

RJ SI

REVISTA JURÍDICA DE SAN ISIDRO

SERIE CONTEMPORÁNEA

AÑO 2024 | NÚMERO III | DIGITAL

ISSN 2953-5174

CÓMO CITAR LA REVISTA: RJSI - III - 2024

DERECHO EN NÚMEROS

Cuestiones sobre compensación económica.

APORTES ACADÉMICOS

Remoción del administrador. Consentimiento informado. Discusiones sobre control de constitucionalidad. DESCA en materia de derecho laboral. Discriminación y desigualdad. Progresividad y no regresividad.

JURISPRUDENCIA

NOTA A FALLOS

- Fallo Rueda a la luz del Derecho Canónico
- Privilegio de multas laborales e intereses posteriores a la declaración de quiebra

JURISPRUDENCIA APLICADA

- Filiación. Daño moral. Cuantificación Honorarios. Dólar MEP
- Indemnización incapacidad sobreviniente.

Cuantificación

- Inflación y tasa de interés
- Acta 2764. Tasa de interés

JURISPRUDENCIA NOVEDADES

- Sujetos concursables. Empresas Fintech
- Ejecución de expensas. Conjuntos inmobiliarios
- Seguros. Oponibilidad del límite de cobertura



Colegio de Abogados de San Isidro

RJ SI

REVISTA JURÍDICA DE SAN ISIDRO

SERIE CONTEMPORÁNEA

FUNDADA POR EL **COLEGIO DE ABOGADOS DE SAN ISIDRO** | ÁREA ACADÉMICA

AÑO 2024 | NÚMERO III | DIGITAL
ISSN 2953-5174



**COLEGIO DE ABOGADOS
DE SAN ISIDRO**

EQUIPO DE TRABAJO

Autoridades:

Directora:

Julia L. Bruzzone

Director Ejecutivo:

Gerónimo M. De Francesco

Equipo editorial:

Coordinador Sección Jurisprudencia:

Cristian Ubalton

Coordinadora Sección Colaboraciones Extranjeras:

Gisela Hörisch

Coordinadora Sección Doctrina:

Jimena Veglia

Coordinador General:

Aníbal Ramírez

Asistente Sección Jurisprudencia:

Sofía Kevorkian

Evaladores del presente Número:

Claudio A. Aquino

María Cristina Mourelle de Tamborenea

Alberto O. Pisano

Carlos E. Ribera

Coordinación Académica y de Diseño:

Área Académica Colegio de Abogados de San Isidro: Karina A. Aliperti

Autores:

Bruzzone, Julia Leonor

Coppola, Irene

Córdoba, Lucila I.

Mattiello, Franco

Repetto Rolón, Miguel M.F.

Rodríguez, Rosano Mariángel

Ubalton, H. Cristian

Wierzba, Sandra M.

Colaboran:

Instituto de Derecho Canónico

Instituto de Derecho Concursal

Instituto de la Salud

Sala I y II de la Cámara Civil y Comercial Depto. Judicial San Isidro



Colegio de Abogados de San Isidro

Consejo Directivo

Presidenta:

Guillermina Soria

Vicepresidente 1º:

Luciano Zorrilla

Vicepresidente 2º:

Sergio R. Castelli

Secretario:

Martín A. Sánchez

Prosecretaria:

Florencia Stero

Tesorero:

Juan J. Formaro

Protesorera:

Nancy M. Quattrini

Consejeros Titulares:

Florencia S. Ancao

Roberto P. Aybar

Sandra L. Dell' Osa

Nicolás A. Marchiolo

Ernesto L. Rodríguez Cifuentes

Consejeros Suplentes:

María C. Afriol

Laura M. Rene Antoine

María E. Ferrari Bartoszyk

Luciana B. Gentile

Norberto E. Herrera

María N. Juvenal

Juan C. Nocciolino

Alan Temiño

Área Académica

Director:

Fulvio G. Santarelli

Miembros:

María Celeste Afriol

Florencia S. Ancao

Julia L. Bruzzone

Gisella Hörisch

Flavia Medina

Aníbal Ramírez

Alan D. Temiño

Coordinadora Académica:

Karina A. Aliperti

Presentación de la Revista

Nos complace presentar nuestra tercera edición de la "Revista Jurídica de San Isidro. Serie contemporánea", centrada en el tema "Derecho en Números".

En este número inauguramos una nueva sección titulada "Aportes Académicos", destinada a compartir colaboraciones relevantes y vanguardistas que enriquecerán la práctica jurídica. Con esta nueva sección, buscamos destacar el valioso trabajo de nuestros Institutos, cuyo compromiso radica en contribuir a través de estudios, investigaciones y debates, tanto al avance del conocimiento como a la aplicación práctica del derecho.

En la sección "Artículos Temáticos", la contribución académica elaborada por las Dras. Córdoba y Cópola examina aspectos relacionados con la compensación económica en casos de divorcio. Su análisis se centra en identificar patrones y tendencias en las decisiones judiciales, así como en los factores significativos que los tribunales consideran al determinar tanto la viabilidad como el monto de dicha compensación.

Dada la importancia de la cuantificación y el enfoque judicial de la depreciación monetaria durante períodos de inflación, hemos dedicado especial atención en este número a las decisiones judiciales relevantes en este ámbito. Por esta razón, en la sección "Jurisprudencia", examinamos fallos tanto de la Provincia de Buenos Aires como de la CSJN que analizan la evaluación de daños y el tratamiento otorgado al valor del dólar y los intereses.

En esta oportunidad se presentan los siguientes casos:

La filiación, en cuanto al abordaje del daño moral como concepto complejo, cuya cuantificación plantea desafíos significativos en la determinación de compensaciones justas.

En el ámbito de la responsabilidad civil, la indemnización por incapacidad sobreviniente. El fallo elabora una meticulosa evaluación y cuantificación de daños.

En materia de créditos laborales se presenta la reseña del fallo de la CSJN en la que se analiza la capitalización periódica y sucesiva ordenada con base en el acta 2764/2022 de la CNAT.

Y, finalmente, una temática relevante para la abogacía como es la de los honorarios profesionales cuando se entrelazan con el valor del dólar como indicador financiero para la determinación de su cuantía.

En nuestra nueva sección "Artículos Académicos" incluimos en esta oportunidad un análisis en materia de derecho laboral que traza un vínculo entre los DESCAs, principios de progresividad y no regresividad y los fallos que tratan cuestiones de discriminación entre hombres y mujeres, elaborado por la Dra. Bruzzone, y una propuesta para Argentina sobre control de constitucionalidad concentrado bajo la autoría del Dr. Mattiello.

En nuestra sección "Nota a fallos" se analizan dos fallos de trascendencia jurisprudencial, el primero, el fallo Rueda, en el que el Dr. Repetto Rolón reflexiona, bajo las normas del derecho canónico la decisión de la CSJN; y el segundo una indagación del concepto de privilegio de las multas e intereses laborales en la quiebra que presenta el Dr. Ubalton.

Estamos atravesando momentos de cambio, por lo que el examen de nuestros antecedentes jurisprudenciales, así como la relevancia y trascendencia del análisis elaborado por la justicia serán de utilidad y ventajosos para el abogado en ejercicio.

Esperamos sea de vuestro agrado nuestro trabajo, agradecemos especialmente a nuestros autores, evaluadores, colaboradores e Institutos; seguimos trabajando, esperando contar con su acompañamiento.

Equipo Editorial

INDICE

	Pág.
- Equipo de trabajo	I
- Autoridades del Colegio	II
- Presentación de la Revista	III
• ARTÍCULOS TEMÁTICOS:	
“Algunas cuestiones de interés sobre la Compensación Económica”. <i>Irene Coppola - Lucila I. Córdoba</i>	01
• ARTÍCULOS ACADÉMICOS:	
“Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales y decisiones judiciales en materia de derecho laboral y cuestiones de género”. <i>Julia Leonor Bruzzone</i>	08
“Discusiones sobre el Control de Constitucionalidad en la Argentina: ¿Necesidad de crear un tribunal constitucional?”. <i>Franco Mattiello</i>	18
Acción de remoción del administrador. Caso de “Remoción del gerente” con perspectiva de género. <i>Mariángel Rodríguez Rosano</i>	28
Consentimiento informado: una mirada renovada sobre sus alcances. <i>Sandra M. Wierzba</i>	38
• RESEÑA DE FALLOS. APLICADA A LA TEMÁTICA:	
- JURISPRUDENCIA APLICADA. 1	46
- JURISPRUDENCIA APLICADA. 2	48
- JURISPRUDENCIA APLICADA. 3	50
- JURISPRUDENCIA APLICADA. 4	52
- JURISPRUDENCIA APLICADA. 5	54
• RESEÑA DE FALLOS. NOVEDADES:	
- JURISPRUDENCIA. NOVEDADES. 1	55
- JURISPRUDENCIA. NOVEDADES. 2	57
- JURISPRUDENCIA. NOVEDADES. 3	59
• RESEÑA DE FALLOS. NOTA A FALLOS:	
El fallo “Rueda” a la luz del derecho canónico. <i>Miguel M. F. Repetto Rolón</i>	61
Privilegio de “Multas Laborales” e intereses por causa laboral. <i>Cristian H. Ubalton</i>	69
Sobre la revista	77

RJ
SI

Artículos Temáticos

“Algunas cuestiones de interés sobre la Compensación Económica”

Autoras: Irene Coppola¹ - Lucila I. Córdoba²

RESUMEN

Aspectos específicos que rigen en la institución civil incorporada al ordenamiento legal argentino en el año 2015.

PALABRAS CLAVE:

Compensación económica. Cuantificación.

I. INTRODUCCIÓN:

Nos corresponde exponer sobre uno de los institutos jurídicos más esperados en el ámbito del Derecho de Familia. Recordamos que hasta el año 2015, fecha en que entró en vigencia el Código Civil y Comercial no existía institución específica que tuviere por finalidad equilibrar la situación entre los cónyuges, o en ese entonces los concubinos, una vez cesada la unión, cuando el desequilibrio, fuere manifiesto, que signifique un empeoramiento de su situación y tenga por causa adecuada el vínculo matrimonial o convivencial y su ruptura.

Existían otras normas tendientes a tutelar tales situaciones ante el cese. Especialmente la situación de quien se encontraba en desequilibrio era atendida mediante la asistencia alimentaria. Para su procedencia resultaba imprescindible la deducción de procesos judiciales en los que debían acreditación de difíciles extremos, como son siempre los que corresponden a la intimidación familiar. La asistencia alimentaria también podría tener lugar en supuestos de enfermedad o por acuerdo de partes. Resultaba trascendente la valoración del resultado de la división de bienes derivados de la sociedad conyugal en caso de existir.

¹ Componente del Research Centre of European Private Law, Unisob, Naples, Director Prof. Gatt, Lucilla; Prof. SSPL Università degli Studi di Napoli Federico II (Dipartimento di Giurisprudenza); Prof. SSPL Università degli Studi di Salerno (Dipartimento di Scienze Giuridiche, Scuola di Giurisprudenza).

² Juez Nacional en lo Civil; Doctora en Ciencias Jurídicas; Profesora Titular de Derecho Patrimonial de Familia, Universidad Abierta Interamericana; Profesora Adjunta (interina), Derecho de Familia y Sucesiones, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

Lo cierto es que no existía norma legal alguna específica que habilitara la posibilidad de reclamar el reconocimiento del establecimiento de la situación de equidad entre los cónyuges o concubinos una vez cesada la unión. En especial, no existía norma alguna que valorara especialmente los roles desempeñados durante el desarrollo de un proyecto de vida en común entre cónyuges o convivientes. Esta es la característica esencial en la que se funda la Compensación Económica, institución específica reglada en el ordenamiento jurídico argentino que rige como una de los efectos del cese de la unión matrimonial y de la unión convivencial. Como adelantamos, fue incorporada a nuestro ordenamiento jurídico en el año 2015 con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación conforme lo estableció la 26.994.

La necesidad de su establecimiento en la República Argentina ya era reclamada por la doctrina autoral más prestigiosa. En tal sentido, en el año 1993 Zannoni, aclarando su digresión con la política legislativa, explicaba que el divorcio es mucho más que la separación de cuerpos, que implica una solución al conflicto conyugal, pero una solución extrema, que objetivamente disuelve el vínculo matrimonial. Agregaba que no es indiferente, y no debe serlo que un matrimonio se disuelva o no. Refería al derecho en que debía poseer uno de los cónyuges de exigir una compensación económica para neutralizar los daños que para él importara dejar de coparticipar en el patrimonio familiar, fuere en su conservación o en su acrecentamiento.³

Fanzolato, enseñaba sobre “Los alimentos resarcitorios de posición perdida”, refería el autor que era una de las soluciones buscadas para el logro del equilibrio perdido ante divorcio. Explicaba el jurista cordobés que él sostenía la tesis sobre la naturaleza resarcitoria de los alimentos regulados en los artículos 207 y 208 a favor del cónyuge inocente del divorcio que, al extinguir el vínculo, lo priva de los alimentos congruos del art. 198 (consecuencia inmediata); generándole al que no dio causa un daño consistente en la desmejora en sus condiciones económicas de vida (consecuencia mediata).⁴

Lo cierto era que no regía Derecho positivo específico tendiente a reconocer el derecho de inequidad sufrida ante el cese del matrimonio o la unión convivencial. Sabida es la importancia de la función legal para la vigencia de los valores que una sociedad considera dignos de protección y garantía. Atilio Alterini y Roberto López Cabana expresaban, “La necesidad de que los códigos cambien para no quedar a la zaga de los tiempos es generalmente aceptada”. Aludían los autores a la propaganda de la clásica edición Dalloz del Código Civil francés. Comentaban que esa editorial la publicita en su local de la rue Soufflot en París mediante un cartel mural en el que aparece fotografiado un ejemplar del Código Civil con la leyenda: “*Le Droit change et tout est transformé*”. Es así: el Derecho cambia porque todo está transformado”.⁵

II. VIGOR EN LA TUTELA DE LOS DERECHOS DE PERSONAS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD:

Podemos decir que tales reclamos han sido escuchados y que los últimos tiempos se caracterizan por haber provocado relevantes modificaciones en el Derecho y lo que en especial resulta destacable es la tendencia a reglar las normas que regulan los derechos de personas en situación de vulnerabilidad. La Constitución Nacional Argentina desde hace muchos años tutela la especial situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los niños, niñas y adolescentes, las mujeres y las personas adultas mayores, pero sin duda durante el último período ha existido una especial atención respecto de ello, por cuanto se vislumbra un mayor vigor en el establecimiento de las reglas de tutela de sus intereses fundamentales. Su mayor expresión ha sido la sanción de un nuevo cuerpo normativo que regla las relaciones civiles, con la derogación del Código Civil y la sanción del Código Civil y Comercial, conforme se dispuso en la ley 26.994. Véanse también que la Ley Nacional 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes ha entrado en vigencia en el año 2005; en el año 2017 se ha sancionado la ley 27.360 que aprueba la Convención Interamericana para la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores; en el año 2009 se dictó

³ Zannoni, Eduardo A., Régimen de Matrimonio Civil y Divorcio, Ley 23.515, 4ta. Ed. Ampliada y actualizada, p. 69/70, Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 1993.

⁴ Fanzolato, Eduardo I., Derecho de Familia, T1, P. 369/370, Advocatus, Córdoba, 2007.

⁵ Alterini, A. A., López Cabana, R. M. Directores, Reformas al Código Civil, Méndez Costa, M. J., P. 10, Abelado – Perrot, Buenos Aires, 1994.

la ley 26.485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales. Estos cuerpos normativos se citan a modo de ejemplo, entre muchísimos otros tendientes a regular los derechos mencionados.

Ello sin duda responde a los reclamos que la sociedad efectúa en razón de los cambios producidos en las relaciones sociales, económicas y culturales. En la actualidad también, la Revolución Digital golpea las puertas de la doctrina autoral y jurisprudencial a fin de que cumplan con la función de informar al legislador y lograr protección efectiva.

Recordemos que el Derecho, como una de las herramientas del Estado, debe tutelar aquellos valores que la sociedad determina. Como expresamos y reiteramos, hasta la sanción del Código Civil en el ámbito de los procesos de familia se vislumbraba una insatisfacción en la eficacia de las normas reguladores de los derechos conyugales y aquellos derivados de las uniones convivenciales. Resultaba clara la necesidad de la persecución de eternos juicios de divorcios tendientes a la prueba de la culpabilidad, a fin de poder mediante ello tener habilitada la posibilidad de la fijación de asistencia económica. Mediante ello se buscaba no otra cosa que el logro de la equidad en las relaciones, del reconocimiento de los roles ejercidos por los cónyuges durante la vida matrimonial y la posibilidad de que se atiende la situación del que quedaba en situación de desventaja. Ello no resultaba eficaz a su logro. La modificación legal producida, mediante la incorporación de la institución económica es la respuesta al reclamo social, es la expresión del dinamismo que debe tener el Derecho a fin de resultar eficaz al logro de sus finalidades.

Como toda institución que resulta novedosa, a partir de su vigencia se va conociendo su eficacia. En el caso de esta institución, resulta positiva la incorporación y su andamio también ha demostrado sus virtudes.

Es que, en la Argentina, como en otros países con los que existe una vinculación jurídica de relevancia, como Italia, es deber del Estado garantizar el derecho a la igualdad y a la equidad en las relaciones jurídicas. El primero de ellos reconoce la equiparación de todos los ciudadanos en derecho y obligaciones.⁶ Se exige ecuanimidad en las relaciones jurídicas. La Equidad, constituye el principio de justicia material que debe ponderarse en la aplicación de las normas en atención a las circunstancias de cada caso.⁷ En estos principios, y en el de solidaridad familiar, se funda la institución que nos ocupa, y con objeto su garantía se la regulo en el cuerpo normativo que establece los deberes y derechos de los cónyuges y de los convivientes.

III. REGULACIÓN. CONCEPTO Y CONTENIDO:

Veamos que en el art. 441 CCC se dispone que, "El cónyuge a quien el divorcio produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura, tiene derecho a una compensación. Esta puede consistir en una prestación única, en una renta por tiempo determinado o, excepcionalmente, por plazo indeterminado. Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o decida el juez." Es decir que consiste en el pago de una suma fija o periódica de dinero que uno debe abonar a otro, temporaria o vitalicia para subsanar el desmedro de uno de los divorciados o convivientes haya sufrido en razón del vínculo convivencial o matrimonial, a raíz de la separación o el divorcio.

Debe tenerse en consideración, que conforme lo regula el ordenamiento legal, la compensación económica no se funda en la culpa. Se parte de la noción del establecimiento de un proyecto de vida en común. Como adelantamos, se sobre los principios de la equidad y solidaridad familiar. Es decir que se impone el deber de compensar la disparidad en el nivel de vida al sujeto que esté en mejores condiciones económicas.

Para su procedencia debe acreditarse la producción de un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio. Puede consistir

⁶ Diccionario de la Real Academia Española.

⁷ Diccionario panhispánico del español jurídico. RAE.

en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia.

Tal institución tiende al logro de la equidad en las relaciones jurídicas involucradas, y que se funda en la solidaridad familiar, no consiste en un resarcimiento de daños, ni en la asistencia alimentaria.

Pueden darse supuestos en los que resultan viables las determinaciones de compensaciones económicas y resarcimiento de daños. También puede resultar un caso en el que se establezca la fijación de asistencia alimentaria, pero cabe advertir que ésta cesará con la fijación de la compensación económica. Recuérdese que el artículo 434 del CCC dispone que las prestaciones alimentarias pueden ser fijadas aun después del divorcio: a) a favor de quien padece una enfermedad grave preexistente al divorcio que le impide autosustentarse. Si el alimentante fallece, la obligación se transmite a sus herederos; b) a favor de quien no tiene recursos propios suficientes ni posibilidad razonable de procurárselos. Se tienen en cuenta los incisos b), c) y e) del artículo 433. La obligación no puede tener una duración superior al número de años que duró el matrimonio y no procede a favor del que recibe la compensación económica del artículo 441....”

Resulta muy clara la explicación del Profesor Ferrer, quien con invocación de Fanzolato, refiere que la Compensación Económica “Consiste en el pago de una suma global o de una cantidad periódica, generalmente mensual, temporaria o vitalicia, que uno de los divorciados debe abonar a otro para subsanar el desmedro en el nivel de vida económico social que sufre a causa del divorcio, o para compensarlo por aquellos aportes en servicios o bienes que no pueden ser saldados en las operaciones de liquidación y partición del patrimonio conyugal o convivencial. Agrega el autor que “su fundamento reside en la equidad y en la solidaridad cuando se impone la carga compulsiva de compensar la disparidad en el nivel de vida al sujeto que está en mejores condiciones económicas y en la equidad y el enriquecimiento injusto cuando la compensación la debe el cónyuge que se ha beneficiado con las ayudas, colaboraciones o servicios prestados por el otro y no retribuidos durante la unión conyugal o convivencial”.⁸

La determinación de una compensación económica puede resultar de acuerdo de partes, pero sí así no fuere, los cónyuges tienen derecho a deducir la pretensión judicial dentro de los seis meses de decretado el divorcio vincular o cesada la convivencia. Así es que el artículo 442 CCC dispone en su última parte que “La acción para reclamar la compensación económica caduca a los seis meses de haberse dictado la sentencia de divorcio.” El artículo 525 CCC que regula la institución en el marco de las uniones convivenciales regla que “La acción para reclamar la compensación económica caduca a los seis meses de haberse producido cualquiera de las causas de finalización de la convivencia enumeradas en el artículo 523.”

IV. CUANTIFICACIÓN:

Uno de los aspectos que resulta importante ser abordado es el de la cuantificación, es decir la expresión numéricamente, la cantidad, el número.⁹ Qué elementos, circunstancias se tienen en consideración para trasladarlo al ámbito patrimonial. La norma legal contenida en el artículo 441 del CCC dispone que : “A falta de acuerdo de los cónyuges en el convenio regulador, el juez debe determinar la procedencia y el monto de la compensación económica sobre la base de diversas circunstancias, entre otras: a) el estado patrimonial de cada uno de los cónyuges al inicio y a la finalización de la vida matrimonial; b) la dedicación que cada cónyuge brindó a la familia y a la crianza y educación de los hijos durante la convivencia y la que debe prestar con posterioridad al divorcio; c) la edad y el estado de salud de los cónyuges y de los hijos; d) la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo del cónyuge que solicita la compensación económica; e) la colaboración prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge; f) la atribución de la vivienda familiar, y si recae sobre un bien ganancial, un bien propio, o un inmueble arrendado. En este último caso, quién abona el canon locativo...”. El artículo 525 del mismo cuerpo legal, regulador de la compensación en el unión convivencial establece: “El juez determina la procedencia y el monto de la compensación económica sobre la base de diversas circunstancias, entre otras: a) el estado patrimonial de cada

⁸ Ferrer, Francisco A. M., Tratado de la Familia, TI, p. 688, Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2020.

⁹cuantificar | Definición | Diccionario de la lengua española | RAE - ASALE

uno de los convivientes al inicio y a la finalización de la unión; b) la dedicación que cada conviviente brindó a la familia y a la crianza y educación de los hijos y la que debe prestar con posterioridad al cese; c) la edad y el estado de salud de los convivientes y de los hijos; d) la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo del conviviente que solicita la compensación económica; e) la colaboración prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro conviviente; f) la atribución de la vivienda familiar...” Es decir que se especifica con claridad los aspectos a considerar, teniendo en cuenta que tales enunciaciones no son taxativas.

