/1978. A partir de la sanción de la ley 10.620, que regula la actividad de los contadores que expresamente prevé el pago de la bonificación por bloqueo, se reconoce a estos el 12,5% del beneficio debido a que

(2) Se incluye este caso porque entran en juego normas y principios de jerarquía constitucional y convencional relativos a la figura del Defensor del Pueblo, institui-

las limitaciones se refieren a determinadas incumbencias profesionales pero no a la totalidad. Finalmente, se mantiene el criterio de no conceder el beneficio al resto de los profesionales ‘...en la medida que los marcos regulatorios de su profesión no contengan previsión normativa expresa que contemple una inhabilitación legal para el ejercicio profesional derivada de su desempeño profesional’, salvo supuestos especiales que tienen que ver con la índole y jerarquía de la función asignada y con ciertos requerimientos específicos”.

“No existe contradicción alguna: el beneficio se reconoce ante la inhabilitación legal contemplada en los regímenes específicos de cada profesión (cfr. causa B. 62.956, ‘Quartara’, sent. de 24/09/2014), así como también ante la prohibición de ejercicio profesional que pudiese disponer este Tribunal si así lo entendiera oportuno (conf. doctr. causa B. 51.487, ‘Pomponio’).”

“La res. 835/1999 no hace más que insartar al Poder Ejecutivo para que establezca el porcentaje con que deberá retribuirse a aquellos profesionales no abogados, tampoco procuradores ni escribanos que tengan parcialmente bloqueados sus títulos por su desempeño en el Poder Judicial, teniendo en cuenta la inexistencia de una norma legal que especifique cuánto representa ese obstáculo en su relación con aquellos otros profesionales que padecen un bloqueo absoluto del título. En la misma inteligencia se inscribe la Acordada 3427, que fija las condiciones en que percibirán la bonificación por bloqueo parcial de título aquellos funcionarios y empleados de la Administración de Justicia que posean título de licenciado en economía, contador público, licenciado en administración y actuario a partir de las previsiones de la ley 10.620”.

“El principio de igualdad ante la ley no impide que se contemplen de modo distinto situaciones que el legislador ha considerado diferentes, en tanto ello no implique discriminación. Así, no se quebranta la garantía constitucional aludida cuando no existe un trato discriminatorio sino desigualdad que obedece a situaciones objetivamente desiguales (causas ...B. 61.330, ‘Espíndola’, sent. de 24/04/2016; e.o.).”

“Una distinción legal podrá ser invalidada por discriminatoria si carece de justificación objetiva y razonable, esto es, si no tiende a realizar un fin legítimo o no evidencia una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido. La desigualdad legal o reglamentaria (causas I. 2.022, ‘Bárcena’, DJBA, 159:211 e I. 2.162, ‘Fernández Viviana’, sent. de 23/12/2003), por tanto, lleva consigo algo más que la mera existencia de clasificaciones, distinciones o categorías; es menester que el criterio de selección o la distinción en sí misma plasmodos en la norma, no tengan justificación valedera (causa B. 65.948, ‘Gerez’, sent. de 19/12/2007).”

“La situación, como dijera, objetivamente disímil de los accionantes con relación a aquellos magistrados, funcionarios y escribanos que sí se ven alcanzados por la Acordada 2172/87, reside en que estos últimos sufren una inhabilitación legal impuesta por los regímenes específicos que disciplinan la profesión de abogado, procurador y escribano con motivo de su desempeño en el Poder Judicial, a diferencia de las normas que regulan las incumbencias profesionales de los demandantes que no contienen tal limitación; todo lo cual descarta la irrazonabilidad en el criterio de selección empleado por la norma puesta en crisis y, consecuentemente, la distinta remuneración de unos y otros sin quiebre del derecho de propiedad”.

“De las distintas leyes que reglamentan el ejercicio profesional de los demandantes (dec.-ley 4534 que regula la actividad de los médicos; ley 10.306, de los psicólogos; ley 10.416, de los ingenieros), no resulta ninguna norma que los inhabilite para ejercer libremente su actividad por revestir el carácter de funcionarios o empleados del Poder Judicial”.