La determinación del monto de la compensación es uno de los aspectos que mayor dificultad presenta. Se ha resuelto que, respecto de la cuantificación lo equitativo y razonable no es la búsqueda de una nivelación o igualación patrimonial entre las partes sino la recomposición del correspondiente a uno de ellos por el “empobrecimiento” - generalmente por la frustración o postergación del crecimiento propio, pérdida de chances u oportunidades y ayudas que hubiere brindado— a la par y vinculado al “enriquecimiento” del otro, durante la convivencia.¹⁰

Tal dificultad se avizora también en otros países, vemos por parte de doctrina autoral chilena el reclamo específico respecto de la fundación y fundamentación de los extremos que se utilizan para determinar el monto en la Compensación Económica que rige allí, institución que presenta caracteres muy similares al que nos ocupa. Explica el profesor Pizarro Wilson que considera que de la lectura de las sentencias “uno puede constatar que los jueces se centran en verificar las condiciones de procedencia de la compensación, dejando la cuantía en un margen amplio de discrecionalidad que se justifica reproduciendo alguno de los criterios indicados por el legislador en el artículo 62. No existe, por regla general, un método de cálculo asociado a la aplicación de las circunstancias”.¹¹

Si bien es cierto que no existe un método de cálculo de aplicación obligatoria, se advierte fundación y fundamentación en los fallos de los tribunales de la República Argentina en la determinación de las cuantías. Resultan por ejemplo de interés los parámetros utilizados en un pronunciamiento de la Sala K integrante de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en el que se dispone que “para justipreciar la condena, cuánto pudo haber ganado la señora S. como relacionista pública -título de su formación y a lo que se dedicó antes de su matrimonio-. Sin embargo, no se ha acompañado evidencia sobre el ingreso por esa actividad, por lo que a fin de calcular lo que aproximadamente pudo haber ganado, se tomará el valor del salario mínimo vital y móvil al tiempo de la mora -26 de mayo de 2016-, conforme se indicará en este voto, el cual era de \$6.060 (Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo, Vital y Móvil, Resolución 4/2015 del 21/7/2015, disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/245000-249999/249538/norma>) como pauta a considerar (art. 386, CPCC).”¹²

Es indispensable en todo pronunciamiento judicial para que resulte ajustado a Derecho, que se efectúe la fundación en ley y una correcta fundamentación, es decir, la expresión de la razón. En cada pronunciamiento, no sólo deben analizarse en forma integral los elementos probatorios producidos, la conducta procesal desplegada por cada una de las partes, sino que la sentencia debe expresar y especificar en forma clara y precisa las razones en las que se basan las conclusiones a las que se arriba y ellas deben fundarse en el Derecho que debe ser aplicable al caso.

Como explica Jauregui, si bien el proceso civil clásicamente fue regido por el principio dispositivo, “En el proceso de familia la cuestión adquiere ribetes peculiares. Por la jerarquía de los derechos en juego en los procesos de familia, este principio dispositivo se ve fuertemente desdibujado o debilitado, en atención a la robusta presencia del orden público impregnado en varias de sus disposiciones y a la finalidad marcadamente tuitiva de las personas en situación de vulnerabilidad Significa lisa y llanamente el deber del juez de actuar de oficio, es decir por su propia iniciativa sin que se lo pida sujeto alguno.” Explica el autor que “La magistratura no es neutral, está interesada en el resultado, porque le interesa a la sociedad de la cual forma

¹⁰ Cámara de apelaciones en lo civil y comercial de Junín, G., M. A. c. D. F., J. M. s/ alimentos • 25/10/2016, Cita: TR LALEY AR/JUR/70956/2016.

¹¹ AA.VV., Compensación Económica. Doctrinas Esenciales. Segunda Edición, Thomson Reuters, P. 335, Santiago, 2016.

¹² CNCiv, Sala K, “S., M. L. c/ M., R. C. s/ fijación de compensación económica” Expediente n°39427/2016, 15/5/2023.

parte. No puede permanecer indiferente, inerte o al margen, ante ciertas situaciones de desprotección de derechos de determinados sujetos. En ocasiones la iniciativa procesal excede el principio dispositivo, superando inclusive el principio de demanda privada (art. 721).¹³

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto en reiteradas oportunidades, que “queda totalmente desvirtuada la misión específica de los tribunales en temas de familia si estos se limitan a decidir problemas humanos mediante la aplicación de una suerte de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley manda valorar (Fallos: 331:147, 2047, entre otros). Del mismo modo, ha destacado que, a la hora de definir una controversia, los jueces no deben omitir atender a las consecuencias que se derivan de ellas a fin de evitar que, so pena de un apego excesivo a las normas, se termine incurriendo en mayores daños que aquellos que se procuran evitar, minimizar o reparar (confr. doctrina Fallos: 326:3593; 328:4818 y 331:1262).”

Es decir que, debe atenderse a la especial situación procesal de las partes, ser determinado en el proceso las reglas que lo regirán. En algunos supuestos puede resultar que la carga se encuentre a cargo de quien pretende el reconocimiento del derecho, o que la carga probatoria, se invierta o se distribuya. Como expresamos, ello resulta de la situación específica en la que se encuentre cada una de las partes, y para la flexibilidad del principio dispositivo debe resultar una situación disímil, de vulnerabilidad, de una con relación a la otra.

Como adelantamos, entonces, de encontrarse configurados tales extremos, podrá resultar entonces que rija por ejemplo con mayor vigor el principio de cargas dinámicas probatorias, y con ello se establece el deber de aporte de las pruebas por parte de quien se encuentre en mejores condiciones de hacerlo. En otros supuestos, puede resultar extremos en los que resulte necesaria la inversión de la carga de la prueba. inversión de la carga de la prueba. Ello corresponde a la “Infracción o excepción del principio general según el cual la carga de probar corresponde al que afirma unos hechos o sostiene una determinada pretensión, que se admite en algunos casos en que, en virtud del principio de facilidad probatoria, se traslada la obligación de facilitar los medios de prueba a la otra parte del procedimiento por resultar para ella más fácil la acreditación.”

En España ello rige en procesos jurisdiccionales contenciosos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por motivo o por razón de discapacidad, en cuyo caso corresponderá a la parte demandada la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de la conducta y de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29-XI, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad.¹⁴

V. CONCLUSIÓN:

La Compensación Económica es una institución jurídica que atiende en forma específica el desempeño de los roles en la unión matrimonial o convivencial y la situación devenida a su finalización. Tiende a la recomposición del equilibrio entre las partes involucradas, es decir al logro de la equidad una vez cesada la unión. Tal desequilibrio debe ser manifiesto y significar un empeoramiento de la situación de una de las partes, debe tener por causa adecuada el vínculo matrimonial o convivencial y su ruptura. Se funda en los principios de equidad y solidaridad familiar. La detallada fundamentación y fundación en Derecho de la acreditación de los requisitos para su procedencia, y de la determinación del monto y la modalidad de pago resultan esenciales para la seguridad jurídica, es decir para garantizar la certeza de las normas legales y la previsibilidad de su aplicación.

¹³ “Procesos de familia, principios generales y tribunales especializados”, Jáuregui, Rodolfo G. Publicado en: DFyP 2019 (octubre) , 24 cita: TR LALEY AR/DOC/2465/2019.

¹⁴ Definición de inversión de la carga de la prueba - Diccionario panhispánico del español jurídico - RAE

BIBLIOGRAFÍA:

Zannoni, Eduardo A. (1993). Régimen de Matrimonio Civil y Divorcio, Ley 23.515. 4ta. Ed. Ampliada y actualizada. Astrea. Ciudad de Buenos Aires. p. 69/70.

Fanzolato, Eduardo I. (2007). Derecho de Familia, T1. Advocatus, Córdoba. p. 369/370

Alterini, A. A., López Cabana, R. M. Directores. (1994) Reformas al Código Civil, Méndez Costa, M. J. Abelardo – Perrot, Buenos Aires. p. 10

Diccionario de la lengua española | RAE - ASALE

Ferrer, Francisco A. M., Tratado de la Familia, TI, p. 688, Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2020.

Diccionario panhispánico del español jurídico - RAE

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín, G., M. A. c. D. F., J. M. s/ alimentos • 25/10/2016, Cita: TR LALEY AR/JUR/70956/2016.

AA.VV. (2016). Compensación Económica. Doctrinas Esenciales. Segunda Edición, Thomson Reuters. Santiago. p. 335

Jurisprudencia

CNCiv, Sala K, “S., M. L. c/ M., R. C. s/ fijación de compensación económica” Expediente n°39427/2016, 15/5/2023.

Jáuregui, Rodolfo. (2019). Procesos de familia, principios generales y tribunales especializados”, DFyP 2019. cita: TR LALEY AR/DOC/2465/2019. p. 335

RJ
SI

Artículos Académicos

“Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales y decisiones judiciales en materia de derecho laboral y cuestiones de género”

Autora: **Julia Leonor Bruzzone**¹

RESUMEN

El presente trabajo se ocupa de la discriminación y desigualdad entre hombres y mujeres con base en su condición sexual con relación al concepto de Derechos Humanos (DH) en general y particularmente a los Derechos Económicos Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA) a los que la República Argentina ha adherido. En este último sentido se dará especial atención a la manda de los principios de progresividad y no regresividad como pauta interpretativa para la aplicación de la normativa internacional.

PALABRAS CLAVE

Derechos Económicos Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA). discriminación y desigualdad entre hombres y mujeres. Principios de progresividad y no regresividad.

SUMARIO

I. Introducción. II. Cambio de paradigma. Constitucionalismo de los Derechos Humanos y DESCAs. III. Relación con decisiones judiciales que resuelven cuestiones de discriminación e igualdad de las mujeres. IV. Rol Activo de los jueces. “Progresividad y no regresividad”. V. Conclusión

¹ Esp. Asesoramiento Jurídico de Empresas, UBA. Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura Pcia Bs As. Diplomatura Metodología de la Investigación (UCES). Diplomatura en Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (UBA). Especialización en Derecho (Universidad de Salamanca). Esp. Justicia Constitucional y DDHH orientación Derecho de Género (Universidad de Bolonia- IDC). Maestranda en Maestría en Relaciones Internacionales (Universidad Nihon Gakko, Paraguay). Investigadora (Universidad de San Isidro). Profesora de la Práctica Profesional de la Facultad de Ciencias Jurídicas y de la Administración USI. Directora Revista Jurídica de San Isidro Serie Contemporánea del Colegio de Abogados de San Isidro. jlbuzzone@gmail.com.

I. INTRODUCCIÓN

La discriminación y desigualdad entre hombres y mujeres con base en su condición sexual con relación al concepto de Derechos Humanos (DH) en general y particularmente a los Derechos Económicos Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA) a los que la República Argentina ha adherido exige el cumplimiento del Estado a la manda de los principios convencionales de progresividad y no regresividad como pauta interpretativa para la aplicación de la normativa internacional (Abramovich, 2022).

Los DESCAs abarcan una variedad de derechos entre los que se encuentra la discriminación basada en género, pero que, como tal, se reconoce que la efectividad no se logra de manera rápida, sino que su reconocimiento será gradual y constante. De allí, entendemos, deriva la responsabilidad del Poder Judicial en tanto que, como uno de los poderes del Estado, debe obligatoriamente lograr la efectividad de estos principios.

Se presentarán algunas sentencias en materia de derecho laboral que revelan la valía de los jueces de efectuar su aporte al progreso gradual y constante del derecho de las mujeres a la igualdad estructural y no discriminación.

II. CAMBIO DE PARADIGMA. CONSTITUCIONALISMO DE LOS DERECHOS HUMANOS. DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES.

Las organizaciones jurídicas del constitucionalismo, a la luz de los eventos históricos han evolucionado en un proceso de pasaje desde el constitucionalismo clásico a uno social y, finalmente, al paradigma actual predominante: el constitucionalismo de los derechos humanos fundamentales. Inicialmente, estas organizaciones eran horizontales, con todos los elementos en el mismo nivel, incluyendo las constituciones, donde prevalecía el poder absoluto. Posteriormente, evolucionaron hacia una estructura jerárquica, estableciendo normas de validez y ubicando garantías en la cúspide de las constituciones (Cañal, 2012). En el orden supranacional que emerge de las decisiones universales la Organización de las Naciones Unidas, a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), y la Organización de los Estados Americanos (OEA), a través de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH), y los sucesivos tratados internacionales reivindicatorios de los Derechos Humanos creados bajo la órbita de ambos sistemas, se fija un consenso mundial y regional en torno a la dignidad humana².

Es así como el reconocimiento de los derechos fundamentales se concreta a través de lo que se conoce como sistema de control constitucional de convencionalidad, siendo a la vez este mecanismo el encargado de garantizar el respeto de los derechos fundamentales reconocidos en esos instrumentos suscriptos por cada uno de los Estados signatarios.

La conceptualización de los Derechos Humanos es una noción relativamente nueva e internacional y responde al interés de la comunidad internacional respecto de la decisión política del trato que le dé el Estado a sus nacionales y a las personas bajo su jurisdicción. Se trata de una noción cualitativamente distinta que surge de un consenso mundial y que se apoya en las nociones de dignidad y libertad común a todas las culturas y civilizaciones (Pinto, 2004). Este cambio de modelo incide directamente en el rol de los operadores jurídicos, quienes deberán desarrollar una tarea hermenéutica de mayor complejidad y creatividad, armonizando las reglas de derecho de los diferentes contextos normativos. Los derechos humanos son inherentemente aplicables a cualquier individuo, y el sistema legal debe garantizar que todos tengan igualdad de condiciones para ejercer, disfrutar y proteger estos derechos (Iriarte Rivas, 2018), y comprende sin distinción los derechos que pueden ser caracterizados como civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, aunque han recibido diferente tratamiento los Derechos Civiles y Políticos, por un lado, y por el otro los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA)³.

² Estos dos ámbitos de tratamiento internacional del derecho de los derechos humanos, uno, en el contexto universal y otro en el sistema Interamericano, y las constituciones, dictadas en su consecuencia “comienzan lentamente a responder al esquema propio de una sociedad globalizada (Cañal, 2015)

³ Este criterio de diferenciación responde a una decisión política.

Los estándares legales desarrollados en materia de DESCAs recibieron tratamiento en el ámbito internacional universal por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y su órgano de supervisión, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC). En el ámbito interamericano -Sistema Interamericano de Derechos Humanos- (SIDH) recibieron tratamiento en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y luego (1999) por el Protocolo de San Salvador (PSS) -adicional a la CADH- que regula específicamente los derechos económicos, sociales y culturales. En la inteligencia del SIDH la noción de Derechos Humanos comprensiva de los DESCAs, se ha aplicado bajo un diferente tratamiento con relación a los Derechos Civiles y Políticos, dado que éstos últimos se han priorizado, acotándose los DESCAs, a una norma caracterizada como de “desarrollo progresivo” (cuya formulación responde a la inspiración del artículo segundo del PIDESC adoptado pocos años antes).

En Argentina, la incorporación sistemática a la normativa fue posible gracias a la norma contenida en el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional. Los DESCAs reciben tratamiento, como se dijo, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) en el Capítulo III. DESCAs, en su artículo 26, norma que permite inferir que existen obligaciones positivas de los Estados que se suman a las de la Declaración Americana, enriquecida luego, como se dijo, por el protocolo adicional a la CADH en materia de DESCAs, llamado protocolo de San Salvador. Por su parte, el art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional sostiene que corresponde al Congreso: “Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato ..., las mujeres...”. Es por ello que, la inclusión de los tratados internacionales y la responsabilidad de los jueces por el control de la convencionalidad ha producido transformaciones importantes en las concepciones tradicionales del derecho constitucional con relación a las competencias que conforme la Constitución Nacional le son otorgadas a cada uno de los poderes que componen el sistema republicano de Gobierno.

Siguiendo a Christian Courtis y Victor Abrahamovich (2002) entendemos que la adopción de normas constitucionales o de tratados internacionales que consagran los DESCAs generan obligaciones concretas al Estado y que muchas de estas obligaciones resultan exigibles judicialmente. Los autores citados argumentan que no existe una “diferencia de estructura entre los diversos tipos de derechos fundamentales”, por lo que es indudable, sostienen, que los comportamientos perjudiciales que infringen estos derechos pueden ser objeto de sanciones o al menos de reparación, y que, también, es posible que las omisiones que constituyen una falta en la prestación de estos derechos sean justiciables, es decir, que puedan ser llevadas a juicio y garantizar su exigibilidad en la mayoría de los casos.

El PIDESC parte del supuesto de que la plena efectividad de estos derechos no se puede lograr de manera rápida en términos generales, y determina que cada uno de los Estados Parte además de comprometerse a “adoptar medidas” tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas; debe someterse al principio de progresividad y no regresividad de estos derechos. Es decir, se comprometen a utilizar al máximo los recursos disponibles para avanzar de manera gradual y constante hacia la plena realización de los derechos reconocidos en el pacto.

El deber de progresividad implica, además, que los Estados no pueden retroceder en la realización de un derecho en particular, lo que se denomina la “prohibición de la regresividad”. Esto quiere decir, lo que constituye una violación del tratado no depende tanto del contenido específico de la política pública en sí, sino más bien de cualquier retroceso no justificado desde el nivel de protección social alcanzado previamente. Se trata de incluir estos derechos en las políticas nacionales de avanzar y de evitar toda medida de regresión que debe ser justificada.

Esta perspectiva se encuentra reflejada en la Observación General N° 3⁴ del Comité DESCAs, que aborda la naturaleza de las obligaciones de los Estados Parte en el artículo 2 del Pacto estableciendo además que

“Entre las medidas que cabría considerar apropiadas, además de las legislativas, está la de ofrecer recursos judiciales en lo que respecta a derechos que, de acuerdo

⁴ Quinto período de sesiones (1990) Observación general N° 3 La índole de las obligaciones de los Estados Parte (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto).

con el sistema jurídico nacional, puedan considerarse justiciables. El Comité observa, por ejemplo, que el disfrute de los derechos reconocidos, sin discriminación, se fomentará a menudo de manera apropiada, en parte mediante la provisión de recursos judiciales y otros recursos efectivos”.

Courtis (2002) sostiene⁵ que “el Poder Judicial, provocado adecuadamente, puede ser un poderoso instrumento de formación de políticas públicas”. En efecto, siguiendo al autor citado no cabe duda de que la implementación de los DESCAs no sólo depende de actividades de planificación, previsión presupuestaria y puesta en marcha, que por naturaleza corresponden a los poderes políticos, sino que el juez también participa de la responsabilidad asumida por el Estado por sus obligaciones internacionales. Este enfoque busca brindar al Estado la oportunidad de conocer y remediar cualquier violación alegada antes de recurrir a instancias internacionales para denunciar el incumplimiento. Cuando el poder político no cumple con las obligaciones después de recibir una notificación por parte del Poder Judicial, además de las posibles repercusiones negativas a nivel internacional, también deberá asumir la correspondiente responsabilidad política derivada de su falta de acción ante su propia población.

III. DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES EN SU RELACIÓN CON LAS DECISIONES JUDICIALES QUE RESUELVEN CUESTIONES DE DISCRIMINACIÓN E IGUALDAD DE LAS MUJERES.

La reconceptualización del derecho constitucional con relación a las decisiones judiciales cuando resuelven cuestiones sobre inconstitucionalidad e inconventionalidad de normas cuyos argumentos revelan las obligaciones de derecho internacional que la República Argentina se ha comprometido a cumplir, específicamente obligaciones asumidas en los tratados de DESCAs relativos a las decisiones que involucran los conceptos de igualdad y no discriminación de las mujeres en el derecho del trabajo ha recibido un tratamiento constitucional significativo en las últimas décadas y aun así, existen todavía y se constatan numerosas asignaturas pendientes, numerosos déficits que revelan la insuficiente eficacia para hacer frente a potenciales involuciones o regresiones en los estándares de protección de la igualdad de género y no discriminación con relación a las mujeres. El proceso de ampliación de los derechos de las mujeres y su inclusión como ciudadanas fue un proceso que se caracterizó por ser gradual y desigual. Inicialmente, se ampliaron sus derechos legales en el ámbito político, laboral y luego en el ámbito civil. Sin embargo, estas transformaciones se llevaron a cabo sin alterar la estructura subyacente del rol social asignado culturalmente a las mujeres (Iriarte Rivas, 2018).

La concepción del sujeto mujer en el sentido como es abordado por el constitucionalismo liberal permite que el ordenamiento jurídico exprese una abstracción que ignora la materialidad de las diferencias. Esto implica abstraerse de la conflictividad social producto de las relaciones de poder que existen en el orden social. El modelo del constitucionalismo liberal construyó la subjetividad individual sin considerar al sujeto real y su posición en la estructura social, disolviendo así la realidad social del sujeto en el orden jurídico, lo que implica ocultar las desigualdades y jerarquías entre los sujetos. Este enfoque según Roncoroni (2012) adolece también de ciertas limitaciones. Este trato neutral favorecería la siguiente noción: “tratar a las personas de igual modo significa lo mismo que tratarlos como iguales”, lo que no daría cuenta de las desigualdades fácticas que hacen de la idea de igualdad como no discriminación transformando la igualdad en un concepto vacío e injusto. Sostiene,

“la interpretación de la igualdad sigue presentando problemas para dar cuenta de todas las situaciones de desigualdad, porque no tomó en cuenta la situación estructural de la desigualdad a la que se enfrentan individuos pertenecientes a determinados grupos. No nos provee de herramientas suficientes para decidir en muchos casos en los que son relevantes las diferencias De hecho entre las personas y en

⁵ Citando a José Reinaldo Lima López (Direito Subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado social do direito).

especial las diferencias originadas en un trato sistemáticamente excluyente o de sometimiento”.

Roberto Saba (2007) nos da una visión de la igualdad ante la ley, pero desde un punto de vista distinto y lo llama “Des-igualdad estructural” diferenciándola de la visión individualista de la igualdad. Sostiene el autor que, si bien no contamos en nuestro país con esclavos y déspotas, existen en nuestra sociedad grupos que carecen de acceso a ciertos empleos, funciones, actividades, espacios físicos. Y, particularmente en Argentina nos encontramos con desigualdades a pesar de la inexistencia de normas que excluyan a las mujeres, a los discapacitados, los indígenas u otros grupos vulnerables; sin embargo, de hecho, los derechos a la educación, a la salud, al trabajo en igualdad real pueden quedar en solo palabras. Afirma que estas situaciones de exclusión social o sometimiento de estos grupos en forma sistemática deriva en complejas prácticas sociales, prejuicios y sistemas de creencias que desplazan a las mujeres, a los discapacitados, indígenas, entre otros vulnerables.

“La discriminación que afecta a las mujeres no puede abordarse con las herramientas tradicionales fundadas en la concepción de aplicación injusta de la norma, sino desde la conceptualización de la discriminación sistémica” (Iriarte Rivas, 2018).

Tomaremos el concepto del vocablo discriminación siguiendo a la doctora Dobarro (2017) quien la define: “se refiere al trato diferente, y peyorativo, que se le da a determinada persona o grupo fundado en circunstancias o razones de tipo subjetivas, vinculadas con las características que se les atribuyen a los integrantes de un grupo en particular (ya sea que pertenezca a él por su origen o como consecuencia de opciones personales)”. Y, cuando nos referimos a la discriminación contra la mujer no entendemos hacerlo respecto de un caso en específico, sino enfocando el conjunto de conductas y actitudes que evidencian discriminación hacia las mujeres en general, por el solo hecho de ser mujeres (SABA, 2016). “La discriminación es un género específico de obstáculo que enfrentan los grupos desaventajados para acceder de manera segura a ciertos bienes valiosos socialmente. Ese bloqueo singulariza ciertos rasgos que el grupo comparte y que son el móvil de la exclusión” (Serrano Guzman, 2021).

La actividad que despliega el Poder Judicial en este marco de Estado moderno y como parte de la tríada de poderes que conforman la República (como mecanismo eficaz para administrar el Estado) pareciera que encuentra insuficientes herramientas y/o mecanismos en las funciones propias asignadas por el gobierno republicano que pueden llegar a provocar enfrentamiento de competencia de atribuciones asignadas a cada uno. En este sentido, y siguiendo a Soto Velasco (2018), “en cualquier caso, del análisis de lo escrito por Montesquieu queda de manifiesto la existencia de tres poderes que no solo deben estar separados, sino que también balanceados, donde existen diversos espacios de interacción a fin de generar contrapesos internos y externos”, dado que en cuestiones de género puede afirmarse que la referencia al principio de separación de poderes, lo es en tanto la cuestión sobrevuela el límite impuesto al poder judicial de “no arrogarse funciones legislativas”. Ahora bien, es de hacer notar que la misma CSJN, en este sentido ha dicho que “en el marco de cuestiones relacionadas con el derecho del trabajo y el derecho previsional, el principio de progresividad o no regresión que veda al legislador la posibilidad de adoptar medidas injustificadas regresivas, no solo es un principio arquitectónico de los Derechos Humanos sino también una regla que emerge de las disposiciones de nuestro propio texto constitucional en la materia (Fallos: 338:1347; 331:2006, voto de los jueces Lorenzetti, Fayt y Zaffaroni; 328: 1602, voto del juez Maqueda 327:3753, voto de los jueces Petracchi y Zaffaroni)⁶”. Asimismo, la CIDH ha manifestado:

“su preocupación ante desafíos en la implementación del marco normativo existente, dada la existencia de problemas como formas de discriminación contra las mujeres en razón de su sexo; la brecha salarial entre mujeres y hombres que ocupan trabajo de igual valor; la prevalencia del acoso sexual; y la necesidad de medidas para promover el balance y la democratización de responsabilidades familiares⁷”.