“Las supuestas inhabilidades denunciadas, en realidad, constituyen incompatibilidades tal como se expusiera en las res. 879/1981 y 1515/1991, que intentan evitar que se perturbe el cumplimiento de la función administrativa y se perjudique la dedicación que exige la función (cfr. art. 66, Acordada 2300). Estas pueden revestir el carácter de impedimentos materiales, tal como resulta de los considerandos de la res. 879 que establece que la inscripción de profesionales para actuar en designaciones de oficio, supone asumir el compromiso de quien acepta el cargo de perito de cumplir con integridad, dedicación y en término la tarea encomendada, lo que ‘...obligará al perito a atender exclusivamente hasta elaborar el respectivo informe, desplazando momentáneamente otros compromisos profesionales’; o bien, pueden originarse en la oposición de intereses del empleado público con los propios de la Administración, que siempre deben prevalecer (doctr. causas B. 54.980, ‘Vampa’, sent. de 05/04/2000; B. 62.956 y B. 63.641, cit.).”

“Pero de ninguna manera las enunciadas configuran inhabilidades legales como la exigida por la norma, solo se señala una limitación puntual al libre ejercicio de la profesión de ciertas actividades inconciliables por su naturaleza, con el principio de plena dedicación al cargo. No constituyen impedimentos para el libre ejercicio de la profesión como ocurre con los abogados, procuradores o escribanos”.

VI. Riesgos del trabajo

VI.1. *Accidente “in itinere”. Minusvalía del 87% de la total obrera. Arts. 11, apart. 4, inc. b) y 15 apart. 2, de la ley 24.557. Inaplicabilidad de la ley 26.773. Precedente “Staroni” de SCBA. Doctrina de la Corte nacional en “Espósito”. Prestaciones de la ley 24.557. Cuantía dineraria. Típica cuestión de hecho. Absurdo. Concepto*

En los autos SCBA, “C., O. E. c. Galeno ART SA. Accidente *in itinere*” (L. 125.065), 09/08/2022, TR LALEY AR/JUR/188537/2022, la Suprema Corte rechazó el RIL deducido por el actor, donde impugnaba la sentencia del Tribunal de Trabajo que consideró inaplicables en el caso las disposiciones de la ley 26.773 porque su vigencia fue posterior a la fecha del accidente *in itinere* que originó la presente causa.

La Dra. Kogan refiere algunos antecedentes del proceso:

- El 03/12/2009 el ahora actor sufrió un accidente *in itinere* que tuvo como consecuencia la amputación del miembro izquierdo y una depresión neurótica severa, todo lo cual produjo una minusvalía del orden del 87%;

- Habiendo promovido acción judicial contra Galeno Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA, el Tribunal de Trabajo N° 1 de Bahía Blanca hizo lugar a la demanda ordenando el cobro de diferencias por prestaciones dinerarias por incapacidad laboral permanente, total y definitiva, conforme arts. 11, apart. 4, inc. b), y 15, apart. 2 de la ley 24.557;

- El fallo consideró no acreditados los requisitos de “gran invalidez” del art. 10 LRT; y con fundamento en los casos “Staroni” y “Espósito” rechazó la aplicación de la ley 26.773, por no encontrarse vigente dicha ley al momento del infortunio;

- El actor interpuso RIL.

La Sra. Jueza se pronuncia en sentido desfavorable a la admisión del RIL.

“Habré de seguir la línea de razonamiento trazada por esta Suprema Corte —en su opinión mayoritaria, de la que participé— en el precedente L. 118.695, “Staroni” (sent. de 24/05/2016). Como se señaló en dicha causa, la modificación del sistema de prestaciones de la Ley de Riesgos del Trabajo implementada por la ley 26.773 ha mantenido la regla general establecida en las reformas previas, relativa a que las mejoras introducidas en la nueva legislación solo operan para el futuro, resultando aplicables a las contingencias cuya primera manifestación invalidante se produzca con posterioridad a su fecha de entrada en vigencia (y no así a las que hubieran acaecido con anterioridad a ese hito); ello así, salvo que la normativa consagre alguna excepción puntual a ese principio, situación que no se verifica en la especie, atento los términos de la sentencia de grado que arriban firmes a esta instancia extraordinaria”.

“Este Tribunal descartó que las modificaciones introducidas a la Ley de Riesgos del Trabajo por el dec. 1278/2000 puedan regir respecto de aquellas contingencias cuya primera manifestación invalidante se hubiese producido con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia del mentado reglamento”.