⁶ Nota de Jurisprudencia. Principio de Progresividad. Buenos Aires, septiembre 2021. Secretaría de Jurisprudencia. Corte Suprema de Justicia de la Nación. <https://sj.csjn.gov.ar/homeSJ/notas/nota/22/documento>

⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II.143 Doc. 59 3 noviembre 2011

IV. ROL ACTIVO DE LOS JUECES. "PROGRESIVIDAD Y NO REGRESIVIDAD"

Cuando se trata del derecho de los DDHH la impronta del acceso a la justicia adquiere mayor relevancia, no sólo en términos estructurales por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) sino también por parte de los jueces de tribunales inferiores. Se produce un cambio en el rol de los jueces dado que "la aplicación e interpretación de este derecho como ordenador del proceso a su cargo exige un mayor activismo y un compromiso con el ejercicio de su función y la resolución oportuna y eficaz de los conflictos que se le presenten" (Maurino, Gustavo; Sucunza, Matías, 2016).

Sostiene Gozaíni (2014) con relación a los DESCAs que "se ha visto una progresión constante de decisiones que, amparadas en la necesidad de dar operatividad y ejecución al plan programado por las normas constitucionales de la llamada segunda generación, ocuparon y ocupan volúmenes aumentados de jurisprudencia que lo explica". Seguidamente se presentan algunos ejemplos jurisprudenciales de cómo se ha empleado el principio de protección igualitaria y prohibición de discriminación en materia de derechos económicos, sociales y culturales que implican la aplicación de los principios de progresividad y no regresividad.

Me permito citar dos casos emblemáticos de la justicia argentina revelan avances y retrocesos en el tratamiento de una misma cuestión y me refiero a los casos Sisnero y Borda⁸; en los cuales ambas accionantes denuncian discriminación en el acceso al mercado laboral del transporte público de pasajeros.

Mirtha Sisnero, en la Provincia de Salta, argumentó la denegación al empleo como chofer en empresas de colectivos a pesar de cumplir con los requisitos necesarios, lo que consideró una violación de sus derechos de igualdad y no discriminación. La CSJN hizo lugar a la queja, declaró procedente el recurso extraordinario y, en consecuencia, dejó sin efecto la sentencia apelada. Entre sus fundamentos sostuvo, en relación a la temática abordada en nuestro trabajo que:

"esta Corte tiene dicho que los principios de igualdad y de prohibición de toda discriminación resultan elementos estructurales del orden jurídico constitucional argentino e internacional (Constitución Nacional, arto 16; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, arto 2°; Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 2° y 7°; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 2.1 y 26; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, arts. 2° y 3°, Y Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 1.1 y 24".

En el caso Borda (Ciudad de Buenos Aires), también referido a una acción de amparo contra empresas de transporte público local en el área metropolitana que exigió que las empresas de colectivos implementaran una política de selección y contratación de personal que no discrimine y establecieran un cupo para promover la igualdad de oportunidades para las mujeres. La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala II sostuvo para hacer lugar al reclamo:

"Tampoco puedo dejar de tener en cuenta al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, PIDESC) –garantizar el ejercicio de los derechos, entre ellos, el derecho a trabajar (arts. 6° y 7°), sin discriminación alguna por motivos de sexo (art. 2, pto. 2). Al respecto, el Comité DESC –intérprete autorizado del PIDESC– en la OG Nro. 20 del 2/07/2009, señaló que, periódicamente, se constata que "...la discriminación contra algunos grupos subsiste, es omnipresente, está fuertemente arraigada en el comportamiento y la organización de la sociedad y a menudo implica actos de discriminación indirecta o no cuestionada" (párr. 12). Por ello, el Comité DESC advierte que "los Estados Parte deben adoptar un enfoque proactivo para eliminar la segregación y la discriminación sistémicas en la práctica.

⁸ "Sisnero, Mirtha Graciela; Caliva Lía Verónica; Bustamante Sandra; Fundación entre Mujeres c/Tedelva SRL -Sent. CSJN 2014- y "Borda Erica C/Estado Nacional -Ministerio de Trabajo, empleo y Seguridad Social de la Nación y Los Constituyentes s/ Acción de Amparo" -Sent Cámara 2018-.

Para combatir la discriminación será necesario, por lo general, un planteamiento integral que incluya una diversidad de leyes, políticas y programas, incluidas medidas especiales de carácter temporal”.

En el caso Etcheverry⁹, un grupo de trabajadores, junto a una organización no gubernamental (ONG), presentaron una acción de amparo para abordar la falta de reglamentación del artículo 179 de la Ley 20.744 de Contrato de Trabajo. La CSJN sostuvo que el derecho frustrado por falta de reglamentación atenta contra el derecho a la protección integral de la familia. En ese sentido destacaron que resultaban aplicables al caso los distintos tratados internacionales de rango constitucional, sosteniendo, en referencia a los DESC, que:

“Además de las normas constitucionales citadas, convergen en la cuestión los tratados internacionales que contienen normas similares. Así, el artículo 10, inciso 1, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que los Estados firmantes reconocen que “...se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo...”.

En el caso Castillo Orozco¹⁰ la demandante, una azafata, sufrió hostigamiento y acoso sexual en su trabajo. Aunque la Cámara rechazó la demanda contra la ART, la Suprema Corte de Justicia de Mendoza revocó la sentencia, cuestionando la cultura jurídica patriarcal. Reconociendo la insuficiencia del enfoque formal de igualdad y sostuvo:

“la mención a la relación existente entre la normativa vigente en la República Argentina y la obligación asumida por el Estado frente a los tratados internacionales que tiene “como objetivo fundamental la búsqueda de los distintos medios que permitan la efectiva protección de las mujeres en situación de vulnerabilidad como las que aquí se analizan advierto que el sistema de riesgos del trabajo resulta contrario a la normativa de raigambre constitucional y supra legal”, incluyendo entre sus fundamentos el PIDESC expresando claramente que la normativa relativa al sistema de riesgos del trabajo hace caso omiso a la prohibición de realizar discriminación y actos de violencia en razón del género... reafirmando la obligación asumida por el estado en la adopción de medidas apropiadas para la modificación de patrones socioculturales y al principio de progresividad en medidas específicas e inclusive programas para modificar dichos patrones.

En la Provincia de Córdoba el Juzgado de Primera Instancia 24 Nominación de Córdoba¹¹ hizo lugar al amparo interpuesto por una jugadora de fútbol contra de la Liga Cordobesa de Fútbol en virtud de que dicha entidad dictó una reglamentación por la que dispuso un límite de edad para competir en un torneo de fútbol femenino que le impedía a la amparista la posibilidad de disputar del campeonato. El Tribunal hizo lugar a la acción y condenó a la demandada:

“que habilite a la actora a participar del torneo en cuestión. Consideró que el límite etario contemplado en la reglamentación cuestionada era discriminatorio, violaba el principio de igualdad ante la ley y el derecho al deporte. Remarcó la desigualdad de género que existe en nuestro país en el fútbol... afirmando que la “prohibición” de acceder a la práctica deportiva resulta violatoria del derecho de igualdad (art. 16, CN y art. 7, CP), del derecho a la no discriminación (Ley 23.592) y de lo dispuesto en el art. 1 de la CEDAW, arts. 1, 2 y 3 de la DUDH, art. 2 del PIDESC; y art. 1 de la CADH”.

⁹ CSJN: “Etcheverry, Juan Bautista y otros c/EN s/amparo ley 16.986” CAF 049220/2015/1/RH001 del 21/10/2021

¹⁰ Castillo Orozco Nidia Mariet C/ Prevención ART SA P/ Enfermedad Accidente “ (156157) P/ Recurso Extraordinario Provincial. <https://mendozalegal.com/omeka/files/original/deb07efd702ba9c53c1f9b5b9f5fb427.pdf>

¹¹ P., M. C. C/ Liga Cordobesa de Futbol- Amparo. Córdoba, 23/11/2021. <https://om.csjn.gov.ar/JurisprudenciaOM/consultaOM/verSentenciaExterna.html?idJurisprudencia=4972>

Estos fallos, que deciden materias que implican asumir una posición activista para dar cumplimiento a la obligación como poder del Estado de aplicar los Tratados Internacionales suscriptos por Argentina se encuentran en la disyuntiva de someter bajo la lupa de la concepción monista actual (ley extranjera reconocida e incorporada al orden jurídico interno sin perder su condición de extranjera es decir incorporada al derecho positivo), viéndoselas con la pluralidad de derechos concurrentes, estatales, infra estatales y supraestatales - por ejemplo las normas nacidas al interior de los sindicatos, de las asociaciones, de organismos internacionales¹².

V. CONCLUSIÓN

Cueto Rúa¹³, nos habla del conocimiento de la realidad social en el sentido de la búsqueda de la aplicación de la norma jurídica que mejor exprese ese sentido para aplicarlo a la realidad social planteada en juicio. Sostiene el autor que “la comprensión del significado de un acto humano”, en el caso un acto de discriminación “se encuentra ligada al conocimiento de la realidad circundante”. Ahora bien, lo relevante de los jueces que se han pronunciado en los fallos citados, es que han reconocido la “realidad circundante” (de la que nos habla Cueto Rúa), han debido colocarse en la realidad vivida por esas mujeres, la han detallado, la han descripto.

Sin la acción de los jueces cualquier norma es inexistente; si una norma es inconstitucional y ningún juez la declara, tal inconstitucionalidad no existe, o carece de efectos sociales.

Los documentos mencionados, como se expresara, incluyen los principios de “progresividad” y de “no regresividad” sobre derechos económicos sociales y culturales. En este sentido los Estados deben adoptar medidas tanto en el orden interno como mediante la asistencia y Cooperación Internacional, especialmente la económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles a fin de lograr progresivamente, por todos los medios apropiados inclusive mediante la adopción de legislación interna la plena efectividad de los derechos reconocidos por los DESCA.

Por otra parte, también es obligación del Estado, y por ende el sistema judicial, de no dar pasos hacia atrás es decir la prohibición de adoptarse medidas regresivas. Se trata de incluir estos derechos en las políticas nacionales de avanzar y de evitar toda medida de regresión que debe ser justificada.

La República Argentina incorpora la obligación de progresividad y prohibición de regresividad a su ordenamiento constitucional en el año 1994 con la inclusión de los tratados internacionales de Derechos Humanos en el artículo 75. 22 de la Constitución Nacional. En este sentido el Estado se compromete a mejorar progresivamente las condiciones de goce y ejercicio de los DESC, obligación en la que está incluida el Poder Judicial.

Y, cuando la desigualdad proviene de situaciones estructurales de discriminación, que en general no solo proviene de normas, sino que claramente tiene su origen en la constatación de que en la sociedad existen ciertos grupos que son sistemáticamente excluidos del goce y ejercicio de sus derechos. Es allí donde aparece la obligación de realizar acciones a fin de erradicar la situación de sometimiento.

Por ello, esta concepción de igualdad requiere no solo tomar en cuenta lo que sucede en el derecho, sino que exige analizar la situación de hecho en la que se encuentran ciertos grupos de mujeres sometidas a la discriminación estructural.

Los tribunales y el sistema de justicia son órganos del Estado obligados a implementar los tratados y dar operatividad a los derechos, y, en este contexto, las sentencias de los tribunales nacionales se consideran medidas internas cruciales para la aplicación efectiva del tratado, incluso en ausencia de normativas legislativas o decisiones administrativas. Las sentencias constitucionales, particularmente aquellas con man-

¹² Carbonnier, Jean. Derecho Flexible. Tecnos, Madrid, 1974. Cap. I. Las hipótesis fundamentales de la sociología jurídica teórica

¹³ Cueto Rúa, Julio C. Una visión realista del derecho. Los jueces y los abogados. Abeledo Perrot, 2000.

datos específicos, pueden actuar como una “señal de alarma” para el poder ejecutivo y legislativo, instándolos a abordar problemas que podrían haber sido subestimados (Abramovich, 2022). Además, y, aunque estas sentencias no concluyan el proceso del cambio inician un nuevo ciclo de interacción, cuya efectividad dependerá luego de la capacidad del sistema político para adaptarse a las señales y ajustar la agenda en consecuencia.

BIBLIOGRAFÍA

Abramovich, Victor. *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales nacionales. La revisión constitucional de las leyes y el control judicial de la administración pública*. 2002, págs. 222-245.

Cañal, Diana Regina. *El fenómeno del desajuste entre los paradigmas normativos e interpretativos en el Derecho. El caso de los derechos humanos fundamentales en América Latina. La cuestión del trabajo y los problemas procesales*. Temas de direito do trabalho, processo do trabalho e direito à saúde: abordagem à luz dos princípios jurídicos e dos direitos fundamentais. s.l.: Dois de Julho, 2015.

Cañal, Diana. *Los paradigmas normativos e interpretativos: Relojes que suelen atrasar*. [ed.] Spes. revista Spes. octubre de 2012, p. 34.

Carbonnier, Jean. *Derecho Flexible*. Tecnos, Madrid, 1974. Cap. I. Las hipótesis fundamentales de la sociología jurídica teórica

Courtis, Christian. Abramovich, Víctor. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid, España. Editorial Trotta SA, 2002.

Courtis, Christian. *Dimensiones conceptuales de la protección legal contra la discriminación*. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r23709.pdf>

Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos*. (Este trabajo es parte de una investigación más extensa, escrita juntamente con Victor Abramovich). Universidad de Buenos Aires/Universidad de Palermo. OG Nro. 6. 1995.

Cuenca, Encarna Carmona. *La igualdad de género en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: un reconocimiento tardío con relación al Tribunal de Justicia de la Unión Europea*. Revista Española de Derecho Constitucional. 2015, Vols. 297-328), 104.

Cueto Rua, Julio C. *Una visión realista del derecho. Los jueces y los abogados*. Abeledo Perrot, 2000.

Dobarro, Viviana Mariel. *El Derecho del Trabajo ante la discriminación en el ámbito laboral*. 2017.

Fairstein, C, Kletzel, C y García Rey. *En busca de un remedio judicial efectivo: nuevos desafíos para la justiciabilidad de los derechos sociales*, Buenos Aires, mimeo. 2009. file:///C:/Users/Usuario/Downloads/2066-Texto%20del%20art%C3%ADculo-7995-1-10-20120412.pdf

Gozaini, Osvaldo A. *La función Social del Juez. Proceso y Constitución. Las sentencias constitucionales*. 2014.

Iriarte Rivas, Claudia. *La discriminación estructural de género y su recepción sistémica en el sistema de derechos humanos*. Universidad de Chile. Anuario de Derechos Humanos. 2018, 14, págs. 55-76.

Maurino, Gustavo; Sucunza, Matías. *Acceso a la Justicia. Constitución Nacional comentada*. s.l.: La Ley Editores, 2016.

Nota de Jurisprudencia. Principio de Progresividad. Buenos Aires, septiembre 2021. Secretaría de Jurisprudencia. Corte Suprema de Justicia de la Nación. <https://sj.csjn.gov.ar/homeSJ/notas/nota/22/documento>

Pinto, Mónica. *Los Derechos Económicos, sociales y culturales y su protección en el sistema universal y en el sistema interamericano*. Revista IIDH. 2004.

Roncoroni, Liliana. *Repensando el principio de igualdad: alcances de la igualdad real. Isonomía - Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. Instituto Tecnológico Autónomo de México. 2018. 49, págs.103-140.

Roncoroni, Liliana; Vita Leticia. *El principio de la igualdad en la enseñanza del Derecho Constitucional*. [ed.] Universidad de Buenos Aires. Departamento de Publicaciones. 2012, págs. 31-62.

Rossi, Julieta. *La Corte Suprema argentina y la aplicación de estándares internacionales en el ámbito de la igualdad, la no discriminación y los derechos sociales*. 2018. 40.

Saba, Roberto. 2007. *(Des)igualdad estructural. El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*. 2007.

Sagues, Néstor Pedro. *Derecho Procesal Constitucional. Logros y Obstáculos*, p. 227

Serrano Guzmán, Silvia. *La adjudicación de casos de igualdad y no discriminación por la Corte IDH Avances y retos pendientes. Discriminación Piezas para armar*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación (México), 7, 2021, págs. 291-342.

Soto Velasco, Sebastián. *La vieja y la nueva separación de poderes en la relación entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo*. 2. 2018. Estudios Constitucionales, Vol. 16.

JURISPRUDENCIA CITADA

Sisnero, Mirtha Graciela; Caliva Lía Verónica; Bustamante Sandra; Fundación entre Mujeres c/Tedelva SRL; Sent. CSJN 2014

Borda Erica C/Estado Nacional -Ministerio de Trabajo, empleo y Seguridad Social de la Nación y Los Constituyentes s/ Acción de Amparo” -Sent Cámara 2018-.

CSJN: “Etcheverry, Juan Bautista y otros c/EN s/amparo ley 16.986” CAF 049220/2015/1/RH001 del 21/10/2021

Castillo Orozco Nidia Mariet C/ Prevención ART SA P/ Enfermedad Accidente “ (156157) P/ Recurso Extraordinario Provincial

P., M. C. C/ Liga Cordobesa de Fútbol – AMPARO. Córdoba, 23/11/2021. <https://om.csjn.gov.ar/JurisprudenciaOM/consultaOM/verSentenciaExterna.html?idJurisprudencia=4972>

S., M. I c/ Liderar Compañía General de Seguros S.A. y otros s/despido” Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo – Sala VII – Expte. N° 8.854/08 – Sent. Def. N° 43.816 - 21/09/2011

“Discusiones sobre el Control de Constitucionalidad en la Argentina: ¿Necesidad de crear un tribunal constitucional?”

Autor: **Franco Mattiello***

RESUMEN

El Poder Judicial cumple la elemental función de ejercer de guardián y último custodio de la Constitución Nacional. Ésta, en tanto ley suprema de un Estado de Derecho, constituye la piedra fundamental y máxima protección de los derechos y garantías de la ciudadanía. De allí que la protección de la supremacía constitucional, a través del Control de Constitucionalidad, sea un tópico elemental en las discusiones sobre el rol del poder judicial en la democracia constitucional. La discusión que se propone radica en determinar cuál es el método más idóneo para el cumplimiento del mencionado papel. En la República Argentina rige el sistema difuso de control de constitucionalidad, el cual se halla en cabeza de todos los magistrados y magistradas. En este trabajo, a diferencia del estado de situación actual, consideramos y argumentamos que el mejor sistema sería uno de tipo concentrado, en cabeza de un Tribunal Constitucional de la República Argentina.

PALABRAS CLAVE

Democracia constitucional. Supremacía Constitucional. Control de Constitucionalidad. Poder Judicial. Tribunal Constitucional.

SUMARIO

I. Introducción; II. El Control de Constitucionalidad. Sistemas Existentes; III. El Control de Constitucionalidad en la Argentina; IV. El Control de Constitucionalidad en el Derecho Comparado. El Tribunal Constitucional Español; IV.1. El Tribunal Constitucional Español; V. ¿Creación de un Tribunal Constitucional Argentino?

* Franco Mattiello es abogado graduado de la Universidad de Buenos Aires (UBA) y, actualmente, Maestrando en Derecho Penal por la Universidad de San Andrés.

I. INTRODUCCIÓN

El Poder Judicial, en tanto constituye uno de los principales poderes que componen el Estado, tiene un rol elemental en la garantía de la plena vigencia de la democracia constitucional; deber que se refleja en múltiples funciones que se encuentran a su cargo.

Pero, a los efectos del presente trabajo, nos propondremos analizar sólo uno, quizás aquel que, en términos deductivos, aparece con mayor claridad. Nos referimos al papel de guardián y máximo custodio de la constitución nacional que ejercen los jueces de la nación, a la luz – en nuestro caso – del artículo 116 de nuestra Carta Fundamental¹, en cuanto establece contundentemente que “corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inciso 12 del artículo 75: y por los tratados con las naciones extranjeras...”.

Dicho artículo, además de delimitar la competencia federal – concretamente, aquella que resulta de la jurisdicción originaria de la Corte Suprema – consagra el deber, en cabeza del Poder Judicial, de preservar la supremacía constitucional en el ordenamiento jurídico argentino.

Como se mencionará en la oportunidad pertinente, dicha función carece de regulación específica en nuestro país, lo que desencadena una serie de inconvenientes, motivados, fundamentalmente, en la incertidumbre legislativa, que, a su vez, impone la necesidad de acudir a la reglamentación jurisprudencial; con los inconvenientes que ello representa.

Ahora bien, el planteo que se pretende abordar a lo largo de estas líneas se centra en analizar si nuestro sistema de control de constitucionalidad vigente es idóneo para el cumplimiento de dicha finalidad. En otras palabras, si es necesario avanzar – o no – hacia una reforma en el sistema de control de constitucionalidad que rige en nuestro país, con el estricto propósito de que el Poder Judicial se encuentre en condiciones óptimas y acordes para desempeñar su misión de guardián y último intérprete de la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales con Jerarquía Constitucional y las Leyes de la Nación.

No se trata de una discusión de índole abstracto – ni mucho menos – en cuanto refiere al estudio del rol del Poder Judicial en la consolidación de la democracia constitucional, pues, como ha sostenido cierta doctrina, “los debates sobre el control de constitucionalidad de las leyes son, en definitiva, debates sobre la función del [poder] judicial y el modelo de estado por el que se opta²”.

II. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. SISTEMAS EXISTENTES

Puede definirse, resumidamente, al control de constitucionalidad como aquella potestad de poder público (político, legislativo, jurisdiccional o mixto, según el caso) consistente en la salvaguarda de la vigencia y supremacía de la Ley Suprema de un Estado, frente a supuestos de conflicto entre ésta y las normas inferiores dictadas por los órganos constituidos.

El maestro Bidart Campos refiere que la fórmula del control de constitucionalidad en nuestro país fue acuñada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el año 1865, oportunidad en la que dictó el precedente “La Municipalidad de la Capital c/doña Isabel A. de Elortondo s/Expropiación; por inconstitucionalidad de la Ley del 31 de octubre de 1884 (CSJN Fallos 33:162)”, del siguiente modo:

“Que es elemento de nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la constitución para averiguar si guardan o no su conformidad con ésta, y

¹ Ver al respecto, Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Tecnos, Madrid, 1995; Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 2011.

² Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Estructuras Judiciales*, Ediar, Buenos Aires, 1994, pp. 22

abstenerse de aplicarlas, si las encuentra en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora uno de los fines supremos y fundamentales del poder judicial nacional...³”.

Cuando de control de constitucionalidad se trata, el fallo “Mardbury vs. Madison de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos” representa una cita obligada. En el año 1803, el máximo tribunal federal de los Estados Unidos dictó la referida sentencia que, podría afirmarse sin temor al yerro, constituye el *leading case* en la materia.

Previo a destacar los argumentos más relevantes del conflicto resuelto por el máximo tribunal de justicia de los Estados Unidos, es menester realizar una somera mención a los hechos del caso. Tras las elecciones presidenciales del año 1800, se produjo un cambio en el esquema de poder en los nacientes Estados Unidos, con el triunfo de Thomas Jefferson, quien asumiría el puesto de presidente de la Nación recién en marzo del año 1801. Mientras tanto, el presidente saliente, John Adams, realizó una serie de nombramientos judiciales de suma relevancia – entre ellos, designó a su secretario de Estado en el cargo de presidente de la Corte Suprema de Justicia – y, además, promovió la aprobación en el Congreso de la Ley Orgánica del Distrito de Columbia que, junto con otras, le permitieron efectuar el nombramiento de 42 jueces de paz para dicho distrito, entre los que se hallaba William Mardbury. Culminados los procedimientos de rigor, el secretario de Estado colocó el sello de los Estados Unidos en cada uno de los nombramientos, pero, sin embargo, cuatro de estos nombramientos nunca llegaron a sus respectivos destinatarios, producto del cambio de autoridades.

Al asumir el cargo, el presidente Jefferson intentó revocar todas aquellas normas que autorizaban los nuevos juzgados y, además, ordenó a su secretario de Estado a que retuviera los nombramientos firmados por el presidente saliente, a efectos de evitar la asunción al cargo de los cuatro jueces que aún no habían recibido sus nombramientos.

Frente a tal maniobra, Mardbury y los otros tres jueces afectados, promovieron una acción originaria ante la Corte Suprema, a fin de que ésta le ordenase al Gobierno a efectivizar la entrega de los nombramientos correspondientes.

Si bien la lid constitucional⁴ que debía resolver el máximo tribunal federal de los Estados Unidos se centraba, esencialmente, en determinar si la Constitución le asignaba o no competencia para conocer, por la vía originaria, el asunto sometido a su consideración, los argumentos de los que se valió permitieron comenzar a construir lo que, posteriormente, constituiría la doctrina del control de constitucionalidad.

En este contexto, la Corte estadounidense partió de plantear un camino bifurcado en dos alternativas, destacando que entre ellas no existe un punto intermedio: “La Constitución es la ley superior, la ley más importante, que no puede ser cambiada por medios ordinarios; o está al nivel de una ley ordinaria y, como otras leyes, puede ser alterada cuando al Congreso le plazca hacerlo”. Sentado este punto, afirmó que “si la primera de estas alternativas es verdadera, entonces una ley contraria a la Constitución no es derecho; si la segunda alternativa es verdadera, entonces las constituciones escritas son un intento absurdo del pueblo para limitar el poder, en su propia naturaleza inimitable”. Finalmente, inclinada por la primera de las alternativas, la Corte Suprema de los Estados Unidos concluyó que: “ciertamente, todos aquellos que han elaborado constituciones escritas las han considerado como la ley fundamental y suprema de la Nación y, consecuentemente, la teoría de un gobierno de ese tipo debe ser que *una ley repugnante a la Constitución es nula*” (el destacado nos pertenece).

En base al precedente Mardbury vs. Madison, la doctrina constitucional de todas las latitudes comenzó a diseñar el esquema dogmático que, hasta la fecha, dominará las formas y metodologías adoptadas para diseñar los distintos sistemas de control de constitucionalidad vigentes en cada uno de los Estados.

³ Bidart Campos, German J., Manual de la Constitución Reformada, 1ª ed., Buenos Aires, Ediar, 1996, pp. 336.

⁴ Utilizamos en el texto el término “Lid Constitucional”, concepto adoptado por Maraniello quien la define como “todo conflicto intraconstitucional, es decir, a aquellos que surgen dentro de la propia Constitución” (Maraniello, Patricio, La Lid Constitucional. Una justa y equilibrada solución a los conflictos entre los Tratados Internacionales y la Constitución Nacional, Revista de Ciencia Jurídica de la Universidad de Guanajuato, México. Año 3 Nro. 5 de enero/junio de 2014, pp. 4).

En orden a lo expuesto, es posible sostener que el control de constitucionalidad es obra de cada Estado, que adopta el sistema que entiende más adecuado a la realidad de su ordenamiento jurídico. Sin perjuicio de ello, tras años de elaboración doctrinaria, jurisprudencial e, incluso, legislativa, se han ensayado numerosas clasificaciones de los sistemas de control de constitucionalidad. Pablo Manili⁵ esboza una clasificación sumamente clara, desde el punto de vista pedagógico y expositivo, refiriendo que los sistemas de control de constitucionalidad se clasifican del siguiente modo: 1) De acuerdo a quien lo realiza, pudiendo tratarse de un control “concentrado” – en donde existe un solo órgano facultado para realizar el control de constitucionalidad –, o “difuso” – cuando, al contrario del anterior, no hay un único órgano con potestad exclusiva para efectuar dicho control –; o bien, “mixto, dual o paralelo” – en el que existen casos en los que el control es efectuado con efectos derogatorios y otros en los que los efectos de la declaración de inconstitucionalidad se producen únicamente entre las partes –; 2) De acuerdo al momento en el que se realiza, es decir, si el control es anterior o posterior a la entrada en vigencia de la norma, o bien, si se realiza en ambos sentidos; 3) y, finalmente, de acuerdo al resultado del control; ergo, si produce efectos derogatorios (o “erga omnes”), o si los efectos son inter partes, lo cual implica que la norma que se declara inconstitucional lo es únicamente para las partes, pero permanece vigente en el ordenamiento jurídico.

Cada sistema de constitucionalidad se integra con una u otra de las clasificaciones referidas. De tal forma, que puede estarse frente a un control de constitucionalidad concentrado, previo y con efectos derogatorios, o bien frente a uno difuso, posterior, con efectos inter partes, y así sucesivamente.

Naturalmente, la forma en que se estructure el control de constitucional impactará sustancialmente en la solvencia, integridad y seguridad del ordenamiento jurídico de que se trate; pero, sobre todo, repercutirá de un modo sumamente esencial en la calidad democrática del ordenamiento constitucional de cada Estado. Ello así, pues, los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica dependerán, necesariamente, del sistema de control de constitucionalidad vigente en cada Estado.

Sobre este punto, asimismo, resulta adecuado atender a las teorías de las nulidades constitucionales. En rigor, Manili plantea una distinción entre nulidades constitucionales propias e impropias, en función de que se hallen expresamente previstas en la Ley Fundamental o no; pero, sin embargo, aclarar que, en materia constitucional todas las nulidades son absolutas⁶.

Ahora bien, esta separación impone definir, por un lado, en qué supuestos el Poder Judicial puede (o, incluso, debe) proceder a declarar la nulidad de una norma emanada del Congreso de la Nación o del Poder Ejecutivo Nacional, y en qué otros deberían limitarse a la declaración de inconstitucionalidad. Por el otro lado, también, exige clarificar los efectos de uno u otro acto.

En pocas palabras, el autor citado precedentemente considera que procederá la declaración de nulidad en aquellos casos en los que la nulidad se encontrare expresamente establecida en la Constitución Nacional (nulidades propias), o bien cuando el acto viciado se aparta procesal o materialmente de una pauta o prohibición expresa trazada por el constituyente (nulidades impropias); mientras que, cuando no se presentan tales situaciones, los magistrados sólo deberán declarar la inconstitucionalidad de la norma, cuando ésta se hallare en una contradicción insalvable con la ley suprema⁷.

Ahora bien, en nuestro país, si bien es cierto que existen nulidades constitucionales absolutas (v.gr., Arts. 9, 16, 17, 18, 29, 32, 36 CN, entre otras), no es menos cierto que el sistema difuso de control de constitucionalidad y la ya señalada carencia de una cultura del *stare decisis*, representan un obstáculo para el establecimiento de efectos nulificantes de dicho control.

De allí la importancia de analizar responsable y pormenorizadamente si el sistema de control de constitucionalidad vigente en nuestro país resulta adecuado para el objetivo de garantizar la integridad de nuestro ordenamiento jurídico.

⁵ Manili, Pablo L., Manual de Derecho Constitucional, 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Astrea, 2019, pp. 109/111.

⁶ Manili, Pablo Luis, Teoría Constitucional, 1ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2014, pp. 156

⁷ Idem. pp. 162.

III. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN ARGENTINA

Habiendo abarcado la conceptualización del control de constitucionalidad, así como también la delimitación de los distintos sistemas construidos por la doctrina y la jurisprudencia, corresponde ahora detenerse en el estudio del funcionamiento del control de constitucionalidad en la República Argentina. Sabemos que en nuestro país rige, en materia de control de constitucionalidad, lo que la doctrina constitucional tradicional ha denominado sistema “difuso”.

Ahora bien, como fuera adelantado en la introducción, la Constitución no regula – o, al menos, no lo hace expresamente – el control de constitucionalidad. Dalla Vía refiere que, al igual que la Constitución de los Estados Unidos de América, ha sido la jurisprudencia de la Corte Suprema quien ha ido delineando los contornos y reglas en que dicho control se desenvuelve, aunque algunos preceptos hayan sido receptados legislativamente⁸.

En rigor, de la letra del artículo 116 de la Constitución Nacional, pareciera surgir, únicamente, el deber de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de los demás tribunales inferiores de preservar la supremacía constitucional (Art. 31 CN), más no aclara en qué medida y con qué alcances corresponde a cada uno de ellos. En este sentido, de una interpretación literal de la norma, podría concluirse que, un Juez o Jueza de primera instancia puede declarar la inconstitucionalidad de una norma con la misma entidad o fuerza que podría hacerlo la Cámara Federal de Casación Penal o, llevado al extremo, la mismísima Corte Suprema de Justicia de la Nación – máxime si se tiene presente que, en la Argentina, no se halla afianzada una doctrina del *stare decisis* o del precedente obligatorio, propia de los sistemas concentrados, en los que no hay diversidad de enfoques, sino más bien lo contrario⁹.

Además, no puede soslayarse el hecho de que los principios y garantías constitucionales atraviesan transversalmente a todo el ordenamiento jurídico, de manera que cualquier controversia puede, en definitiva, suscitar cuestionamientos hacia alguna cláusula de la Constitución Nacional. Esto puede apreciarse claramente de la elaboración jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, a partir de la interpretación de las disposiciones del artículo 14 de la Ley N° 48 ha habilitado su instancia de revisión extraordinaria para el tratamiento de cuestiones de la más diversa índole y materia, por existir el “agravio federal” exigido por la referida norma y por la Acordada N° 4/2007.

Con lo referido hasta aquí, puede advertirse, en primer lugar, que no existe claridad suficiente respecto de las materias susceptibles de control de constitucionalidad, lo cual resulta factible de generar conflictos Inter poderes, desde el punto de vista de la división constitucional entre estos. Ello, naturalmente, trae aparejados conflictos de orden republicano, que dañan – en mayor o menor medida – la democracia constitucional. El principio republicano de gobierno impone – en palabras de Balbín – el establecimiento de un sistema de frenos y contrapesos, conforme al cual la división de los poderes se asienta en el racional equilibrio de recíprocos controles¹⁰. Resulta harto evidente que un sistema en el cual miles de jueces o juezas se encuentren facultados para revisar la adecuación constitucional de cualquier tipo de acto emanado de los poderes mayoritarios, sin que existan criterios tendientes a uniformar dicha actuación, provoca desequilibrios claros en materia de representatividad republicana.

Pero la problemática antes señalada cuenta con otra arista distinta, pero estrechamente vinculada a la anterior. A saber, no puede soslayarse que, de conformidad con el sistema de control de constitucionalidad vigente en la República Argentina, cualquier magistrado o magistrada, sea de la Nación (Federal) o de cualquiera de las 23 Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se encuentra facultado para decretar la inconstitucionalidad de una Ley sancionada por el Congreso de la Nación. He aquí el segundo gran problema

⁸ Dalla Via, Ricardo Alberto, La Justicia Constitucional en Argentina, pp. 35 (consultado en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1976242.pdf>)

⁹ Gozaíni, Osvaldo Alfredo, La doctrina del precedente obligatorio *stare decisis* y el valor de los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, REVISTA JURISPRUDENCIA ARGENTINA Nro. 5826, 1993, pág. 2 (Id SAIJ: DACA930271)

¹⁰ Balbín, Carlos, Manual de Derecho Administrativo, 4ª ed., actualizada y ampliada, 2ª reimpr., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2020, pp. 22.

que se advierte, desde el punto de vista de la democracia constitucional: Jueces o Juezas, designados por mecanismos que no prevén la participación popular directa, cuentan la facultad de “desechar” una norma sancionada por los representantes del pueblo de la nación (Diputados/as) y de las Provincias (Senadores/as).

Pero los inconvenientes no se acaban allí, sino que lo decidido por cualesquiera de esos miles de jueces y juezas de primera instancia – independientemente del fuero que se pretenda analizar en concreto – puede ser revertido por las instancias revisoras y, en última instancia, por la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación. Ello, representa serios problemas de seguridad jurídica que repercuten, entre otras cuestiones, en una violación al principio de igualdad ante la ley previsto por el artículo 16 de la Constitución Nacional.

IV. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL DERECHO COMPARADO. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL.

Son numerosos y variados los Estados que han avanzado hacia la conformación de tribunales constitucionales a fin de garantizar la supremacía e imperio de sus Cartas Fundamentales. A modo de ejemplo, pueden citarse los casos de Italia, España, Francia, Alemania, entre tantos otros.

Ahora bien, a los fines de este trabajo, y por estrictas razones de extensión, nos detendremos en el estudio breve del caso del Reino de España. La razón de dicha elección dista de ser caprichosa, pues, son conocidas las semejanzas entre el ordenamiento jurídico de dicho Estado con el nuestro.

El Tribunal Constitucional Español, de conformidad con su conformación actual, se encuentra previsto en el Título IX de la Constitución Española, al cual se le agrega la reglamentación específica de la Ley Orgánica 2/1979, del 3 de octubre de dicho año.

Resumidamente, la Constitución del Reino de España prevé una composición de 12 miembros nombrados por el Rey, de los cuales, cuatro lo serán a propuesta del Congreso (por mayoría de tres quintos de sus miembros), cuatro a propuesta del Senado (por idéntica mayoría), dos a propuesta del Gobierno y los dos restantes a propuesta del Consejo General del Poder Judicial¹¹ (Art. 159.1). A su vez, el artículo 159.3 establece que los miembros del Tribunal Constitucional serán designados por un período de nueve años y se renovarán por terceras partes cada tres.

De acuerdo con lo establecido por el artículo 161 de la Carta Magna española, el Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio nacional, para el tratamiento de los siguientes asuntos: a) Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley; b) Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53.2, de la Constitución¹²; c) De los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de los de éstas entre sí; d) De las demás materias que le atribuyan la Constitución o las leyes orgánicas.

A partir de la expresa remisión formulada por el inciso d) antes referido, el legislador español fue agregando diversas materias que fueron sometidas a la competencia del Tribunal Constitucional, tales como el recurso de amparo electoral (cfr. Ley Orgánica 5/1985), el procedimiento de impugnación de leyes del Estado o de las Comunidades Autónomas que pudieran no resultar respetuosas con la autonomía de las Administraciones Locales (cfr. Ley Orgánica 7/1999); el procedimiento de impugnación de normas forales en materia fis-

¹¹ El Consejo General del Poder Judicial es el órgano de Gobierno del Poder Judicial del Reino de España, el cual está integrado por el presidente del Tribunal Supremo, en carácter de presidente, y por veinte miembros nombrados por el Rey, por un período de cinco años. De éstos, doce son nombrados entre Jueces y Magistrados de todas las categorías judiciales; cuatro a propuesta del Congreso de los Diputados y cuatro a propuesta del Senado, elegidos en ambos casos por mayoría de tres quintos de sus miembros, entre abogados y otros juristas, todos ellos de reconocida competencia y con más de quince años de ejercicio en su profesión.

¹² El artículo 53.2, referido a las garantías de las libertades y derechos fundamentales, establece: “2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección 1ª del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30”.

cal (Ley Orgánica 1/2010), el recurso previo de inconstitucionalidad, aplicable únicamente para los Proyectos de Estatutos de Autonomía, así como para sus propuestas de reforma (cfr. Ley Orgánica 12/2015), entre otras. A su vez, el artículo 10 de la Ley Orgánica 2/1979 amplía, en sus quince incisos, la materia de competencia del Tribunal, aunque respetando lo expresado por la Constitución. Asimismo, el artículo 27.2 de la citada norma destaca que son susceptibles de declaración de inconstitucionalidad los siguientes actos: a) Los Estatutos de Autonomía y las demás Leyes orgánicas; b) Las demás Leyes, disposiciones normativas y actos del Estado con fuerza de Ley; c) Los Tratados Internacionales; d) Los Reglamentos de las Cámaras y de las Cortes Generales; e) Las Leyes, actos y disposiciones normativas con fuerza de Ley de las Comunidades Autónomas; f) Los Reglamentos de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas.

Para finalizar, resulta de sumo interés atender a los efectos que, tanto la Constitución Española como la Ley Orgánica 2/1979 otorgan a la declaración de inconstitucionalidad de una norma. En este sentido, el artículo 161.1.a) de la Constitución establece que “la declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada”.

A su turno, el inciso 2 del citado artículo agrega que “El Gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas. La impugnación producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida, pero el Tribunal, en su caso, deberá ratificarla o levantarla en un plazo no superior a cinco meses”.

Por su parte, la Ley Orgánica 2/1979 reza, en su artículo 39.1, que “cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados, así como, en su caso, la de aquellos otros de la misma Ley, disposición o acto con fuerza de Ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia”. Ahora bien, seguidamente, dicha norma aclara que la referida nulidad produce efectos *ex nunc*, es decir, hacia el futuro, salvo respecto de aquellos casos en los que resulte de aplicación el principio de retroactividad de la ley penal más benigna¹³.

De lo expresado, podemos afirmar, sin temor al yerro, que el sistema de control de constitucionalidad vigente en el Reino de España es de carácter concentrado, en tanto se lo concibe como un órgano jurisdiccional independiente de los demás órganos constitucionales, único en su orden (cfr. art. 1, L.O. 2/1979), respecto del cual no se admiten planteos tendientes a cuestionar su jurisdicción o competencia en el conocimiento y decisión de las materias que la Constitución le asigna (cfr. art. 3, L.O. 2/1979).

V. ¿CREACIÓN DE UN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ARGENTINO?

Luego del estudio realizado en los apartados precedentes, nos encontramos en condiciones de anticipar una conclusión sobre una temática que, entendemos, amerita una discusión que excede del ámbito estrictamente jurídico, puesto que se trata de una decisión de índole eminentemente política.

Desde el punto de vista jurídico, son numerosos los argumentos en favor o en contra que pueden plantearse respecto a la propuesta de crear un tribunal constitucional en la República Argentina que concentre la función de control de constitucionalidad, con efectos derogatorios y *erga omnes*.

Ahora bien, nuestra postura, en virtud de las problemáticas advertidas en torno al sistema vigente, es favorable respecto de la creación de un tribunal de estas características, de acuerdo con los principios básicos que procederemos a mencionar a continuación. El principal argumento en que se sostiene dicha postura radica en la necesidad de dar fin a la situación vigente en materia de inseguridad jurídica que un control

¹³ Artículo 40.1. Ley Orgánica 2/1979: “Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las Leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad”.

de constitucionalidad difuso conlleva – independientemente de los criterios que nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha esforzado por establecer, respecto a que la declaración de inconstitucionalidad de una norma constituye la “última ratio del ordenamiento jurídico (Fallos CSJN: 249:51; 264:364; 288:325; 328:1416, entre muchos otros) – en tanto importa la habilitación para el establecimiento de criterios dispares en torno a la aplicación e interpretación de las Leyes Federales y Locales, lo cual, en otras palabras, se traduce en serios problemas en materia de igualdad ante la ley (Art. 16 CN).

Pero, también, se entiende que el control de constitucionalidad de carácter difuso importa un desequilibrio considerable en materia de distribución de competencias y división de poderes, en tanto funcionarios y funcionarias que representan un poder “contra mayoritario”¹⁴ – en el sentido de que su nombramiento no se deriva de la aplicación de mecanismos de elección democrática directa – cuentan con el poder político suficiente de decir la inaplicabilidad, en un caso concreto, de una norma sancionada por los representantes del pueblo, de conformidad con los mecanismos constitucionales previstos al efecto.

Ya Montesquieu sostenía, en su gran obra “Del Espíritu de las Leyes”, que “es también una ley fundamental de la democracia que sólo el pueblo haga las leyes”¹⁵. Y, en un sistema republicano de gobierno como el nuestro, el pueblo “no delibera ni gobierna sino a través de sus representantes y autoridades” (Art. 22 CN), de manera tal que los únicos legitimados para legislar y – *contrario sensu* – derogar leyes en un nuestro sistema constitucional son el Congreso de la Nación, en tanto representante del soberano (del pueblo), y, en la medida establecida por la propia Constitución, el Poder Ejecutivo Nacional.

Ahora bien, no pasamos por alto que los argumentos hasta aquí esgrimidos para cuestionar el sistema difuso de control de constitucionalidad – en el sentido de que otorga a cientos o miles de funcionarios no elegidos popularmente el poder para desechar normas sancionadas por los representantes del pueblo – resultan aplicable, también, *mutatis mutandi*, para criticar el sistema concentrado, pues, en este caso, un único tribunal (que tampoco resulta elegido por ejercicio de la democracia directa), cuenta con los poderes necesarios para inaplicar las normas sancionadas por el Poder Legislativo.

Ello ha sido advertido, con notable claridad expositiva, por Vanossi, quien sostuvo que:

“Si la ley era la expresión más auténtica de la soberanía popular y la sancionaban representantes elegidos directamente por el pueblo, jamás podía un juez – órgano administrativo indirectamente designado, es decir, a través del gobierno – que no dependía de la confianza del pueblo ni de la renovación del pueblo, impedir que se aplicara la expresión soberana del pueblo. Jamás podía un juez – burócrata desconocer a la ley soberana¹⁶”.

Por lo tanto, si bien consideramos que un sistema de control de constitucionalidad concentrado resulta más virtuoso, a los efectos de afianzar la democracia constitucional, a través de la garantía de principios elementales de todo Estado de Derecho, tales como el principio republicano de gobierno, la igualdad ante la ley, la seguridad jurídica, la separación de poderes, el debido proceso legal, el acceso efectivo a la justicia, etcétera; también creemos que, a la hora de diseñar la ingeniería institucional que gobernará dicho control, resultará pertinente matizar sus presupuestos elementales.

Tales argumentos, en consecuencia, serán de utilidad para delimitar los criterios que, según entendemos, deberán regir la actividad jurisdiccional del Tribunal Constitucional de la República Argentina.

En virtud de lo expuesto, y para concluir, entendemos que el establecimiento de un Tribunal Constitucional de la República Argentina debería tener presente los siguientes criterios o presupuestos mínimos:

¹⁴ Sobre este carácter, Gargarella Roberto; La Justicia frente al Gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial, Editorial Ariel, Barcelona, abril de 1996.

¹⁵ Montesquieu, Del Espíritu de las Leyes, 1ª ed., Buenos Aires, Losada (Biblioteca de Obras Maestras del Pensamiento), 2007, pp. 41.