“El criterio expuesto encuentra respaldo en el fallo emitido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa CNT 18.036/2011/1/RH1 “Espósito, Dardo Luis c. Provincia ART SA s/ accidente ley especial”, sent. de 07/06/2016, en el cual el Alto Tribunal, pronunciándose una vez más acerca de los conflictos intertemporales que suscitaban las sucesivas reformas legales del régimen especial de reparación de los accidentes y enfermedades del trabajo, fijó la vigencia temporal de la ley 26.773 para el resarcimiento de contingencias cuya primera manifestación invalidante haya ocurrido con posterioridad a la fecha de su entrada en vigor en lo relativo a las prestaciones dinerarias allí contempladas (conf. consid. 8° del voto de los doctores Lorenzetti, Highton de Nolasco y Maqueda)”.

“Teniendo en cuenta que a la fecha en que se produjo el accidente de trabajo del actor (esto es, el día 03/12/2009; v. fs. 560 vta. y 561), la ley 26.773 (BO, 26/10/2012) no se encontraba vigente, no asiste razón al recurrente en cuanto postula su aplicación al caso”.

“Es menester recordar que determinar el valor de ese concepto para calcular la cuantía de las prestaciones dinerarias previstas en la ley 24.557 y, en general, la base remuneratoria a tener en cuenta para cuantificar las indemnizaciones, constituye una tarea reservada a los tribunales de trabajo que, al remitir al análisis de una típica cuestión de hecho, queda detraída del ámbito de la casación, salvo el supuesto de absurdo (causas ... y L. 120.460, ‘Pontel’, sent. de 02/06/2020), vicio que —anticipo— no logra acreditar el compareciente”.

“El concepto de absurdo hace referencia a la existencia, en la sentencia atacada, de un desvío notorio, patente o palmario de las leyes de la lógica, o a una grosera desinterpretación material de la prueba producida. Al recurrente que pretenda articular este excepcional mecanismo no le ha de alcanzar con sostener que el hecho pudo ocurrir de otra manera, o que la prueba debió ser apreciada de una forma distinta, más probable o aceptable. En cambio, es indispensable dejar claramente demostrado que, de la manera en que se valoró en la sentencia, no pudo ser (causas ... y L. 120.460, ‘Pontel’, sent. de

02/06/2020), carga que —como anticipé— no es satisfecha por el interesado”.

VI.2. *Fondo de Garantía y Fondo de Reserva. Ley 24.557, arts. 29, 33, 34. Insolvencia patrimonial del empleador no asegurado o autoasegurado. Obligaciones a cargo del Fondo de Garantía. Exclusión de intereses, costas y gastos causídicos. Costas*

En los autos SCBA, “Villarreal, Adelma del Carmen c. Baires Food SA. Accidente *in itinere*” (L. 123.647), 20/12/2021, TR LALEY AR/JUR/219839/2021, la Suprema Corte hizo lugar al RIL interpuesto por la Superintendencia de Riesgos del Trabajo contra el fallo del Tribunal de Trabajo N° 1 de Lomas de Zamora, que había condenado al Fondo de Garantía de la LRT a abonar intereses y costas del proceso (4).

La Dra. Hilda Kogan refiere antecedentes de la causa:

- El Tribunal de Trabajo declaró la insolvencia patrimonial de la empresa demandada, ordenando a la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, que en su carácter de administradora del Fondo de Garantía de la LRT abone a la actora el importe de las prestaciones de la ley 24.557, con más intereses y costas;

- Argumenta el fallo que los intereses y costas son accesorios que deben seguir la suerte de lo principal, e invoca el fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo “Borgia c. Luz ART SA s/ accidente-ley especial” donde se dijo que la responsabilidad de la Superintendencia de Seguros de la Nación —como administradora del Fondo de Reserva del art. 34 de la LRT— se extiende a intereses y costas;

- La Superintendencia de Riesgos del Trabajo deduce RIL, sosteniendo que el Fondo de Garantía debe ser liberado del pago de intereses, costas y gastos causídicos.

La Sra. Jueza emite su voto propiciando hacer lugar al RIL deducido por la SRT.

“Propongo desestimar el agravio por conducto del cual sostiene el interesado que el tribunal de origen vulneró el principio de congruencia. Me afirmo en esta conclusión porque, más allá de cualquier otra consideración, el desarrollo de la crítica evidencia una deficiente técnica recursiva, toda vez que el quejoso omite individualizar las normas adjetivas aplicables que receptan dicho postulado. Ello sella la suerte adversa del agravio en este aspecto, dada la inobservancia de la manda contenida en el art. 279 del Cód. Proc. Civ. y Com.”.

“Bajo el sistema especial de reparación diseñado por dicho cuerpo legal [LRT] se han creado, como mecanismos para la protección de los créditos de los trabajadores siniestrados o sus derechohabientes, el Fondo de Garantía (art. 33, ley cit.) y el Fondo de Reserva (art. 34, ley cit.).