¹⁶ Vanossi, Jorge Reinaldo, Teoría Constitucional: Supremacía y Control de Constitucionalidad, T. II, Buenos Aires, Ed. De Palma, pp. 87/88

- a) Deberá tratarse de un tribunal de naturaleza jurisdiccional (no política), conformado por jueces y juezas con probada experiencia en materia de derecho constitucional y procesal constitucional.
- b) Tales magistrados y magistradas deberán ser designados de conformidad con las reglas establecidas al efecto por el artículo 114 de la Constitución Nacional y las normas reglamentarias vigentes en la materia¹⁷.
- c) A diferencia del caso de los jueces tradicionales, consideramos que sería conveniente que los magistrados y magistradas del Tribunal Constitucional sean designados por un periodo determinado de tiempo, con posibilidad de ser renovados en el cargo por una única vez, por un periodo idéntico. Se trata de un sistema similar al vigente en el Tribunal Constitucional Español. La razón de dicha distinción radica, esencialmente, en la sensibilidad de la materia que el Tribunal Constitucional debería tratar, de acuerdo con lo expresado en los acápites precedentes, pues, se trata de funcionarios que no son elegidos en virtud de mecanismos de la democracia directa que gozarían de los poderes suficientes para nulificar normas aprobadas por el Congreso de la Nación o el Poder Ejecutivo Nacional.
- d) Considerando el sistema federal de gobierno que rige en nuestro país, así como también a las diversas realidades que existen en cada una de las jurisdicciones locales, la composición de tribunal debe ser amplia – en términos numéricos – y deberá procurar la mayor representatividad posible desde el punto de vista político, social, geográfica, étnica, de género, etcétera.
- e) Atendiendo al principio elemental de la democracia constitucional, en virtud del cual el único facultado para sancionar las leyes es el soberano (el pueblo), quien no delibera ni gobierna sino a través de sus representantes y autoridades, la declaración de inconstitucionalidad de una norma, previo a producir sus efectos nulificantes y la consecuente expulsión de aquella del ordenamiento jurídico, podrá ser revisada por el Congreso de la Nación, quien podrá ratificarla. En concreto, se propone el sistema adoptado por la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que, en su artículo 113, establece que “...La declaración de inconstitucionalidad hace perder vigencia a la norma “salvo que se trate de una ley y la Legislatura la ratifique dentro de los tres meses de la sentencia declarativa por mayoría de los dos tercios de los miembros presentes”. La ratificación de la Legislatura no altera sus efectos en el caso concreto ni impide el posterior control difuso de constitucionalidad ejercido por todos los jueces y por el Tribunal Superior...” (el destacado nos pertenece). El sistema que se propone, empero, no aplicaría para la declaración de inconstitucionalidad de actos administrativos de alcance particular o general (v.gr. Decretos, Decisiones Administrativas, Resoluciones, Disposiciones, etc.), pues, en principio éstos son dictados por funcionarios cuya designación – a excepción del Presidente de la Nación, para cuyos Decretos, sin embargo, ya existe un sistema de control específico (cfr. Ley N° 26.122) – tampoco responde a criterios de elección democrática directa.
- f) Por último, consideramos que, a fin de garantizar el ejercicio pleno del derecho al recurso, debería posibilitarse una instancia de revisión por ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Estos son tan sólo algunos criterios que, sin pretensión alguna de exhaustividad, creemos que serían de utilidad para guiar la discusión jurídica y política pertinente, orientada al establecimiento de un Tribunal Constitucional en nuestro país.

Entendemos que ello resulta esencial para comenzar a delinear un sistema de justicia que brinde seguridad jurídica a los justiciables y que asegure, en ese ejercicio, el pleno y más cabal respeto de los derechos y garantías individuales consagrados en nuestra Constitución Nacional, tales como la igualdad ante la ley, el respeto irrestricto a la defensa en juicio, al debido proceso, entre otras.

¹⁷ Por ejemplo, los Decretos N° 222 y 588, ambos del año 2003, que establecen, por un lado, el procedimiento para el nombramiento de Magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la aplicación de éste para la designación del Procurador General de la Nación y el Defensor General de la Nación, y el procedimiento respectivo para el nombramiento de los jueces de los tribunales federales inferiores, respectivamente.

Ello, podemos afirmar sin temor al error, resulta un tópico elemental en lo que respecta al estudio del papel que el Poder Judicial debe desempeñar en un Estado Constitucional de Derecho, en aras de afianzar y fortalecer la democracia constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

Balbín, Carlos, *Manual de Derecho Administrativo*, 4ª ed., actualizada y ampliada, 2ª reimp., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2020.

Bidart Campos, German J., *Manual de la Constitución Reformada*, 1ª ed., Buenos Aires, Ediar, 1996

Dalla Via, Ricardo Alberto, *La Justicia Constitucional en Argentina*

Gargarella Roberto; *La Justicia frente al Gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*, Editorial Ariel, Barcelona, abril de 1996.

Gozáini, Osvaldo Alfredo, La doctrina del precedente obligatorio stare decisis y el valor de los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, *Revista Jurisprudencia Argentina* Nro. 5826, 1993 (Id SAJ: DACA930271).

Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Tecnos, Madrid, 1995.

Manili, Pablo L., *Manual de Derecho Constitucional*, 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Astrea, 2019.

Manili, Pablo Luis, *Teoría Constitucional*, 1ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2014

Maraniello, Patricio, *La Lid Constitucional. Una justa y equilibrada solución a los conflictos entre los Tratados Internacionales y la Constitución Nacional*, *Revista de Ciencia Jurídica de la Universidad de Guanajuato*, México. Año 3 Nro. 5 de enero/junio de 2014.

Montesquieu, *Del Espíritu de las Leyes*, 1ª ed., Buenos Aires, Losada (Biblioteca de Obras Maestras del Pensamiento), 2007.

Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 2011.

Vanossi, Jorge Reinaldo, *Teoría Constitucional: Supremacía y Control de Constitucionalidad*, T. II, Buenos Aires, Ed. De Palma.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Estructuras Judiciales*, Ediar, Buenos Aires, 1994.

Acción de remoción del administrador.

Caso de “Remoción del gerente” con perspectiva de género.

Autora: **Mariángel Rodríguez Rosano***

RESUMEN

Cuando surgen conflictos societarios como consecuencia de un mal desempeño por parte de los administradores, manifestados en una gestión negligente, abusiva o violatoria de las normas, se pone en grave peligro la continuidad societaria. Suele suceder que estos conflictos societarios tienen en realidad un trasfondo sensible pues el fenómeno del parentesco está latente.

El presente trabajo intentará abordar fugazmente la vieja problemática de los conflictos societarios que tienen que ver con la remoción del administrador, con un enfoque actual a la luz de jurisprudencia novedosa. Se describirá el régimen normativo aplicable a la remoción del administrador con ‘perspectiva de género’, entendida como la metodología que permite identificar, cuestionar y valorar la discriminación, desigualdad y exclusión de las mujeres que participan en el ámbito societario, así como las acciones que deben emprenderse para actuar sobre los factores de género y crear las condiciones de cambio.

PALABRAS CLAVE:

Acción de remoción del administrador. Perspectiva de género. Empresas de familia. Conflicto societario.

SUMARIO

I.-Introducción II.- Acción de remoción. Conceptualización. Normativa aplicable. III.- Presupuestos para la acción de remoción. IV.- El problema del conflicto societario estructural y la perspectiva de género. V.- Conclusión. VI.- Referencias bibliográficas

*Abogada (UNC). Especialista en Derecho Procesal (UNC). Mestrando en Derecho Empresario (UBP). Profesora de Derecho Bancario (UES21). Profesora de Derecho Tributario (UES21). Agente del Poder Judicial de Córdoba.

I. INTRODUCCIÓN

La producción bibliográfica y la investigación jurídica local sobre género están enfocadas en temas convencionales como salud reproductiva, ley de cupo, seguridad social, políticas de cuidado y violencia de género. Sin embargo, se ha reflexionado exhaustivamente en los últimos tiempos respecto de lo que sucede dentro del derecho societario, especialmente en el caso de empresas familiares.

El normal funcionamiento de una sociedad, a través de la ejecución de las actividades tendientes a la realización del objeto social, supone un equilibrio entre los órganos de gobierno y administración. Cuando surgen conflictos societarios como consecuencia de un mal desempeño por parte de los administradores, manifestados en una gestión negligente, abusiva o violatoria de las normas, se pone en grave peligro la continuidad societaria. Suele suceder que estos conflictos societarios tienen en realidad un trasfondo sensible pues el fenómeno del parentesco está presente.

La visibilidad de la familia en sus negocios, la intención de transmitirlo a las siguientes generaciones y la capacidad de la empresa para enfatizar la figura de la familia pueden suponer incentivos importantes para la persecución de objetivos; pero el rol del administrador en una empresa familiar se asienta claramente en la autonomía, el control, la lealtad, la cohesión familiar, el honor, la armonía, el sentimiento de pertenencia, las relaciones de confianza, el orgullo, el respeto, etc.

En esta breve colaboración, caracterizaremos a la sociedad de familia, analizaremos la 'acción de remoción' y haremos hincapié en que los problemas de gestión, muchas veces son la punta del iceberg. Cuando el conflicto societario asume una naturaleza permanente por los vínculos íntimos de los sujetos involucrados, la ausencia de herramientas de salida en nuestro sistema legal conlleva una gravísima afectación de los derechos constitucionales.

Por ello, el presente trabajo intentará abordar fugazmente la vieja problemática de los conflictos societarios que tienen que ver con la remoción del administrador, con un enfoque actual. Se describirá el régimen normativo aplicable a la remoción del administrador con 'perspectiva de género', entendida como la metodología que permite identificar, cuestionar y valorar la discriminación, desigualdad y exclusión de las mujeres que participan en el ámbito societario, así como las acciones que deben emprenderse para actuar sobre los factores de género y crear las condiciones de cambio.

Mencionaremos, a modo ilustrativo, un fallo cordobés reciente donde la actora era ex esposa de quien se pretendía remover y la juez detalló en la sentencia las situaciones de violencia de género a la par de los incumplimientos de obligaciones funcionales del administrador; esa conjunción de elementos terminó constituyendo una justa causa de remoción.

II. ACCIÓN DE REMOCIÓN. CONCEPTUALIZACIÓN. NORMATIVA APLICABLE.

Un buen administrador domina las diversas áreas que componen a la gestión de una idea de negocio. Tiene la capacidad de analizar entornos y entender indicadores, sabe la gran importancia de tener el apoyo de otros miembros. Posee también capacidad de liderazgo así como capacidad de crear, innovar y desarrollar proyectos. La adaptabilidad es otra de las características principales que se suma a la capacidad estratégica.

Determinar e interpretar el contenido de la frase "buen hombre de negocios", a la luz de la realidad empresarial, especialmente de la sociedad de familia es fundamental. En efecto, para saber aplicar al caso concreto dicho contenido, debemos salir de la teoría doctrinaria mirando la realidad empresarial.

Uno de los típicos conflictos societarios se produce ante la necesidad de quitar al administrador societario de su posición cuando flaquea en el rol antes descrito. La inexistencia de una regulación autónoma y general de la acción de remoción, suele tornar dificultoso su estudio y tiene como base breves de diversa índole.

Carlos Suárez Anzorena (1992) explicaba claramente que un conflicto societario se da toda cuando entre la persona jurídica sociedad y otra u otras personas sujetas a su particularizado orden jurídico, existe un estado de litigio originado por la promoción en sede judicial de una acción social que, previo trámite sumario, se termina resolviendo con aplicación prioritaria de dicho orden jurídico. Destacaba el autor que, en caso de ser acogida tal acción, se motiva seguramente una decisión extrasocial con efectos directos e inmediatos respecto de todos quienes se encuentran sujetos al mismo, hayan o no participado del litigio.

La remoción entonces es una forma de hacer cesar en las funciones al administrador, en el caso de que hubiese incurrido en un incumplimiento grave de aquellas. La decisión se toma por asamblea de socios¹, en cualquier tiempo y sin invocación de causa²; no existiendo acuerdo, puede solicitarse judicialmente³.

Expresa el art. 129 de la Ley General de Sociedades (LGS) lo siguiente:

“El administrador, socio o no, aun designado en el contrato social, puede ser removido por decisión de mayoría en cualquier tiempo sin invocación de causa, salvo pacto en contrario. Cuando el contrato requiera justa causa, conservará su cargo hasta la sentencia judicial, si negare la existencia de aquella, salvo su separación provisional por aplicación de la Sección XIV del Capítulo I. Cualquier socio puede reclamarla judicialmente con invocación de justa causa. Los socios disconformes con la remoción del administrador cuyo nombramiento fue condición expresa de la constitución de la sociedad, tienen derecho de receso.”

El contenido del art. 129 de la LGS se aparta de la normativa civil anteriormente vigente (arts. 1681 a 1686 y 1688, Cód. Civil). Para Zaldívar (1980), la reforma dio flexibilidad al órgano de administración, modernizando la estructura de la sociedad colectiva. En cambio, Otaegui (1979) ha dicho que la norma arriesga demasiado la estabilidad de una administración en donde el socio está gravemente comprometido por su responsabilidad solidaria y su eventual quiebra; no hay defensa frente a la decisión mayoritaria que excluye de la administración a la persona cuya presencia en ella era la base de la celebración del contrato social y, si bien puede pactarse en contrario, se convierte en excepcional lo que es natural, imponiendo dificultades interpretativas.

Gráficamente podemos distinguir, en función del art. 129 LGS, supuestos de remoción:

Administrador socio designado en el contrato social.	Administrador no socio designado en el contrato social.	Administrador socio designado fuera del contrato.	Administrador no socio designado fuera del contrato.	Administrador, socio o no, designado en el contrato social que exige justa causa para su remoción.
Puede ser removido por decisión de la mayoría en cualquier tiempo, sin invocación de causa (salvo pacto en contrario)	Puede ser removido por decisión de una mayoría en cualquier tiempo, sin invocación de causa (salvo pacto en contrario), pero aquí adquiere vigor la relación de dependencia que lo une a la sociedad, otorgándole derecho a reclamar las indemnizaciones que le correspondan.	Puede ser removido por decisión de la mayoría sin necesidad de invocar ni probar justa causa, pero no le cabe el derecho a retirarse de la sociedad con motivo de esta determinación, a menos que el contrato constitutivo lo haya previsto como causal de resolución parcial.	Como empleado de la sociedad, su remoción equivale al despido cuya consecuencia dependerá de si ha habido o no justa causa para ello.	Es el caso contemplado en el art. 129, párr. 2º LGS

Tabla N°1: ‘SUPUESTOS DE REMOCIÓN’. Elaboración propia.

¹ En cuanto a mayorías, si los socios nada disponen, se aplicará el artículo 160 de la Ley N° 19.550 (Ley General de Sociedades). En su última parte refiere a que la decisión se adoptará por mayoría del capital. Es importante destacar que, aun cuando la designación del administrador forme parte de la cláusula o artículo respectivo del instrumento constitutivo, su revocación no implica una reforma de aquel. Halperín (1972, 168), cuya posición ha sido acogida favorablemente por el fallo de la CNCom. Sala F “Priesca, Orlando Obdulio Oscar s/sucesión c/Topos SRL s/medida precautoria”, Sentencia del 10/10/2013 - Cita digital EOLJU170507A, donde se explica: “Aun cuando el nombramiento del gerente figura formalmente en los estatutos, no es parte de ellos en un sentido jurídico material, puesto que no se encuentra entre las normas a la que la ley atribuye ese carácter o que se destinan a regir de un modo permanente la vida de la sociedad; de ahí que la designación y la revocación no sean más que meros acuerdos sociales”.

² La exigencia de justa causa puede ser establecida por contrato social.

³ En el caso de no existir acuerdo de socios y frente a una remoción que es resistida por el administrador en cuestión, se debe meritarse el acaecimiento o no de una “justa causa”, entendida como el severo incumplimiento de los deberes a su cargo.

Como el instituto de la remoción no se encuentra regulado orgánicamente, debemos seguir normas aisladas (*vgr.* arts. 157, quinto párrafo, LGS, 114, 129, 241, 265 y concordantes de la LGS). El artículo 157, in fine, LGS dispone:

“No puede limitarse la revocabilidad, excepto cuando la designación fuere condición expresa de la constitución de la sociedad. En este caso se aplicará el artículo 129, segunda parte, y los socios disconformes tendrán derecho de receso”.

Esta norma establece el principio general de la ‘libre revocabilidad’, es decir, el derecho de la sociedad a adoptar la decisión de revocar sin causa el mandato de los administradores por decisión de la mayoría del capital presente en la asamblea o partícipe en el acuerdo.

A partir de la lectura del artículo vemos que el ‘acto de remoción’ de un gerente de una sociedad de responsabilidad limitada es un acto unilateral de la sociedad y el gerente, aunque tenga derecho de intervenir y oponerse a la votación, no puede oponerse a la revocación de su designación con fundamento en la inexistencia de la causa grave o suficiente para ello, ya que permitirlo importaría desnaturalizar el sistema de revocación ad nutum, sin perjuicio del eventual derecho a reclamar el resarcimiento del daño ocasionado en caso de que pudiera acreditarse la inexistencia de causa que justifique la revocación.

El fundamento del principio de la libre remoción del gerente, tomada por decisión de la mayoría de socios, se encuentra en la confianza que debe merecer el administrador y en la protección de los intereses de la sociedad. Es decir, ante la pérdida la seguridad en el administrador, la sociedad (cuya voluntad se expresa a través de su órgano de gobierno) tiene derecho a sacarlo del cargo.

La ley faculta a los socios a establecer -excepcionalmente- una restricción al principio general de la libre revocabilidad. Así aparece la necesidad de justa causa. Esto es para remover al gerente del cargo en el que haya sido designado como condición expresa de la constitución de la sociedad. Podemos enlistar supuestos de ‘justa causa’ de remoción. Estos, a su vez, revisten aristas que exceden el punto de vista societario, como veremos en el apartado próximo.

- a) Inconducta, abuso de facultades y deslealtad.
- b) Ilegítimo accionar motivado por diversas conductas irregulares.
- c) Auxiliar contable y desviación de fondos.
- d) Falta de contabilidad legal.
- e) Omisión distribución de utilidades y contabilidad atrasada.
- d) culpa grave.
- e) pérdida importante de bienes sociales.
- f) desaparición de valores que conformaban el activo de la sociedad.

III. PRESUPUESTOS PARA LA ACCIÓN DE REMOCIÓN

Recalamos que los arts. 157, quinto párrafo, LGS, 114, 129, 241, 265 y concordantes de la LGS deben analizarse bajo el parámetro del art. 59 de la LGS., según el cual los administradores y representantes del ente social (sin distinguir entre socios o no), deben obrar con la lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios. El concepto ya atenta con la equidad de género desde el androcentrismo en el lenguaje jurídico.

⁴ Son algunos ejemplos: ACNUR “Recomendaciones para el uso de un lenguaje inclusivo de género”; RAADH “Manual Pedagógico sobre el uso del lenguaje inclusivo y no sexista”; Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad de la Nación “Guía para una comunicación con perspectiva de género”; Honorable Cámara de Diputados de la Nación “Guía para el uso de un lenguaje no sexista e igualitario en la HCDN”

Diversos documentos jurídicos y políticos, internacionales y nacionales han comenzado a fijar la obligación de erradicar el sexismo en el lenguaje o haciendo recomendaciones en tal sentido⁴. Más allá de la importancia de aquellos estudios, y sin engarzarnos en este aspecto por la brevedad de las líneas, cabe afirmar que el standard del “buen hombre de negocios” equipara el accionar del administrador con el de un comerciante experto (Roitman, 2006).

La exigencia de lealtad se encuentra emparentada con los deberes de fidelidad y el actuar con buena fe, propios del mandato y de todos los casos de representación de intereses ajenos. A su vez, debe tenerse en cuenta que las obligaciones nacidas del cargo son “de medio”, e implican el cumplimiento de las cargas legales impuestas a su función, de manera puntual y diligente (vgr. convocar a asambleas para aprobación de balances, llevar libros, posibilitar el ejercicio del derecho de información de los socios, actualización del registro laboral, pago de obligaciones fiscales, inscripciones en el registro público, etc.), de modo tal que –a su vez– posibilite que la persona jurídica conducida cumpla con los deberes reglados en el ordenamiento.

El cumplimiento o no de estas obligaciones, es pasible de un análisis objetivo, pues se ejecutan o se omiten⁵. Si nos encontramos con actos que extralimitan la competencia del órgano de administración, dichos actos realizados por el administrador, justificarían su remoción.

Luego de examinar el comportamiento del administrador y entrando en la cuestión procesal, diremos que la acción que prevé el art. 129 LGS, más que una acción individual es una ‘acción social’ en defensa de la sociedad frente a la actitud negativa de los otros socios o del socio administrador, por lo cual la acción debe dirigirse contra los demás socios o contra los administradores cuya remoción se pide.⁶

En cuanto a la legitimación activa para plantear la acción de remoción, por aplicación del art. 129 LGS, diremos que cualquier socio puede demandar individualmente la remoción del administrador.⁷ Sobre la legitimación pasiva, es claro que la acción de remoción se debe promover en contra de la sociedad y del administrador que se pretende apartar.

En función del art. 157 y 256 LGS, para la acción de remoción se exige el agotamiento de la vía intra societaria como requisito previo a la instancia judicial. Ello supone la convocatoria de una asamblea y el fracaso de la misma, por no lograr el quórum para su celebración o por no haberse aprobado la moción, atento la trascendencia que tal decisión tiene en la vida de la sociedad.

Debemos destacar en este apartado que existe la posibilidad de solicitar como cautelar la intervención judicial.⁸ Reviste el carácter accesorio de la acción de remoción y tiene por finalidad evitar que durante el transcurso del proceso judicial, los actos efectuados por el administrador en contra de quien se dirige la acción de remoción produzcan un daño grave al ente social. La legitimación activa a los fines de solicitar la intervención judicial es la misma legitimación exigida por la ley societaria a los fines de solicitar la acción de remoción, ello deriva del carácter accesorio.

La condición de socio exigida para solicitar la intervención judicial se acredita mediante la exhibición del contrato social o de la copia inscrita en el Registro Público, excepto respecto de las sociedades anónimas, en las cuales la titularidad accionaria surge de libro de registro de acciones. En este caso, deberá acreditarse tal carácter mediante la exhibición del libro de registro de acciones, lo que podría en su caso ser solicitado mediante una medida preparatoria. La ley no ha impuesto a los socios el deber de contar con un mínimo de participación societaria –como lo ha hecho respecto del ejercicio de otros derechos (vgr. arts. 236

⁵ A los fines de analizar la existencia (o ausencia) de justa causa de remoción, es necesario tener en cuenta que existen actos que extralimitan la competencia del órgano de administración, tales como la aprobación de los estados contables, la distribución de beneficios, actos de enajenación de bienes que no se encuentren comprendidos en el objeto social. (Roitman, 2006). Hablamos así de cuestiones que requieren la decisión del órgano de gobierno.

⁶ Cfr. CNCom., Sala B, 23/03/79, Errepar, II, Sociedades, 025.003.001, 181.

⁷ No es necesario acreditar la inscripción en el Registro Público del convenio de adquisición de cuotas sociales, para ostentar la legitimación de socio (Nissen, 2017, p.167)

⁸ En el ámbito del derecho societario, las medidas cautelares tienen una función asegurativa en orden al probable resultado de un proceso en el cual se acciona en virtud de algún derecho reconocido en la legislación societaria.

y 275, LGS)–, a los fines de poder solicitar la intervención judicial del órgano de administración. No obstante, si la intervención judicial es solicitada por un socio comanditario en las sociedades en comandita por acciones, debe contar con el mismo porcentaje exigido para el ejercicio de la acción de remoción, es decir, el cinco por ciento del capital social.⁹

Con carácter previo a la solicitud de intervención judicial, debe acreditarse la correspondiente intimación al órgano de administración, de fiscalización, de fiscalización externo y solicitud de convocatoria a asamblea de socios a los fines de tratar el tema conflictivo.

Conviene dejar en claro que la promoción de la acción de remoción no resulta necesaria cuando la intervención judicial se solicita invocando la acefalía del órgano de administración, dado que en este caso no se cuestiona la conducta de los administradores sino el riesgo o la gravedad que produce la ausencia de administradores dentro de la sociedad. Asimismo, tampoco resulta necesaria la promoción de la acción de remoción cuando la misma es solicitada por la autoridad de contralor en uso de sus facultades.

IV. EL PROBLEMA DEL CONFLICTO SOCIETARIO ESTRUCTURAL Y LA PERSPECTIVA DE GÉNERO

Retomamos aquí el planteo introductorio. Hemos conceptualizado la acción de remoción y, entre los presupuestos para que sea viable, mencionamos actitudes contrarias a lo que el estándar del buen hombre de negocios o buena mujer de negocios –agregamos- le exige a toda persona que ejerce un rol de administración. Los caracteres que requiere tal actividad tienen otro tinte en las sociedades de familia.

No existe un concepto unívoco de empresa familiar. La definición más amplia contempla aquella en la cual los miembros de una misma familia poseen la participación accionaria mayoritaria y ejercen la dirección de una manera continua. Las sociedades con estas características abarcan un altísimo porcentaje del mundo societario y comercial, ya sea a nivel nacional como mundial.

Su popularidad obedece, entre otras razones, a ciertas ventajas¹⁰ que sus socios disfrutaban, sobre todo en los tiempos de su constitución (y cuando no hay sucesiones generacionales), por la cercanía entre la cabeza y los socios en razón del vínculo familiar. También por la informalidad en la gestión, lo cual suele reflejarse en la falta de documentación respaldatoria o libros societarios llevados de manera incompleta. Estas mismas ventajas pueden traducirse en desavenencias, hechos discriminatorios y violencia por motivos de género, no como actos aislados, sino como manifestaciones sistemáticas.

El tema de la remoción, por su lado, es interesante de estudiar caso por caso, a través de la jurisprudencia que demuestra que hay conflictos societarios de tipo estructural. Es un problema grave que se advierte con más frecuencia en los últimos tiempos.

En los juzgados con competencia societaria se observa que cuando las relaciones societarias han devenido en estructuralmente conflictivas y la *affectio* ha desaparecido por completo, la sustentabilidad de la empresa no encuentra otra solución efectiva que el 'divorcio' de los socios; pero es el propio conflicto el que impide que la separación sea consensuada.

Los jueces suelen llamar a audiencias conciliatorias constantemente conforme el artículo correspondiente a cada código de rito local –según el trámite lo permita–, con algunos resultados de éxito. A veces se intenta el reenvío a mediación. Sin embargo, creemos que es función esencial del juzgador tratar de concertar las posiciones de las partes que participan del juicio societario contencioso, intentando evitar perjuicios innecesarios. Máxime cuando de las propias argumentaciones de las partes puede extraerse una fórmula que

⁹ A los fines de poder solicitar la intervención judicial, resulta necesario que el socio se encuentre al día con la integración de sus acciones, dado que la mora en la integración impide el ejercicio de los derechos inherentes a las mismas y toda vez que la intervención judicial cautela la acción de remoción.

¹⁰ Señalamos algunas: el compromiso y lealtad familiar con la empresa, flexibilidad en el trabajo y en el modo de manejar el dinero, rapidez en la toma de decisiones.

satisfaga equitativamente sus intereses. Ello se puede lograr sin violar la ley y más aún dentro del mandato de ésta, pues del propio Preámbulo de la Constitución Nacional nos habla de ‘afianzar la justicia’.¹¹

A diferencia de lo que ocurre en el régimen legal del matrimonio que se activa por rupturas, ante la falta de mecanismos estatutarios o acuerdo de los socios para dar fin al conflicto crónico, nuestro derecho se ha mostrado ineficaz. Dado que el fenómeno de la sociedad cerrada es en la enorme generalidad de los casos el vehículo jurídico de la empresa familiar o de amigos, el conflicto societario acarrea normalmente no solo la destrucción empresarial, sino también la ruptura definitiva de los vínculos familiares y afectivos de sus socios. Puede ocurrir a la inversa también: la ruptura del vínculo personal ocurre primero, se exhibe en lo psicológico y emocional, e impacta en la sociedad.¹²

En este punto, cabe mencionar un reciente caso de la ciudad de Córdoba¹³ tramitado ante el juzgado de 1° Instancia de 3° Nominación en lo Civil y Comercial (Concursos y Sociedades n°3) en el que a más de la *affectio societatis* derivada de la titularidad de participaciones de capital en la misma persona jurídica, la jueza se encontró con que las partes en conflicto tenían una historia personal que debía valorarse: 17 años de convivencia (7 de matrimonio) y dos hijas en común. El vínculo conyugal se había resquebrajado tras una serie de desuniones, que derivaron en la prohibición recíproca de presencia en el domicilio o residencia, lugar de trabajo, estudios, esparcimiento u otros lugares frecuentados, así como de todo tipo de comunicación –incluso informática o por interpósita persona-. A más de ello, se le había proporcionado un botón antipánico a la actora.

La magistrada entendió que la temática excedía el desacuerdo o incumplimiento de las cargas y deberes sociales, y requería un análisis oficioso con perspectiva de género. ¿Qué implica esa labor del juez? Se ha dicho que importa la observancia de un deber convencional y constitucional que implica – de parte de todos los operadores judiciales- un rol activo en la permanente tarea de reconocer y visibilizar la asignación social diferenciada de roles y tareas en virtud del género y las diferencias en oportunidades y derechos que siguen a esta asignación, tanto en la interpretación de las normas como en la valoración de la prueba.¹⁴

Lo que se intenta, de esta manera, es remediar, en cada caso concreto, situaciones de asimetría de poder en base al género.¹⁵ La magistrada, en el fallo que comentamos enumeró diversas normas nacionales e internacionales que imponen la aplicación de la perspectiva de género como categoría de análisis de la función judicial. Destacamos las siguientes:

- Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer -CEDAW-
- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer - “Convención de Belem do Pará” (aprobada por ley 24.632),
- Ley 26.485 de “Protección Integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales” (reglamentada mediante el decreto 1011/2010).

¹¹ Cada vez más, en distintos fueros, bajo el aval normativo y con la convicción de la utilidad, muchos jueces utilizan las audiencias de conciliación para intentar acercar a las partes. Lo que también es cierto es que son pocos los que se han entrenado o poseen conocimientos para hacerlo. Deben cuidarse de no ejercer un mecanismo de presión.

¹² El Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) trata la acción de prevención en sus artículos 1710 y siguientes. Según sea el conflicto, ese mecanismo puede ser efectivo para dar solución al problema del conflicto societario en las sociedades cerradas. Se trata de un mecanismo autónomo que se deriva de la buena fe y la equidad que brinda enormes facultades del juez ante todo abuso del derecho del gobierno mayoritario (art. 10, tercer párrafo, CCCN).

¹³ Cfr. Juzgado CC 3a-Con. Soc. 3-sec. Córdoba ‘T., M. G. c/ C. S.R.L. y Otro – Societario Contencioso - Remoción de Administrador’. Sentencia N° 235 del 23/09/2022. Disponible en: <https://www.justiciacordoba.gob.ar/consultafallosnet/>

¹⁴ Cfr. TSJ Córdoba, “A., M. B. C/ G., H. R. – Ordinario – Otros – Recurso de Casación. Sentencia del 19/11/2021.

¹⁵ En palabras del Máximo Tribunal Cordobés, “Juzgar con perspectiva de género importa una obligación constitucional y convencional de combatir la discriminación para garantizar el acceso a la justicia y remediar, en cada caso concreto, situaciones de asimetría de poder en base al género. Implica el necesario reconocimiento de una situación de desigualdad, resultado de una construcción sociocultural que reclama de todos los poderes del Estado y, en general, de todos los actores sociales, acciones positivas dirigidas a restablecer la paridad.” (Cfr. TSJ Córdoba, “R. R., P. O.- D., M. A.- Divorcio Vincular - No Contencioso - Recurso Directo” Auto 164 del 22/9/2020).

La magistrada se concentró en esta última norma, que indica en el art. 5, inc.4, que la violencia de tipo económico o patrimonial, es aquella dirigida a ocasionar un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales de la mujer, a través de: a) perturbación de la posesión, tenencia o propiedad de sus bienes; b) pérdida, sustracción, destrucción, retención o distracción indebida de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores y derechos patrimoniales; c) limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna; d) limitación o control de sus ingresos, así como la percepción de un salario menor por igual tarea, dentro de un mismo lugar de trabajo.

Consideró varios elementos a saber: denuncias de violencia familiar por parte de la actora en contra del gerente, así como denuncias en la comisión de delitos del tipo económico, la tramitación de un juicio de divorcio vincular contencioso, la prohibición de contacto entre actora y codemandado en todos los lugares frecuentados (entre ellos, el lugar de trabajo). Ante tales hechos, quedó probado que el sujeto accionado siguió al frente de la administración societaria que compartía con su ex mujer, mientras aquélla había sido apartada de hecho, sin registro de que se le hayan liquidado los dividendos que le correspondían como socia.

Sintéticamente los hechos que la juez tuvo en cuenta para hacer lugar a la demanda de remoción, son los siguientes:

- Exclusión de la actora de la empresa, pues no podía ejercer sus derechos y obligaciones, sufriendo restricción al acceso y control de los recursos económicos que otrora fueran del matrimonio, en virtud de las participaciones sociales que ambos ostentaban.
- Inconductas del demandado (trato discriminatorio hacia su ex mujer, por su condición de tal, prohibición a la mujer de conocer la real situación patrimonial de la sociedad y adoptar decisiones vinculadas con la misma, indicios de una enajenación inmobiliaria irregular, omisión de distribuir utilidades, etc.).
- Permanencia de la mujer en el hogar, al cuidado de las hijas, sin posibilidad de ingreso a la sede social, sin poder ejercer sus facultades de información. Nula posibilidad de contralor societario o cobro de dividendos.
- No contestación de la demanda por parte del requerido de remoción y actitud obstructiva de éste a la labor de los veedores designados.

Creemos, siguiendo a Levinsonas (2023) que en todo conflicto societario donde se manifiesten situaciones de vulnerabilidad como la relatada, cabe hacer una reflexión sobre el contexto en el que se desarrollan los hechos, la correcta valoración de la prueba (inversión de la carga probatoria) y la necesaria aplicación de la regulación nacional e internacional que brega por la paridad de género. Entonces, a la hora de abordar un conflicto societario, revisados los aspectos de forma que analizamos, y entrando luego al fondo, hay que determinar si existe o no un trato diferenciado o una discriminación en razón del género. Corresponde a todos los operadores jurídicos realizar ese test de posible desigualdad.

V. CONCLUSIÓN

La perspectiva de género es imprescindible en todos los procesos judiciales, cualquiera sea el fuero o la competencia en los que tramiten.

A lo largo de estas líneas vimos que la remoción es una forma de cesación de las funciones de administrador societario, ante el grave incumplimiento de sus funciones como tal. Las justas causas pueden estar relacionadas con la persona del socio, su conducta o aportes, y el común denominador es el grave incumplimiento de las obligaciones como socio. En el estudio de los hechos, puede que haya situaciones de desigualdad con respecto a las mujeres. Repensar el tipo de pericia idónea para una mejor visualización del contexto de la empresa familiar, implica salirse del canon clásico, innovar y complementar los enfoques civilistas.

Corresponde reflexionar cómo el conjunto de fortalezas que posee el administrador de una empresa familiar (identificar, aceptar y resolver los problemas con una gran eficacia, flexibilidad y competitividad) también se transforma en las mayores debilidades. Se evidencian esfuerzos judiciales, extrajudiciales e incluso emocionales para lograr reestablecer el orden societario.

La incorporación de la perspectiva de género se vuelve un mandato para la efectividad del derecho a la igualdad que establecen los instrumentos del derecho internacional de derechos humanos, como así también una variable esencial para garantizar el acceso a la justicia y remediar situaciones asimétricas de poder en el ámbito societario.

Creemos que todo juzgador debe realizar un esfuerzo para evitar situaciones que se vislumbren como discriminatorias. En el caso relatado y en la práctica societaria general, se observa que las mujeres quedan al margen de los negocios en las empresas familiares y eso requiere una reparación. Concretamente, el fallo comentado nos permite pensar que detrás de los actos procesales que se encadenan en el proceso judicial (en el caso, para conseguir la remoción de un administrador), supuran situaciones de vulnerabilidad (por ejemplo, el impedimento de compartir un ámbito común entre ex esposos -debido a las situaciones de violencia ventiladas en otras Sedes Judiciales-, fue bien valorado por el tribunal). Siempre hay que atender a las particularidades del conflicto y tener en cuenta que si hay violencia de género la normativa a aplicar es de orden público (vgr. intervención del Ministerio Público Fiscal, actuación oficiosa de los jueces).

La perspectiva de género aplicada al derecho societario no impone decidir en todos los casos en favor de la socia mujer, sino impedir que sus derechos se vean afectados por el solo hecho de serlo. Por el momento, se propone lograr una mayor transversalización de la práctica judicial con perspectiva de género que aporte a los operadores jurídicos del ámbito societario elementos para la deconstrucción tan requerida. Ello será de utilidad, para los abogados que elaboran las acciones y defensas de sus clientes y para las/los juezas/jueces que deben sentenciar con base en una correcta interpretación de los hechos de la litis y de valoración de la prueba tanto directa como indiciaria.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alfaro Águila-Real, J (1996). Conflictos intrasocietarios (Los justos motivos como causa legal no escrita de exclusión y separación de un socio en la sociedad de responsabilidad limitada), Revista de Derecho Mercantil, Madrid, N° 222 (octubre-diciembre)

Bengochea Bartolomé, M. (2011). El lenguaje jurídico no sexista, principio Fundamental del lenguaje jurídico modernizado del siglo XXI. Anuario Facultad de Derecho, Universidad de Alcalá IV

Burghini, Leopoldo O. (2020). Revocación y Remoción del Administrador de las Sociedades por Acciones Simplificadas. Doctrina Societaria y Concursal; No. 389.

Cámara, H. (1985). Estudios relacionados con las Leyes 19.550 y 22.903. Depalma.

Couso, J.C. (1983). Intervención y administración judicial. Plus Ultra.

Escuti, I.A. (2006). Sociedades. Astrea.

González, A. (2000) La pretensión de remoción del administrador social como presupuesto de la intervención cautelar frente a la mediación obligatoria. Aspectos constitucionales (Contribución al estudio de su problemática). Revista Jurídica Argentina La Ley, B, 1301-1311.

Halperín, I. (1972). Sociedades de responsabilidad limitada. Ed. Depalma.

Nissen, R. (2010). Ley de sociedades comerciales comentada, anotada y concordada. Depalma.

Nissen, R. (2017). Ley de Sociedades Comerciales Comentada. Thomson Reuters, La Ley, Tomo II.

Levinsonas, A. B (2023). Juzgar con perspectiva de género y el rol de la judicatura comercial en Argentina, LLAR/DOC/ 1531.

Lorenzetti, R.L. (2000). Tratado de los Contratos, Ed. Rubinzal – Culzoni, T. II.

Otaegui, J. C. (1979). Administración Societaria, Ed. Ábaco.

Roitman, H., Aguirre, H. A. y Chiavassa, E. N. (2009). Manual de Sociedades Comerciales. La Ley.

Roitman, H. (2006) Ley de Sociedades Comerciales comentada y anotada, T.I, Ed. La Ley.

Suárez Anzorena, C. (1992). La noción de conflicto societario, en Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y V Congreso de Derecho Societario, Derecho Societario y de la Empresa, Advocatus, Córdoba, t. II.

Verón, A. (2012). Tratado de las Sociedades Comerciales y otros entes asociativos. - 1a ed. - La Ley.

Zaldívar E. y otros (1975). Cuadernos de derecho societario, t. II, Abeledo-Perrot.

Zellweger, T. M., Nason, R. S., Nordqvist, M. y Brush, C. G. (2013). Why do family firms strive for non-financial goals? An Organizational Identity Perspective. *Entrepreneurship Theory and Practice*, 37.

Consentimiento informado: una mirada renovada sobre sus alcances

Autora: **Sandra M. Wierzba**¹

RESUMEN

En el presente trabajo se analiza la evolución del instituto conocido como “consentimiento informado”, desde su presentación tradicional en el contexto de variados conflictos jurídicos propios de la relación médico paciente, tratados en causas de responsabilidad profesional; hasta su manifestación actual, atravesada por cambios y fenómenos sociales muy significativos -como la digitalización extendida, la automatización y la pandemia-, con un tratamiento moderno que también compromete a los Estados nacionales, en procesos que tramitan por ante tribunales internacionales de derechos humanos.

Se propone una nueva mirada sobre el consentimiento informado y la reconfiguración de sus alcances, en base a las circunstancias expuestas y al doble estándar aplicable, según si los servicios cuestionados se prestan por instituciones médicas tradicionales y locales o bien mediante plataformas digitales sin arraigo local, cuya actividad luce en franca extensión.

PALABRAS CLAVE

Consentimiento informado. Derechos fundamentales. Digitalización. Automatización

I. INTRODUCCIÓN

Hemos tratado reiteradas veces el “consentimiento informado”, como aspecto esencial de la relación

¹ Profesora Titular de Obligaciones Civiles y Comerciales (FDer.-UBA) y de distintas Universidades nacionales y extranjeras. Doctora en Derecho Privado e Investigadora (UBA). Especialista en Ciencias Sociales con mención en Lectura, escritura y educación (FLACSO). Integró la Comisión de Bioética del Código Civil y Comercial de la Nación. Miembro del Instituto de Derecho Civil de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales. Directora del Instituto del Salud del Colegio de Abogados de San Isidro. Abogada en ejercicio, especializada en Salud, RC Profesional y Seguros y asesora legal de distintas Sociedades Científicas.

médico/a-paciente y de otros vínculos entre legos y expertos². Pero el tema parece estar siempre vigente, renovarse, extenderse a nuevos ámbitos y motivar mayores reflexiones jurídicas.

En realidad, ello no sorprende, porque referirse a esta cuestión en definitiva significa tratar las comunicaciones entre quienes son portadores de un saber y quienes acuden a sus servicios. Es más, desde un punto de vista amplio, el consentimiento informado interesa las relaciones entre quienes diseñan y comercializan servicios y productos, y quienes los usan y consumen. De hecho, el concepto “sociedad de la información” hace a una forma de nombrarnos, que revela el lugar central que la comunicación y la información tiene actualmente en los vínculos sociales, culturales y económicas en general.

En tal contexto, la figura bajo análisis va evolucionando de una manera significativa, al ritmo de una sociedad atravesada por cambios científicos y tecnológicos profundos, fenómenos globales inesperados (como la reciente pandemia) y otros esperables pero trascendentes en términos de comunicación (como la automatización y la digitalización). La interpretación de los conflictos jurídicos a la luz de los derechos fundamentales, también abre un espacio para su re-interpretación.

Repasar algunos aspectos sustanciales del consentimiento informado en su presentación tradicional y a su vez, hacer notar ciertos fenómenos novedosos que lo reconfiguran, hace al objetivo del presente trabajo.

II. ASPECTOS SUSTANCIALES

Hemos definido al consentimiento informado como la *declaración* de voluntad efectuada por un paciente, por la cual decide prestar su conformidad y someterse a un procedimiento o intervención quirúrgica que se le propone como médicamente aconsejable, luego de haber recibido “información” suficiente al respecto. Supone un proceso de información adecuada al/a la interesado/a, para que pueda decidir si la indicación médica propuesta será aplicada o no a su cuerpo, pues, en realidad, en sentido amplio, el instituto también comprende el derecho a negarse a un tratamiento.

Se trata de un concepto originariamente fundado en el derecho a la autonomía individual, a la autodeterminación y a la libertad, hoy incorporado a la normativa fundamental (art. 6 de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, UNESCO, 2005) y también ampliamente a la legislación local (art. 59 CCyCN y cap. III, L26529/09), que propicia el esclarecimiento y la toma de decisiones por quien en definitiva debe soportar las consecuencias del tratamiento médico.

En el campo de la realidad, se observa que por efecto de la socialización de la medicina y ante el interés colectivo en la prestación generalizada de los servicios de salud, se imponen tiempos pautados de atención, en los que los profesionales deben interrogar a los pacientes, realizar su examen físico, analizar su historia clínica previa, indicar estudios complementarios y, en definitiva, diagnosticar, prescribir y poner en práctica los tratamientos tendientes a mejorar la salud, todo lo cual no siempre permite materializar el ideal del proceso de consentimiento informado previsto en la legislación y/o instrumentarlo adecuadamente.

Ahora bien, en su contexto, se presentan algunos aspectos especialmente críticos. Así, por ejemplo, el acceso a la información se considera esencial para garantizar el derecho a la salud³ y la pregunta referida a qué y cuánto debe informarse permite pensar en un balance entre aquello que resulta indispensable que el interesado conozca, de tal modo de poder tomar una decisión inteligente, y aquello que resulta posible informar, efectivamente.

² Con referencia al vínculo entre médicos y pacientes, puede verse nuestro trabajo más extenso, Highton, Elena I., Wierzba, Sandra M., “La Relación Médico-Paciente: El consentimiento Informado”, Ed Ad Hoc, Bs. As., 2003, 2ª. Ed. actualizada y ampliada y el más reciente, Wierzba, Sandra M. “Derecho a la salud. Vida privada. Consentimiento informado. TEDH. Affaire Reyes Jimenez c. Espagne, 8 de marzo de 2022”, en Revista Debates sobre Derechos Humanos, 2022, No. 6, 267-274, cuyos conceptos constituyen la esencia del enfoque tradicional reflejado en este artículo. En relación con otras profesiones, he tratado específicamente el tema –por ej.– en “Responsabilidad civil del abogado”, ed. Hammurabi, Enero 2006, cap. III.

³ Cf. art. 13, CADH; Ley N° 23.054 y Corte IDH. Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018, Serie C No. 349, párr. 160.

En este sentido, se sabe que no resulta posible informar todos los riesgos de un procedimiento médico: más allá de aquéllos que derivan de la práctica o producto utilizado en sí, estarán los propios del enfermo, los de las circunstancias externas y los correspondientes a la combinación de esos diversos elementos. Las normas jurídicas son contestes al exigir información sobre la naturaleza y objetivo del procedimiento; sus riesgos más graves y frecuentes, los beneficios esperados y las alternativas terapéuticas avaladas por la ciencia médica.⁴

En nuestro medio, la obligación de advertencia tiene raigambre constitucional, reconociéndose en disposiciones como el art. 42 CN y, asimismo, en la legislación sanitaria específica de las últimas décadas. La jurisprudencia se ha pronunciado reiteradamente sobre el tema,⁵ que fue abordado incluso por el Máximo Tribunal de la Nación.⁶ Sin embargo, sus alcances son objeto de frecuente discusión y si un paciente sufre la materialización de un riesgo no informado, la cuestión suele ser objeto de reclamos judiciales.

Otro aspecto crítico se vincula a la aptitud para recibir información y consentir un procedimiento médico. El consentimiento informado se asocia a la expresión de un derecho personalísimo, que se traduce generalmente en simples actos lícitos o manifestaciones no negociales de la voluntad.⁷ El paciente no requiere de capacidad contractual para emitirlo, sino de *competencia*, como aptitud físico-psíquica que le permite expresar su voluntad, previa comprensión del acto médico propuesto y de sus posibles consecuencias. En las niñas, niños y adolescentes, ésta se va adquiriendo progresivamente según su edad y grado de madurez, debiendo atenderse a su interés superior.⁸

También merece una reflexión especial la cuestión de la forma y de la prueba del consentimiento informado. Idealmente, éste debiera transcurrir como un proceso, con intercambios verbales entre médico y paciente a lo largo de las distintas consultas y, de hecho, en muchos casos ello funciona así. Pero en el contexto de una medicina socializada, con fragmentación de la atención por distintos especialistas y en un medio especialmente litigioso, la formalización del proceso descrito suele considerarse necesaria. Por ello, la utilización de formularios de consentimiento informado se impone para brindar información aún fuera del limitado tiempo de la consulta; pero, asimismo, para que el equipo y la institución de salud puedan contar con un elemento defensivo, crucial ante una futura y eventual imputación de responsabilidad derivada de la materialización de un riesgo previsible.

Ahora bien, la instrumentación de ese proceso suele resultar distorsiva de la relación entre el paciente y el profesional. Es que más allá de los vicios que puede significar su implementación -cuando ésta es automática y puramente formal-, el hecho de suscribir un documento identificado con las profesiones jurídicas en momentos donde la vulnerabilidad del firmante es la regla y donde su intimidad, integridad y hasta su vida se encuentran expuestas, en muchos casos genera rechazo.

En la actualidad las leyes especiales suelen exigir la instrumentación escrita del consentimiento in-

⁴ Entre otros aspectos, según art. 59 CCyCN y art. 5 de la Ley N° 26.529.

⁵ Desde el leading case “P., R c/Estado Nacional, Ministerio de Defensa, Ejército Argentino”, CNFed. Civ. y Com., Sala I, 28/12/1993, LL 1994-D, p.20/26 hasta casos más recientes como CNCiv., Sala G, V., V. c. M., C. s/ daños y perjuicios - resp.prof.médicos y aux. • 28/06/2023, Cita: TR LALEY AR/JUR/81933/2023 y “C., P. L. c/G., E. F. y otro s/daños y perjuicios”, CNCIV, Sala M, 16/06/2022, eIDial.com - AACDDF.

⁶ Cf. CSJN, Godoy Aguirre, Marta c/Unión Obrera Metalúrgica de la República Argentina y otro y otro s/Ordinario, 12/08/2008, Fallos: 331:1804, disidencia de Highton de Nolasco y Petracchi.