El primero, que funciona en la órbita de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (SRT), opera frente a la situación de insolvencia patrimonial del empleador no asegurado o autoasegurado. La institución encuentra su antecedente en las legislaciones sobre accidentes de trabajo que precedieron al dictado de la ley 24.557 (v.gr. leyes 9688 —y su modif. 23.643— y 24.028).

El segundo constituye un instituto que brinda cobertura ante la hipótesis de liquidación de las compañías Aseguradoras de Riesgos del Trabajo. Es administrado por la Superintendencia de Seguros de la Nación (SSN), que puede cumplir su función por medio de otra aseguradora de riesgos del trabajo contratada a ese efecto (res. SSN 28.117/2001).”

“La temática a dirimir es —a diferencia de lo resuelto en el precedente de referencia— cuál es el alcance de las obligaciones a cargo del Fondo de Garantía, en los términos de los arts. 29 de la ley 24.557 y 19 inc. 5 del dec. reglamentario 334/1996, normas que —conforme he anticipado— el autor de la réplica denuncia quebrantadas. En efecto, el central agravio ensayado se ampara en la exclusión que —sostiene la interesada— contiene el último de los preceptos en lo atinente al pago de los conceptos de intereses y costas por parte del Fondo de Garantía, circunscribiéndose —según asevera— la obligación legal de dicho ente a abonar únicamente el capital de sentencia”.

“Preciso es destacar que la mencionada disposición reglamentaria del art. 29 de la ley 24.557, esto es, el art. 19 inc. 5 del citado decreto refiere el procedimiento para peticionar la insuficiencia patrimonial de los empleadores no asegurados o autoasegurados, situación frente a la cual opera la tutela legal del órgano ya señalado”.

“También corresponde poner de manifiesto que la última parte del primer párrafo del indicado precepto, cuya violación —como dije— se invoca en la especie, se ocupa de regular las obligaciones a cargo del mentado organismo, determinando que aquellas alcanzan “al monto de las prestaciones, excluyéndose expresamente los intereses, costas y gastos causídicos”.

“Actualmente las obligaciones de los Fondos de Garantía y de Reserva, contemplados en el régimen especial de reparación de infortunios laborales (arts. 33 y 34, respectivamente, de la ley 24.557), guardan identidad en cuanto no incluyen las costas y gastos causídicos entre las obligaciones que deben asumir los indicados órganos destinados a la protección de los créditos de las víctimas o sus derechohabientes (arts. 19 inc. 5, dec. reglamentario 334/1996 y 22, dec. reglamentario 1022/2017 —modif. del antes mencionado—)”.
 “Con costas (art. 289, CPCC)”.

VI.3. Indemnización de las leyes 24.557 y 26.773. Indemnización integral del Código Civil y Comercial. Prohibición de acumulación de resarcimientos. Principio de congruencia. Doctrina legal de la SCBA. Costas por su orden

En la causa SCBA, “Eberle, Adrián Martín c. Fisco de la Provincia de Buenos Aires. Accidente de trabajo - acción especial” (L. 126.507), 09/11/2022, TR LALEY AR/JUR/184228/2022, la Suprema Corte de Bs. As. hizo lugar al RIL interpuesto por la parte accionada, revocando la sentencia dictada por el Tribunal de Trabajo N° 2 de La Plata, que había condenado al Fisco provincial demandado —empleador autoasegurado— al pago del resarcimiento integral según el Código Civil y Comercial, por daños y perjuicios originados en el accidente laboral sufrido por el actor.

El Dr. Daniel F. Soria menciona antecedentes relevantes:

- El actor sufrió un accidente de trabajo el 14/11/2015 encontrándose, prestando servicios para la Provincia de Bs. As., la cual en su carácter de empleador autoasegurado no comunicó ni puso a disposición del trabajador siniestrado el importe de la prestación sistémica en los términos de la ley 26.773;

- El actor promueve demanda ante el fuero laboral, obteniendo sentencia favorable del Tribunal de Trabajo N° 2 de La Plata, condenando a la Provincia de Buenos Aires al pago de una indemnización integral según el derecho civil, por las secuelas incapacitantes causadas por el accidente de trabajo ocurrido el 14/11/2015, y por las tareas desempeñadas como asistente de minoridad en los Institutos “Nuevo Dique” y “Araoz Alfaro”;

- El fallo argumenta que la “pretensión principal” de la demanda se funda en el sistema de responsabilidad de los arts. 1757 y 1758 del Cód. Civ. y Com.; que la reglamentación del art. 4° de la ley 26.773 no puede frustrar el derecho constitucional a una reparación integral del daño, ni tampoco limitar el acceso a la justicia; y que en el caso no se produce la “acumulación de resarcimientos” que prohíbe la ley;

- La parte demandada interpone RIL, alegando violación de diversos preceptos contenidos en la Constitución Nacional, Declaración Americana de Derechos y deberes del Hombre, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Declaración Universal de Derechos Humanos, y Convenios 17, 42 y 102 de la Organización Internacional del Trabajo.