⁷ Tobías, José W. “El consentimiento del paciente en el acto médico”, ED, 93-803 y “El asentimiento del paciente y la ley 26.529”, Revista de Derecho de Familia y Personas, La Ley, n° 5: DFyP, 171, Cita Online: AR/DOC/7506/2010; asimismo, Highton, Elena I., Wierzba, Sandra M. “La Relación Médico-Paciente...”, cit., cap.V, pp. 81/177.

⁸ Cf. Art. 26 CCyCN. Ver, Kemelmajer de Carlucci, Aída, “El derecho del menor sobre su propio cuerpo”, conferencia dictada en las I Jornadas de bioética y derecho, organizadas por la Cátedra UNESCO de Bioética (UBA) y la Asociación de Abogados de Buenos Aires, 23/08/2000 y en Borda, Guillermo A. (director), La persona humana, La Ley, Bs. As., 2001, p. 249; Caramelo, Gustavo “Los niños y el consentimiento informado para la práctica de tratamientos médicos y ensayos clínicos”, Revista de Derecho Privado, Año 1, no. 1, INFOJUS, 2012, pp. 73-111 y Fernández, Silvia E. “Consideraciones en torno al principio de autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Anteproyecto de Código Civil”, SJA 20/06/2012, 108 • JA 2012-II, 1392 • TR LALEY AR/DOC/7952/2012.

formado, para supuestos de excepción, que incluyen las intervenciones quirúrgicas.⁹ Pero aún en estos casos, cabe preguntarse: ¿debe considerarse que la forma prevista por la ley es solemne o no solemne? En el Derecho argentino, cabe interpretar que dicha forma legal es no solemne o *ad probationem*, en tanto materializado el acto de manera diferente -ej. verbalmente o por signos inequívocos-, también queda habilitada la internación o el procedimiento involucrado.¹⁰ De hecho, la prestación del consentimiento informado puede ser acreditada por otros medios como, por ejemplo, la prueba confesional posterior del enfermo, la demostración por testigos de un estándar adecuado de actuación para la generalidad de los casos atendidos por un servicio médico o por anotaciones en la historia clínica.¹¹

Por último, vale la pena referirse a ciertas excepciones al consentimiento informado en sí, en cuyo caso el profesional puede hallarse eximido del deber de revelar o resultar pertinente su actuación sin el previo consentimiento del paciente. Así, por ejemplo, la urgencia y la emergencia pueden desplazar la implementación de la figura en cuestión,¹² por cuanto generalmente involucran cuestiones de vida o muerte, asumiéndose que si una persona razonable hubiera aceptado la ejecución del tratamiento en las circunstancias dadas, también lo habría hecho el paciente en particular, máxime si carece de aptitud para recibir información o para decidir y -en culturas como la nuestra- no hay familiares o allegados que puedan hacerlo en su lugar.¹³ También la renuncia hace a una excepción, pues la negativa del interesado a recibir datos sobre su estado o sobre el procedimiento médico aconsejado o para decidir a su respecto, hace al ejercicio de la propia voluntad.

III. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES DE DERECHOS HUMANOS

En las últimas décadas, de la mano de los procesos de constitucionalización del Derecho Privado, la figura del consentimiento informado ha trascendido el ámbito de los procesos de responsabilidad contra profesionales, instituciones y financiadores de salud locales, que tramitan por ante tribunales nacionales, para comprometer la responsabilidad de los Estados y su juzgamiento por los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos.

Como ejemplo de ello, puede citarse el caso I.V. c Bolivia¹⁴, donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que el consentimiento informado era una condición *sine qua non* para la ligadura de trompas de Falopio, por respeto a la autonomía y libertad de la paciente para tomar decisiones propias y acordes a su plan de existencia. Allí se interpretó que las disposiciones que consagran la autonomía resultan indisolubles de la idea de dignidad de la persona, asignándoseles el carácter de verdaderos límites para que en la práctica, ni el Estado, ni los terceros, actúen mediante injerencias arbitrarias en la esfera de la integridad personal o privada de los individuos, especialmente en relación con el acceso a servicios de salud. Fue así que tal práctica inconsulta, se consideró violatoria de los derechos a la integridad y libertad personal, a la dignidad, a la vida privada y familia y al acceso a la información y a fundar una familia (arts. 5.1, 7.1, 11.1, 11.2, 13.1 y 17.2 CADH y de las obligaciones previstas en el art. 7.a) y b) de la Convención de Belém do Pará -entre otras-), configurándose la responsabilidad internacional del Estado Plurinacional de Bolivia.

⁹ Por ej., art. 7 Ley N° 26.529.

¹⁰ Highton, Elena I.; Wierzbica, Sandra M. "La relación...", ob. cit., p. 180/181.

¹¹ Por ej., se sostuvo que "[s]in perjuicio de la conveniencia de la forma escrita, la validez del consentimiento informado para una práctica médica, por parte del paciente, no exige requisitos especiales de índole formal, pudiendo ser prestado en forma verbal, y nada hay de arbitrario en valorar la historia clínica como medio de prueba del consentimiento informado, ya que la historia clínica o ficha médica del paciente es el documento por excelencia para instrumentar el consentimiento informado". Suprema Corte de Justicia de Mendoza, "Jaquiers, Javier c/Zaldívar s/Daños y perjuicios S/ Inc", Sala I, 26/7/2007, eIDial.com - MZ4454.

¹² Cf. Art. 9 Ley N° 26.529 y 59 in fine CCyCN.

¹³ Puede verse una explícita referencia al tema en Corte IDH. Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349, párr. 160.

¹⁴ Cf. Corte IDH. Caso I.V. Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329.

Por su parte, en el caso “Reyes Jiménez c/España”¹⁵, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos debió pronunciarse sobre el caso de un niño portador de una severa patología, quien debió someterse a sucesivas intervenciones quirúrgicas, que fueron precedidas de procesos de consentimiento informado, siendo que en una de ellas faltó la instrumentación por escrito. Si bien durante el proceso se discutió extensamente si el consentimiento informado había sido prestado o no (en forma verbal, por ejemplo), la Corte internacional observó que los tribunales locales no habían dado una respuesta concreta acerca de las razones del incumplimiento del requisito de instrumentación escrita, exigido por la legislación española. Consecuentemente, dispuso la responsabilidad internacional de España, imponiéndole una “satisfacción equitativa” por el daño moral sufrido por la parte reclamante (conf. art. 41 de la Convención Europea de Derechos Humanos –CEDH–). Sin embargo, el Tribunal rechazó la compensación del daño físico, al interpretar que no había existido relación de causalidad adecuada entre falta de consentimiento informado (escrito) y el daño sufrido por el paciente. En el decisorio se sostuvo que había existido una violación del art. 8 de la CEDH, que protege el derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar, y que la figura bajo estudio garantiza la autonomía de la voluntad del paciente y su protección integridad física y moral, con relevancia constitucional.

IV. AVANCE DE LA CIENCIA Y ROL DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO PARA EVITAR LA “COSIFICACIÓN” DE LOS SERES HUMANOS

Los avances tecnológicos han permitido sostener la vida humana en circunstancias y por tiempos antes inimaginables, mediante técnicas de respiración, alimentación e hidratación extraordinarias.

Ello ha dado lugar a planteos judiciales donde se discutió hasta cuándo y de qué manera debe prolongarse la vida humana mediante aparatología altamente invasiva cuando ya no existen posibilidades de recuperación; asimismo, sobre si las personas afectadas habrían aceptado el uso de su material biológico con fines de paternidad; cuando ya no resulta posible recuperar una vida inteligente.

Así por ejemplo, en el precedente “D., M. A. s/Declaración de Incapacidad”¹⁶, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que “En supuestos en que el paciente se encuentre imposibilitado de expresar su consentimiento a causa de su estado físico o psíquico, el art. 6° de la ley 26529 -que remite al art. 21 de la ley 24.193- determina qué personas vinculadas a él -y en qué orden de prelación- pueden hacer operativa la voluntad de aquél y resultar sus interlocutores ante los médicos a la hora de decidir la continuidad del tratamiento o el cese del soporte vital, sin que pueda considerarse una transferencia a aquellas de un poder incondicionado para disponer la suerte del paciente mayor de edad que se encuentra en un estado total y permanente de inconsciencia”. Es así que el Máximo Tribunal evitó delegar este tipo de decisiones en terceros y al no existir claras directivas anticipadas por parte del paciente (hoy reguladas por el art. 60 del CCyCN), rescató la palabra de los allegados, que no decidieron en lugar del paciente, sino comunicando la voluntad de éste mediante su testimonio.

Por su parte, en autos “M., J. A. s/autorización judicial”¹⁷, se rechazó la pretensión de extraer esperma de una persona en estado vegetativo persistente, que no había prestado su consentimiento expreso para ser padre en caso de encontrarse en dicho estado,¹⁸ en una decisión que tuvo en cuenta tal falta de consentimiento y en definitiva, resultó acorde a una mirada atenta sobre la dignidad de la persona, evitando su cosificación.

V. NOTAS SOBRE LA “DIGITALIZACIÓN” DE LA SALUD Y SU EFECTO EN EL CONSENTIMIENTO INFORMADO

La proliferación de las tecnologías de la información y la comunicación también ha impactado fuer-

¹⁵ TEDH, No. 57020/18, Estrasburgo, 8/3/22.

¹⁶ 7/7/15, Fallos: 338:556

¹⁷ 26/2/18, STJ Río Negro (Exp. 28911/16)

¹⁸ En igual sentido se ha pronunciado recientemente la Cámara Nacional en lo Civil, Sala A, 7/9/23, en autos “L. J. L. s/ autorización” (J.H.), AAD9F0e, n este caso con relación a la pretensión de extracción de esperma post mortem

temente en el sector de la salud y en materia de consentimiento informado, vienen planteándose cuestiones como las siguientes.

En primer término, cabe preguntarse qué particularidades reviste la figura analizada en las prácticas telemédicas. En este caso, más allá del tradicional deber de información exigible, que se extiende esencialmente a las características y naturaleza del procedimiento propuesto, los beneficios y riesgos esperables y las alternativas terapéuticas (conf. art. 59 CCyCN), en la atención telemédica viene informándose sobre otros riesgos asociados, hoy presentes: la falta de robustez de los soportes digitales, lo cual debilita la confidencialidad que debe acompañar a toda consulta sobre la salud y las limitaciones que puede suponer ese tipo de atención, ante la imposibilidad de concretar la revisión física del paciente.

La instrumentación del consentimiento informado presenta las alternativas modernas como la guarda de los registros en soportes digitales y la videograbación del proceso, entre otras.

A su vez, más allá de las regulaciones propuestas para este tipo de prácticas,¹⁹ desde el ámbito jurídico se ha expresado que “Resulta asimismo deseable precisar legalmente los alcances del consentimiento informado en las prácticas telemédicas” (XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Mendoza, 22, 23 y 24/9/22, Conclusión 24, Comisión 1).

Por otra parte, la “cibercondría”, término que se asocia a la hipocondría que sufren quienes consultan información médica en la web -por cierto, muchas veces alarmante- y el “efecto nocebo”, como desconfianza y cuestionamiento de la información brindada por el profesional, ante las búsquedas que los propios pacientes realizan en internet, habrían modificado significativamente las características de la atención médica y el consentimiento informado. Así, hoy en día, en lugar de esperarse información del profesional en los términos previstos por la ley, se pretendería una suerte de “curaduría” sobre los datos referidos al estado del paciente, diagnósticos diferenciales y pronóstico, obtenidos por los propios interesados en la web, con anterioridad a la consulta.

A su vez, se ha advertido que los servicios médicos tradicionales -aún los digitalizados- estarían ya compitiendo con otros prestados mediante aplicaciones (o *apps*). Actualmente, tales aplicaciones estarían recolectando un inmenso volumen de los datos que emiten los cuerpos humanos, a través de los aparatos conectados y servicios de bienestar (contándose los pasos, la temperatura corporal, las frecuencias vocales, etc.); que en un futuro vincularían las competencias de los médicos y los biólogos, para cerrar la propia industria digital el círculo, proponiendo ella misma o sus eventuales asociados el seguimiento continuo y perfecto mediante sistemas inteligentes, que nos alertarían en tiempo real de cualquier riesgo y patología, a cambio de un abono. De este modo, se condenaría a los médicos y en general, a los prestadores clásicos de salud a su destronización, erradicándose el zócalo humanista sobre el cual la medicina se habría constituido desde la antigüedad.²⁰ Pero sea ello así o no, lo cierto es que diversamente a las exigencias y requisitos aplicables al consentimiento informado propio de la relación médico paciente, cuando se trata de servicios ofrecidos vía *apps*, el consentimiento se brinda sin leer la información relevante, mediante el gesto automatizado de un click, sin que tal situación sea siquiera considerada por el Derecho.

Lo expuesto resulta por cierto relevante, en una sociedad en la cual se ha revelado que el 92,1% de las y los argentinos contaríamos con acceso a internet, 89 de cada 100 personas usaríamos teléfono celular²¹ y los usuarios de 16 a 64 años pasaríamos más de nueve (9) horas diarias en internet, utilizando la red, entre otras cuestiones, para consultas sobre nuestra salud.²²

¹⁹ Por ej., L 27553/20, sobre Recetas Electrónicas y digitales y la reciente Resolución 3316/2023 (B.O. 2/11/2023) que aprueba las directrices de organización y funcionamiento para la Teleconsulta (art. 1) y las incorpora al Programa Nacional de Garantía de Calidad de la Atención Médica (art. 2). Esta resolución contiene directrices que bien pueden obrar como referencia en materia de calidad de la atención telemédica.

²⁰ SADIN, Eric “La inteligencia artificial o el desafío del siglo. Anatomía de un antihumanismo radical”, Bs. As., Caja Negra 2020, p. 132/136.

²¹ Conf. informe del INDEC, Tecnología, disponible al 3/6/23 en <https://www.indec.gob.ar/indec/web/Nivel3-Tema-4-26>

²² “We Are Social 2023: los datos sobre la Argentina en materia digital”, 17/2/23, disponible en <https://observatoriodemedios.uca.edu.ar/we-are-social-2023-los-datos-sobre-la-argentina-en-materia-digital/> al 31/5/23.

VI. COLOFÓN

Este breve ensayo da cuenta de nuevas realidades y desafíos –también- jurídicos sobre en materia de consentimiento informado.

La expansión de los efectos de este instituto al ámbito de los derechos humanos; su rol de protección de la dignidad humana ante el desarrollo de las nuevas tecnologías; sus modernas formas de implementación ante la digitalización de la medicina; las distorsiones de su práctica ante la extensa consulta de información no siempre certificada en la web y mediante la obtención de servicios médicos “gratuitos” mediante apps, que plantean un doble standard de cuidado –con relación al exigible a la medicina tradicional-, invitan a proponer una mirada renovada sobre el consentimiento informado y a reconsiderar sus alcances.

BIBLIOGRAFÍA:

Doctrina

Carmelo, Gustavo “Los niños y el consentimiento informado para la práctica de tratamientos médicos y ensayos clínicos”, Revista de Derecho Privado, Año 1, no. 1, INFOJUS, 2012.

Fernández, Silvia E. “Consideraciones en torno al principio de autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Anteproyecto de Código Civil”, SJA 20/06/2012, 108 • JA 2012-II , 1392 • TR LALEY AR/DOC/7952/2012.

Highton, Elena I. y Wierzba, Sandra M., La Relación Médico-Paciente: El consentimiento Informado, Ad Hoc, Bs. As., 2003, 2ª. Ed. actualizada y ampliada y el más reciente.

Kemelmajer de Carlucci, Aída, “El derecho del menor sobre su propio cuerpo”, conferencia dictada en las I Jornadas de bioética y derecho, organizadas por la Cátedra UNESCO de Bioética (UBA) y la Asociación de Abogados de Buenos Aires, 23/08/2000 y en Borda, Guillermo A. (director), La persona humana, La Ley, Bs. As., 2001.

Sadin, Eric “La inteligencia artificial o el desafío del siglo. Anatomía de un antihumanismo radical”, Bs. As., Caja Negra 2020, p. 132/136.

Tobías, José W. “El consentimiento del paciente en el acto médico”, ED, 93-803 y

Tobías, José W., “El asentimiento del paciente y la ley 26.529”, Revista de Derecho de Familia y Personas, La Ley, n° 5: Cita Online: AR/DOC/7506/2010.

Wierzba, Sandra M. “Derecho a la salud. Vida privada. Consentimiento informado. TEDH. Affaire Reyes Jimenez c. Espagne, 8 de marzo de 2022”, en Revista Debates sobre Derechos Humanos, 2022, No. 6, 267-274.

Wierzba, Sandra, Responsabilidad civil del abogado, Hammurabi, Bs. As., 2006.

Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018, Serie C No. 349.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso I.V. Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Affaire Reyes Jiménez c/España, 8 de marzo de 2022, Estrasburgo, 8/3/22, No. 57020/18.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, D., M. A. s/Declaración de incapacidad, 7/7/15, Fallos 338:556.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, Godoy Aguirre, Marta c/Unión Obrera Metalúrgica de la República Argentina y/o. s/Ordinario, 12/08/2008, Fallos: 331:1804.

Superior Tribunal de Río Negro, M., J. A, s/autorización judicial, 26/2/18, Exp. 28911/16.

Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Jaquiers, Javier c/Zaldívar s/Daños y perjuicios S/Inc, Sala I, 26/7/2007, elDial.com - MZ4454.

CNCiv., Sala A, L. J. L. s/ autorización, 7/9/23, eldial AAD9F0.

CNCiv., Sala G, V., V. c. M., C. s/ daños y perjuicios - resp.prof.médicos y aux. • 28/06/2023, Cita: TR LALEY AR/JUR/81933/2023.

CNCIV, Sala M, “C., P. L. c/G., E. F. y otro s/daños y perjuicios”, 16/06/2022, elDial.com - AACDDF.

CNFed. Civ. y Com., Sala I · P., R c/Estado Nacional, Ministerio de Defensa, Ejército Argentino”, 28/12/1993, LL 1994-D.

RJ
SI

Reseña de Fallos Aplicada

Reseña de Fallos. Aplicada a la Temática

JURISPRUDENCIA APLICADA. 1

Jurisdicción: Departamento Judicial de La Matanza

Tipo de dependencia: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial

Dependencia: Sala I

Estado de la sentencia: Firme

Fecha de sentencia: 21/12/2023

Carátula: “G.V.R.A C/ G.D.R S/ Daños y Perjuicios”

PALABRAS CLAVE:

Daño Moral. Cuantificación.

RESEÑA:

La actitud plasmada tanto en la causa LM 28039/2005 sobre filiación como en los presentes, no hacen más que evidenciar la conducta dolosa del demandado en completo desinterés por el derecho a la identidad de R.A.

Las consecuencias de dicho incumplimiento son evidentes a poco que se repase con un criterio humanista las vicisitudes a las que debió enfrentarse la reclamante a lo largo de su vida, con una figura parental completamente ausente, quien ni siquiera cumplió con los deberes legales que impone un procedimiento judicial, tal como ha demostrado con su ausencia en el expediente por el reclamo filiatorio y en el presente, lo que ha llevado a la apelante a demostrar, con acierto, que la actitud omisiva del demandado repercute directamente en el daño reclamado, reactualizando el abandono en diversos escenarios.

Si bien las referencias anteriores sirvieron de sustento a la acreditación de los presupuestos necesarios para determinar la responsabilidad civil del demandado, no resultan cuestiones irrelevantes a la hora de mensurar el daño moral reclamado.

Como ya dije, la actitud desaprensiva del accionado en ambos procesos emprendidos por la actora, ponen al descubierto la falta total de interés del Sr. G en cuanto a los padecimientos morales que expone la

actora al verse afectado gravemente su derecho a la identidad (art. 75 inc. 22 de la C.N., 7, 8 C.D.N., 3, 17, 18, 19, 32 de la Convención Americana de Derechos Humanos, art. 6 Declaración Universal de Derechos Humanos).

Tengo por acreditado que se ha conculcado el derecho subjetivo de la actora a su identidad biológica en los términos del art. 32 Pacto San José de Costa Rica (conf. criterio expuesto por S.C.B.A. 28/4/98 en LLBA, 1999-161 y 10/11/98 en JA, 1999-IV483).

No obstante, la jurisprudencia ha analizado otras variables, que resultan útiles para la cuantificación del rubro: "Agrega esta autora que ello no obsta a la posibilidad de establecer ciertas pautas objetivas a considerar a la hora de determinar el monto indemnizable; entre otras pautas recogidas por la jurisprudencia, se mencionan: a)La edad del niño y el especial impacto de la negación de la paternidad en la adolescencia, de modo que a mayor edad, se presume mayor daño; b)El plazo transcurrido desde la negativa al reconocimiento; c)La actitud del padre durante el proceso, en particular, su colaboración en la obtención de las pruebas y especialmente la prueba biológica; d)el perjuicio psicológico; e) la demora materna en iniciar la acción-que a criterio de la autora que citamos no debiera resultar atenuante para la responsabilidad paterna-; f)la inserción escolar del niño; g)el hecho de haber sido reconocido en las relaciones sociales como hijo del progenitor; h)La situación social y cultural de las partes; i)las implicancias de la falta de reconocimiento en cuanto a los derechos y deberes derivados de la responsabilidad parental; j)el desamparo producido por la carencia de una figura paterna cierta y responsable, que no puede ser suplido en forma ambivalente por la madre (aunque sobre este aspecto no es unánime el criterio, por comparación con otras familias monoparentales); k)la relación de causalidad entre el obrar ilícito y el daño; etc" (conf. vot F., M. C/ E., J. J. S/ Daños y Perjuicios Extracontractual cit).

En síntesis, considerándose que devienen firme a esta Alzada las pautas consideradas en la sentencia apelada por el demandado, y que la Srita. R.A.G.V nacida el 15 de mayo de 2004, representada por su progenitora, tenía 1 año de edad al iniciarse el proceso filiatorio, en el que recayó sentencia cuando ella tenía 8 años de edad, el 10 de diciembre de 2012 (ver fs. 205/206), quien contaba con 10 años de edad al haberse incoado la presente demanda y su edad actual -19 años-, su condición socioeconómica, con las características propias que imprimen los hogares monomarentales en la economía familiar en un mundo en donde la desigualdad estructural es la pauta, y las características propias del caso que han demostrado que durante toda su vida la Srita R.A encontró vulnerado su derecho a la identidad, entiendo que corresponde hacer lugar a los agravios esgrimidos, proponiendo ELEVAR el rubro a la suma de PESOS (art. 75 inc. 22 de la C.N., arts. 7, 8 C.D.N., arts. 5,17,19 y ccdtes de la Convención Americana de Derechos Humanos; arts. 4, 5, 7, y ccdtes Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar Y Erradicar La Violencia Contra La Mujer "Convención De Belem Do Para"; arts. 1,2,3 y ccdtes CEDAW ; art. 174 CCCN; arts. 1, 2, 3 y ccdtes Ley Nacional N° 26.485; arts. 165, 384 y ccdtes CPCC).

[VER FALLO COMPLETO](#)

Reseña de Fallos. Aplicada a la Temática

JURISPRUDENCIA APLICADA. 2

Jurisdicción: Departamento Judicial de San Isidro

Tipo de dependencia: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial

Dependencia: Sala I

Estado de la sentencia: Firme

Fecha de sentencia: 04/07/2023

Carátula: “F. M. O. D. C/ P.B.S.A. S/ Concurso Pequeño S/ Incidente de Revisión”

PALABRAS CLAVE:

Honorarios. Moneda Extranjera. Dólar MEP.

RESEÑA:

El 13-12-2022 se hizo lugar al incidente de revisión promovido por O. D. F. M. por el importe de U\$S en concepto de capital, junto con U\$S en calidad de accesorios, más la suma de \$ por el impuesto de sellos y \$ por sus intereses, todo ello con carácter quirografario.

A su vez, se impusieron las costas del litigio al mencionado acreedor y se fijaron los honorarios de los profesionales intervinientes en el pleito utilizando como base regulatoria el monto de \$..

Para fijar la base ahora cuestionada, se tuvo en cuenta la cotización oficial del dólar tipo vendedor informada por el Banco Nación el día de la regulación y se le adicionó el monto en pesos.

Así pues, la cuestión a resolver se ciñe a determinar si resulta justa y razonable la cotización de la referida divisa extranjera empleada para fijar la base que permitió cuantificar la labor desarrollada por los profesionales que intervinieron en la causa.