El Sr. Ministro se pronuncia en sentido favorable al progreso del RIL interpuesto por el Fisco demandado (empleador autoasegurado), por considerar improcedente la condena al pago del resarcimiento integral con sustento en el Código Civil y Comercial.

“Sostiene [la parte demandada] que el objeto de la pretensión que dio inicio a estas actuaciones ha sido la prestación dineraria prevista en la ley 24.557 ‘con más’ una indemnización integral con base en la normativa civil. Así, aludiendo a pasajes del escrito de demanda, explica que en el caso se configuró una acumulación de acciones siendo la acción ‘cardinal’ la señalada en primer lugar”.

“En su escrito de inicio, bajo el título ‘objeto de la presentación’, el actor manifestó que concurría ‘...a iniciar formal demanda por indemnización por accidente de trabajo, tanto por prestaciones e indemnizaciones que surgen del denominado régimen de reparación de los accidentes laborales y enfermedades profesionales’ (ley 24.557 y modificatorias, dec. 1694/2009, ley 26.773, reglamentarias y modificatorias)”.

“Surge con claridad que la esencial motivación del *a quo* que expresa que ‘el trabajador ha deducido como pretensión principal una acción de daños y perjuicios fundada en el sistema de responsabilidad regulado por los arts. 1757 y 1758 del Cód. Civ. y Com.’ (apart. 3.b., 2° párr. de la sentencia), luce extraviada de los términos en que quedó trabada la relación procesal, en tanto no se compadece con el modo en que fue diseñado el reclamo en el escrito de demanda y su consecuente oposición por la contraria”.

“De suyo que dicha falencia no es un yerro menor en el caso; antes bien, evidencia una violación al principio de congruencia invocado como transgredido en la impugnación traída a esta sede extraordinaria (arts. 47, ley 11.653; 34 inc. 4 y 163 inc. 6, CPCC). Es que puede observarse que fue a partir de esa errada lectura del escrito inaugural del proceso —y sin análisis alguno de la defensa

esgrimida por la accionada— que el órgano judicial de grado entendió que correspondía liminarmente analizar si concurrían los presupuestos de la responsabilidad reglados en las normas del digesto civil y comercial”.

“Esta Corte reiteradamente ha señalado que el referido postulado procesal de la congruencia se vincula, básicamente, con la forma en que los órganos jurisdiccionales deben resolver las cuestiones sometidas a su decisión, teniendo en cuenta los términos en que quedó articulada la relación procesal. El destino de dicha directriz es conducir el proceso en términos de razonable equilibrio dentro de la bilateralidad del contradictorio, imponiendo que la sentencia se muestre atenta a la pretensión jurídica que forma el contenido de la disputa”.

“También ha expresado que transgrede el citado principio el fallo que se aparta del objeto del litigio determinado en demanda y contestación, comprometiendo la igualdad, bilateralidad y equilibrio procesal que debe primar en toda controversia judicial”.

“Con todo, corresponde revocar la sentencia atacada en cuanto hizo lugar a la acción promovida y condenó al Fisco provincial al pago del resarcimiento integral de daños y perjuicios con sustento en el Código Civil y Comercial”.

“Las costas se imponen por su orden, atento la naturaleza de la cuestión tratada y la forma en que se resuelve (arts. 68, 2° párr. y 289, CPCC)”.

VI.4. Empleador autoasegurado. Responsabilidad sistémica. Art. 14, inc. b) de la ley 24.557. Ingreso base mensual. Determinación. Denuncia de absurdo. Disminución de capacidad laborativa. Fórmula de cálculo de la ley 24.557. Apartamiento. Doctrina legal de la SCBA

En la causa SCBA, “Troitiño, Claudio Andrés c. Provincia de Buenos Aires y otra. Accidente de trabajo-acción especial” (L. 125.503), 31/08/2022, TR LALEY AR/JUR/188538/2022, la Suprema Corte de Buenos Aires hizo lugar al RIL de la demandada y revocó el fallo del Tribunal de Trabajo interviniente, disponiendo que a fin de determinar la indemnización por incapacidad del actor deberá reconsiderarse la determinación del ingreso base mensual y establecerse la disminución de capacidad laborativa observando estrictamente las pautas de cálculo del art. 14, apart. 2 inc. b) de la ley 24.557.

El Dr. Torres reseña antecedentes del caso:

- El Tribunal de Trabajo N° 3 de Bahía Blanca condenó al Fisco de la Provincia de Buenos Aires como empleador autoasegurado a abonar en un único pago la prestación dineraria de la ley 24.557 por la incapacidad parcial, permanente y definitiva del actor, ocasionada por el accidente laboral ocurrido el 25/12/2010 prestando servicios como guardia del destacamento de bomberos en la localidad De la Garma;

- Asimismo, la sentencia dispuso rechazar la reclamación en concepto de daño psicológico y/o psiquiátrico, y la acción contra Provincia Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA;

- La parte demandada interpone RIL, agraviándose de la determinación hecha en el fa-

llo acerca del ingreso base mensual del actor, la cual considera errónea; y de la fórmula de cálculo empleada a efectos de fijar el monto indemnizatorio, que estima incorrecta por su apartamiento de las pautas establecidas por ley 24.557.

El Sr. Juez expone los argumentos que abonan la postura coincidente con la parte recurrente, y que persiguen la revocación del fallo impugnado en cuanto a la determinación del ingreso base y a la medición de la incapacidad laboral.

“Es menester recordar que establecer su valor [el del ingreso base mensual] para calcular la cuantía de las prestaciones dinerarias previstas en la ley 24.557 y, en general, la base remuneratoria a tener en cuenta para cuantificar las indemnizaciones, constituye una tarea reservada a los tribunales de trabajo que, al remitir al análisis de una típica cuestión de hecho, queda detraída del ámbito de la casación, salvo el supuesto de absurdo (causas L. 119.706, “Azcona”, sent. de 06/02/2019; L. 120.460, “Pontel”, sent. de 02/06/2020; L. 125.323, “Pestillo”, sent. de 30/08/2021; e.o.), vicio que —adelanto— el impugnante efectivamente logra demostrar en la especie”.

“Como bien señala el agraviado, se desconoce el modo en que arribó al importe en concepto de ingreso base mensual, resultando la decisión fruto del propio arbitrio del juzgador. Recuérdese que el concepto de absurdo hace referencia a la existencia, en la sentencia atacada, de un desvío notorio, patente o palmario de las leyes de la lógica, o a una grosera desinterpretación material de la prueba producida (causas L. 114.614, “Pintor”, resol. de 14/09/2011 y L. 116.954, “Dipiero”, sent. de 06/08/2014), lo que —a tenor de lo dicho— ha logrado acreditar el recurrente” (la bastardilla es nuestra).

“La lectura de los antecedentes reseñados evidencia que, al considerar la disminución de la capacidad laborativa del trabajador, el sentenciante se apartó de la fórmula de cálculo que proporciona la citada norma legal [art. 14, apart. 2, inc. b), ley 24.557, mod. dec. 1694/2009] y se valió de pautas no previstas en la mentada norma. En tales condiciones, declarada solo la inconstitucionalidad respecto del mecanismo de pago mensual en la instancia de grado —decisión firme—, corresponde ordenar que el importe total de las prestaciones por incapacidad allí establecidas, se cuantifique conforme las estrictas pautas de cálculo que proporciona esta última norma legal, y luego, sea abonado en un pago único”.

“La tesis que aquí se propugna, coincide con los lineamientos establecidos por esta Corte en la causa L. 104.576, ‘Manrique Obregón’ (sent. de 07/03/2012), y en otras posteriores (así, causa L. 119.772, ‘De la Cudra’, sent. de 28/09/2016)”.

“La sentencia debe ser revocada en este aspecto, ordenándose que el importe de la prestación dineraria debida al actor se cuantifique con ajuste a los parámetros que proporciona el art. 14, apart. 2, inc. “b” de la ley 24.557 y ello, en el marco de la norma aplicable conforme la fecha del infortunio”.

“Las costas de esta instancia se imponen a la vencida (art. 289, CPCC)”.

Cita online: TR LALEY AR/DOC/1270/2023

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

Editores: Nicolás R. Acerbi
Valderrama
Jonathan A. Linovich
Elia Reátegui Hehn
Érica Rodríguez
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