...esta Alzada se ha expedido en torno a esta cuestión en el marco de la causa “C. T., G. c/ C., M. G. s/ Cobro Ejecutivo” (CACC, San Isidro, Sala I, Causa n° 11.093/2020, sent. del 9-9-2022). Allí hemos brindado

los motivos y fundamentos que nos llevaron a concluir que, para tareas de cotización del dólar a moneda de curso legal, la pauta que mejor refleja la situación real del mercado cambiario y representa una equivalencia de los valores monetarios es el denominado “dólar MEP o bolsa”, cuyo importe podrá obtenerse a través de diversas vías de información (por ejemplo, www.ambito.com) lo que otorga publicidad y transparencia a su valor (conf. CACC, San Isidro, Sala I, Causa n° 4.897, sent. del 29-6-2023).

Así las cosas, entendemos que la variable del dólar oficial empleada en el pronunciamiento apelado no refleja el valor real de la moneda extranjera en el mercado cambiario y, conforme la argumentación vertida, reputo justo y razonable que la pesificación en debate se realice al valor del “dólar MEP o bolsa”.

[VER FALLO COMPLETO](#)

Reseña de Fallos. Aplicada a la Temática

JURISPRUDENCIA APLICADA. 3

Jurisdicción: Departamento Judicial de San Isidro

Tipo de dependencia: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial

Dependencia: Sala II

Estado de la sentencia: Firme

Fecha de sentencia: 14/08/2023

Carátula: “N. A. A. y Otro/a c/ A. D. A. S.A. S/ Daños y Perj. Autom. c/ Les. o Muerte (Exc. Estado)”

PALABRAS CLAVE:

Indemnización por incapacidad sobreviniente. Cuantificación.

RESEÑA:

... en relación a la queja sobre el daño estético, considero que tanto este como el mal denominado daño psicológico carecen de autonomía. Esto significa que tales afecciones no configuran un tercer género independiente de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales, porque se distingue previamente el bien jurídico lesionado -integridad corporal, derecho de la personalidad- de las consecuencias que su ilegítima afectación provoca; lo que no impide, desde luego, que si un hecho lesivo de esa naturaleza genera disminución de posibilidades de obtención de ganancias mediante actividad retribuida, comporte un daño patrimonial indirecto que pasará a integrar la partida "incapacidad".

Ahora bien, para fijar la cuantía de este acápite, habré de tomar en cuenta la doctrina consolidada de la Corte Federal según la cual el derecho a la reparación del daño injustamente experimentado tiene jerarquía constitucional, toda vez que el *neminem laedere*, reconoce su fuente en el art. 19 de la Cons. Nac.

Por tanto, ya sea que se entienda que la fijación del quantum indemnizatorio es una de las consecuencias jurídicas no consolidadas a la que se aplicaría el art. 1746 del CCyC -y, por consiguiente, alguna de las fórmulas matemáticas- o bien se recurra a la doctrina de la Corte, la solución no habría de modificarse.

El empleo de criterios matemáticos para valorar la incapacidad sobreviniente no debe atar al juzgador, por lo tanto, no corresponde otorgar a la víctima, sin más, la suma que en cada caso resulte de la aplicación de la fórmula, sino que esta servirá simplemente como pauta orientadora para, a partir de allí, arribar a un justo resarcimiento según las circunstancias de la causa.

Por tanto, en el caso, cabe señalar que si bien la norma bajo análisis (art. 1746 del CCyCN) solo busca justificar y explicar cómo se llega al resultado indemnizatorio; no debe perderse de vista el ámbito de discrecionalidad que el art. 165 del C.P.C.C. otorga al juez en la materia, a fin de evitar que la frialdad de una ecuación aritmética cierre la mirada a lo justo, que es, en definitiva, tratar de restituir al damnificado a la situación anterior al hecho dañoso (art. 1740 del CCyCN).

[VER FALLO COMPLETO](#)

Reseña de Fallos. Aplicada a la Temática

JURISPRUDENCIA APLICADA. 4

Jurisdicción: Departamento Judicial de La Plata

Tipo de dependencia: Cámara Segunda de Apelaciones en lo Civil y Comercial

Dependencia: Sala II

Estado de la sentencia: Firme

Fecha de sentencia: 17/10/2023

Carátula: “Z. R. P. C/ L. N. C. S. L. S/ Daños y Perj. Incump. Contractual (Exc. Estado)”

PALABRAS CLAVE:

Proceso inflacionario. Tasa de Interés.

RESEÑA:

En lo relativo al planteo efectuado sobre la tasa de interés fijada en la instancia de origen, cierto es que existe doctrina legal de la Suprema Corte de Justicia en relación con el tipo de tasa de interés que se debe fijar para esta clase de litigios (... “Nidera SA”, sent. del 3/05/2018; entre otras), la cual ha sido utilizada en numerosos fallos precedentes de esta Sala.

Mas, conforme nuevas circunstancias, apartarse de la doctrina legal no es desconocer el valor de la misma emanada de los fallos de nuestra Suprema Corte (arts. 161 inciso 3° a) de la Const. Prov.; 279 y 289 del CPCC), en cuanto jurisprudencia vinculante y su correlativa función uniformadora de criterios jurisdiccionales.

Una cosa es desconocer lisa y llanamente la doctrina legal, y otra muy distinta es, con nuevos fundamentos otorgar una diferente resolución al asunto actual, que posibilite a su vez una eventual nueva intervención de nuestro Máximo Tribunal local, evitando de ese modo se torne pétrea su especial jurisprudencia, sin desmedro de garantizar la necesaria seguridad jurídica e igualdad ante la ley, función eminentemente casatoria.

En ese sentido, siendo que el contexto económico en el cual fueron dictados los pronunciamientos de nuestro superior Tribunal (2016 y 2018) ha variado de modo sustancial a la fecha -lo que es un hecho público y notorio- y dado que las nuevas circunstancias exigen reformulaciones de los criterios que han quedado desfasados ante la realidad imperante, para dar una respuesta adecuada al caso al momento en que se debe resolver el mismo, es que deviene necesario separarse de dichos precedentes.

Aun si se considerara [eventualmente] que la fijación de ciertos montos a valores actuales importa una indexación del crédito, no puede afirmarse que la tasa activa supere holgadamente la inflación que registra la economía nacional, de forma tal de configurar un verdadero enriquecimiento del acreedor. La fijación de tasas menores, en las actuales circunstancias del mercado, puede favorecer al deudor incumplidor, quien nuevamente se encontrará tentado de especular con la duración de los procesos judiciales, en la esperanza de terminar pagando, a la postre, una reparación menguada —a valores reales— respecto de la que habría abonado si lo hubiera hecho inmediatamente luego de la producción del daño.

Asimismo, y por lo antes expuesto, específicamente, es cancelar -en la especie- la finalidad que tienen los intereses moratorios de compensar la privación del capital (art. 1748 del CCyC), generando además un resultado desproporcionado en favor del deudor que se traduce en un

enriquecimiento sin causa a partir de la paulatina licuación de su deuda al prescindirse de la realidad económica implicada.

Por ello, considero que a los montos otorgados desde la mora hasta el efectivo pago, aun cuando se los justiprecie a valores actuales, corresponde le sean fijados intereses a la tasa pasiva más alta en operaciones a treinta días del Banco de la Provincia de Buenos Aries.

[VER FALLO COMPLETO](#)

Reseña de Fallos. Aplicada a la Temática

JURISPRUDENCIA APLICADA. 5

Jurisdicción: Corte Suprema de Justicia de la Nación

Tipo de dependencia: Corte Suprema de Justicia de la Nación

Dependencia: Corte Suprema de Justicia de la Nación

Estado de la sentencia: Firme

Fecha de sentencia: 29/02/2024

Carátula: “O., F. O. c/ COMA S.A. s/ despido.”

PALABRAS CLAVE:

Tasa de Interés. Acta 2764 CNAT

RESEÑA:

Que la capitalización periódica y sucesiva ordenada con base en el acta 2764/2022 de la CNAT no encuentra sustento en las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación que el a quo dijo aplicar.

(...) la decisión impugnada y el acta que la sustenta dejan de lado el principio general fijado por el legislador y crean una excepción que no está legalmente contemplada.

(...) la utilización de intereses constituye solo un arbitrio tendiente a obtener una ponderación objetiva de la realidad económica a partir de pautas de legítimo resarcimiento. Si ello no opera de ese modo, el resultado se vuelve injusto objetivamente y debe ser corregido por los magistrados (Fallos: 315:2558; 316:1972; 319:351; 323:2562; 326:259, entre otros).

En atención a que la CNAT realiza una interpretación del Art. 770 CCCN que no resulta una derivación razonable de su texto, y en tanto la aplicación periódica del anatocismo arrojan guarismos que no se ajustan a la realidad económica, corresponde hacer lugar al recurso de queja y ordenar que por medio de quien corresponda se dicte nueva resolución ajustada a derecho.

[VER FALLO COMPLETO](#)

RJ
SI

Reseña de Fallos

Novedades

Reseña de Fallos. Novedades

JURISPRUDENCIA. NOVEDADES. 1

Jurisdicción: Departamento Judicial de San Isidro

Tipo de dependencia: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial

Dependencia: Sala II

Estado de la sentencia: Firme

Fecha de sentencia: 11/09/2023

Carátula: “Wenance SA S/ Concurso Preventivo (GRANDE)”

PALABRAS CLAVE:

Sujetos concursables. Empresas “fintech”.

RESEÑA:

En el pronunciamiento en crisis de fecha 14/08/23, la magistrada de grado..., al entender que el domicilio de la sede social de la sociedad estaba ubicado en realidad en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, decretó su incompetencia (cf. arts. 3 inc. 3° y 4° de la LCQ), y, también, el archivo de la causa.

Concluyó que lo expuesto generaba su incompetencia para entender en la causa en los términos del ya citado art. 3°, inc. 3° y 4° de la Ley 24.522, debiendo intervenir el Juez del domicilio que fuera certificado por el Escribano Público ya referido, y, que, ello llevaba a la declinación de la competencia en las presentes actuaciones (arts. 1 4 del CPCC, 3 de la ley 24.522).

Además, de ese pronunciamiento, se extrae que pretende la magistrada, luego de declararse incompetente en razón de territorio, atribuir algún grado de competencia, no ya territorial sino en razón de la materia, por tal circunstancia (es decir el hecho de tratarse presuntamente la concursada de una entidad financiera regida por la Ley de Entidades Financieras y normativa del BCRA) al fuero federal (entendiendo capitalino).

Si la magistrada de grado en uso de la facultad prevista en el art. 13 de la ley 24.522 se declaró en primer lugar incompetente en el pronunciamiento en crisis, y, por tal motivo rechazó la apertura del concurso preventivo por considerar en la práctica que la competencia le correspondía a los jueces capitalinos de C.A.B.A. -en orden a entender que el domicilio social de "WENANCE S.A." se hallaba en aquella jurisdicción

extraña a la de esta provincia y no en esta otra, dependiente del departamento judicial San Isidro- (cf. art. 3 inc. 3° de la ley citada), es claro que mal podía, luego, como efectivamente hizo, atribuirse competencia -que antes había negado tener- para juzgar, por separado si la sociedad anónima "WENANCE S.A." que peticionó su concursamiento era o no un sujeto concursable, pues, en tal caso, ello era una consideración que en definitiva debía quedar reservada al estudio y tratamiento del juez que fuera a la postre competente para conocer en la causa (cf. art. 13 mencionado de la ley falencial), y, no a cargo de quién, hasta ese momento, se había declarado sin imperium para juzgar, en razón de la falta de competencia territorial.

La Ley de Concursos y Quiebras 24.522, en su artículo 5°, establece que pueden solicitar la formación de su concurso preventivo las personas comprendidas en el art. 2°, incluidas las de existencia ideal en liquidación. Por su parte, dicha norma del art. 2°, sobre los sujetos comprendidos como concursables, dispone que: ". Pueden ser declaradas en concurso las personas de existencia visible, las de existencia ideal de carácter privado y aquellas sociedades en las que el Estado Nacional, Provincial o Municipal sea parte, cualquiera sea el porcentaje de su participación. Se consideran comprendidos: 1) El patrimonio del fallecido, mientras se mantenga separado del patrimonio de los sucesores. 2) Los deudores domiciliados en el extranjero respecto de bienes existentes en el país. No son susceptibles de ser declaradas en concurso, las personas reguladas por Leyes Nros. 20.091, 20.321 y 24.241, así como las excluidas por leyes especiales" (textual). En lo que nos interesa, la disposición normativa mencionada excluye de la solución concursal a las entidades financieras, por ser aquellas reguladas en ley especial 21.526 (con posteriores reformas).

El legislador nacional, al regular sobre los sujetos excluidos de la posibilidad de concursamiento no dejó librada a la discrecionalidad judicial el tema. Estableció quiénes pueden concursarse y quiénes no. A lo sumo, dejó abierta la posibilidad de excluir a personas reguladas en leyes especiales, que, obviamente, por disposición legislativa debe regularse. Y, sobre el particular, no puede entonces juzgarse, dogmáticamente como se hizo en el pronunciamiento en crisis, que, la Fintech "WENANCE S.A.", se halle excluida de la posibilidad de concursamiento, por asimilarse en la práctica - según el entender de la magistrada- a una entidad financiera.

Es decir, no hay elementos para afirmar que "WENANCE S.A." sea una entidad financiera autorizada como tal. De la consulta de la página web del BCRA (<https://www.bkra.gob.ar>) surge que dicha sociedad se halla inscripta como "Empresas no financieras emisoras de tarjetas de crédito o compra" y "Otros proveedores no financieros". Puntualmente, no se encuentra referenciada en ninguno de los grupos mencionados de la nómina de entidades financieras allí detalladas como existentes. Entonces, no habiéndose justificado en autos tales circunstancias, que permitirían excluir a la concursada de la solución preventiva, cabe concluir que la sociedad "WENANCE S.A." se encuentra autorizada por el ordenamiento argentino para solicitar su concurso preventivo, por ser un sujeto susceptible de concursamiento (cf. art. 2° primer párrafo de la ley 24.522), al tratarse de una persona jurídica de carácter privado (cf. art. 148 inc. 1° del CCyCN)

Por todos los fundamentos ahora expuestos y con el objeto de garantizar razonablemente la tutela judicial efectiva de los derechos tanto de la concursada como de posibles presuntos acreedores (cf. arts. 18 y 28 de la C.N., 15 de la Constitución de esta provincia y 3° del CCyCN), corresponderá revocar en todos sus términos la resolución apelada de fecha 14/08/23, dejándose sin efecto lo allí decidido, y, en consecuencia, deberá declararse que la Señora juez de grado resulta competente en razón del territorio y de la materia, para intervenir en el presente concurso preventivo solicitado por la sociedad "WENANCE S.A.", y, que, la firma mencionada es un sujeto susceptible de concursamiento en los términos del art. 2° primer párrafo y 5° de la ley 24.522, debiendo dicha magistrada, expedirse, sin más trámite sobre si la concursada ha dado cumplimiento o no a los requisitos formales previstos en el art. 11 de la ley citada para la procedencia de la apertura del concurso (cf. arts. 13 y 14 de la LCQ).

[VER FALLO COMPLETO](#)

JURISPRUDENCIA. NOVEDADES. 2

Jurisdicción: Departamento Judicial de San Isidro

Tipo de dependencia: Plenario de Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial

Dependencia: Plenario

Estado de la sentencia: Firme

Fecha de sentencia: 13/09/2023

Carátula: “S. C. S.A. c/ C. S.A. s/ cobro ejecutivo de expensas”

PALABRAS CLAVE:

Certificado de deuda por expensas expedido por un conjunto inmobiliario constituido con anterioridad al 1/8/2015 que no se encuentra sometido al derecho real de Propiedad Horizontal. Fuerza ejecutiva.

RESEÑA:

¿Tiene fuerza ejecutiva el certificado de deuda por expensas expedido por un conjunto inmobiliario constituido con anterioridad al 1/8/2015 que no se encuentra sometido al derecho real de Propiedad Horizontal?

El nuevo régimen que contempla el Título VI Capítulo 1 del CCCN en modo alguno constituye un valladar para que los conjuntos inmobiliarios preexistentes tengan disponible la vía ejecutiva para el cobro de las expensas que genera su desenvolvimiento; ello en tanto hayan observado las normas vigentes al tiempo de su constitución, tanto nacionales como provinciales.

El crédito por expensas comunes tiene una naturaleza especialísima, desde que en su oportuno pago se compromete la subsistencia de la vida en común. Por tal razón histórica y contemporáneamente se ha admitido el procedimiento ejecutivo para su cobro coactivo aun sin habilitación procesal expresa.

El deber de adecuación dimanado del art. 2075 del CCyC respecto de los conjuntos preexistentes tolera una lectura constitucional, a la luz de la cual la adaptación a la que alude debe ser funcional y no es-

tructural. El cobro de expensas constituye uno de aquellos aspectos que resultan compatibles con el estatuto del derecho real de propiedad horizontal actual y, por lo tanto, se encuentra disponible el cobro compulsorio de expensas comunes en los términos del art. 522 CPCC.

Se está frente a un crédito cuya oportuna percepción provee la subsistencia misma de una forma de vivir en comunidad cada vez más extendida en el ámbito de nuestra jurisdicción. Los costos de la mora se transfieren automáticamente a los deudores puntuales. El proceso ordinario genera, para estos últimos, injusta espera y mayores costos.

La mayor complejidad y contralor que pesa sobre una sociedad anónima satisface con holgura las exigencias previstas por el CCCN para los conjuntos inmobiliarios, en cuanto aquí nos interesa, en especial las previsiones de los arts. 2056 incs. e), f), g), l), m), n), ñ), o), p), r), s), t); 2058, 2059, 2062, 2065, 2066 y 2067, todos ellos atinentes al funcionamiento de un consorcio. Con mayor razón cuando median reglamentos internos al respecto, ya se encuentren expresados en el mismo contrato social o bien mediante una asamblea con las mayorías legales.

Se advierte, por lo tanto, que los administradores de los conjuntos inmobiliarios a los que hago referencia están sujetos a un contralor mucho más exigente que aquellos que cumplen similar función de acuerdo a la preceptiva del Libro Cuarto, Título V del CCCN, por lo cual no parece lógico asignarles menor valor o seriedad a sus actos.

Aprecio que no concederles a los conjuntos inmobiliarios preexistentes la acción ejecutiva para el cobro de las expensas, equiparables en un todo a las obligaciones contempladas por el art. 2081 (CCCN), tal como lo preceptúa el art. 2048 último párrafo del mismo cuerpo legal, constituye un injusto incompatible con las exigencias de los arts. 1 y 2 del CCCN en tanto determina que, entre otros aspectos, debe atenderse a las finalidades de las leyes y el último permite de modo expreso recurrir a la analogía.

... la intervención del deudor prestando su conformidad para la emisión de tales documentos aparece en oportunidad de adquirir la acción de la sociedad, lo cual implica inequívoco consentimiento a los términos del contrato social, el estatuto y los reglamentos hasta ese momento aprobados por la asamblea cuyas decisiones son obligatorias para todos los accionistas, en virtud del carácter colegial que revisten (art. 233 ley 19.550, en adelante LGS)

Por ello cuando el estatuto o el reglamento interno aprobado por la asamblea de accionistas, ha consagrado la vía ejecutiva, sumado al contexto de la actual legislación (arts. 2073, 2081, 2048 y cc del CCCN) no resulta funcional a la norma (arts. 1 y 2 CCCN) denegarla es sede judicial.

Esa adhesión, que importa la compra de la acción de una sociedad anónima, tiene una naturaleza contractual. Así lo era bajo la vigencia del art 1197 del Código de Civil, manteniéndose en el art 959 del CCCN, en cuanto ambas normas regulan la fuerza vinculante del contrato como a la de la ley misma.

Por lo expuesto en el Acuerdo Plenario que antecede, por mayoría, se establece que tiene fuerza ejecutiva el certificado de deuda por expensas emitido por un conjunto inmobiliario preexistente al 1/08/2015 - fecha de entrada en vigencia del CCCN-, aunque no esté sometido al derecho real de propiedad horizontal.

[VER FALLO COMPLETO](#)

JURISPRUDENCIA. NOVEDADES. 3

Jurisdicción: Corte Suprema de Justicia de la Nación

Tipo de dependencia: Corte Suprema de Justicia de la Nación

Dependencia: Corte Suprema de Justicia de la Nación

Estado de la sentencia: Firme

Fecha de sentencia: 14/12/2023

Carátula: “Á, M L C/ M, E G y Otro S/ Daños y Perjuicios”

PALABRAS CLAVE:

Seguros. Oponibilidad del límite de cobertura.

RESEÑA:

Que los agravios de la recurrente remiten al examen de cuestiones sustancialmente análogas a las examinadas por el Tribunal en el precedente “Flores” (Fallos: 340:765) –el juez Rosenkrantz se remite a su voto–, cuyas consideraciones se dan por reproducidas.

Por ello, por mayoría, resultando inoficioso que dictamine la Procuración General de la Nación, con el alcance indicado, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca en lo pertinente la decisión apelada. En consecuencia, se admite que el límite de cobertura previsto en el contrato de seguro es oponible al tercero damnificado y que la sentencia no podrá ser ejecutada contra la aseguradora sino en los límites de la contratación (conf. art. 16, segunda parte, de la ley 48). Con costas. Notifíquese y devuélvase.”(Del voto de la mayoría).

PRECEDENTE FLORES CITADO. La función social que debe cumplir el seguro no implica que deban repararse todos los daños producidos al tercero víctima sin consideración a las pautas del contrato que se invoca y que el contrato de seguro rige la relación jurídica entre los otorgantes pues los damnificados revisten la condición de terceros frente a aquellos que no participaron de su realización, por lo que si pretenden invocarlo, deben circunscribirse a sus términos. Se resuelve que el límite de cobertura previsto en el contrato es

oponible al tercero damnificado y que la sentencia no podrá ser ejecutada contra la aseguradora sino en los límites de la contratación.

[VER FALLO COMPLETO](#)

RJ
SI

Nota a Fallos

El fallo “Rueda” a la luz del derecho canónico

Autor: **Miguel M. F. Repetto Rolón**¹

RESUMEN:

Los límites del Acuerdo entre la Santa Sede y la República Argentina se encuentran en el propio instrumento y en el derecho público constitucional. La libertad religiosa impone al Estado la prohibición de juzgar la organización y doctrina de la Iglesia Católica a excepción de violarse los derechos humanos amparados en la Carta Magna. El derecho canónico y las personas transgénero.

PALABRAS CLAVE:

Discriminación. Neutralidad religiosa. Derecho canónico. Transgénero

SUMARIO:

I. Introducción. II. Antecedentes. III. Consideraciones Previas. IV. Doctrina de la Corte sobre la “neutralidad religiosa”. V. Los límites de la jurisdicción eclesiástica. VI. El *munus sanctificandi* de la Iglesia. VII. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

El reciente fallo de la Corte Suprema “Rueda, Alba c/Arzobispado de Salta s/Habeas Data” (Expte. 61637/2018/CS1) vuelve a traer a la reflexión la cuestión de la distinción y límites entre la jurisdicción civil y la eclesiástica a la luz del Acuerdo celebrado en 1966 entre la Santa Sede y la República Argentina. En particular su constitucionalidad ante la posible discriminación invocada por la actora debido al accionar del Arzo-

¹ Abogado, Lic. en Derecho Canónico, Doctor en Derecho Canónico por la Pontificia Universidad Gregoriana (Roma), Profesor Titular de Derecho Canónico y Eclesiástico y de Filosofía del Derecho en la Universidad Del Salvador (Argentina), investigador en áreas de derecho romano y derecho canónico ante la Universidad de Sevilla (España), Director del Instituto de Derecho Canónico del CASI, Presidente de la Asociación Argentina de Canonistas.

bispado dada su condición que le impediría “como mujer trans de participar de los ritos religiosos de la Iglesia a que pertenece”. Asimismo, la posición de la Iglesia sobre esta cuestión expresada en el documento del Dicasterio de la Doctrina de la Fe del 14 de julio de 2023 respecto a la participación de personas transexuales y homoafectivas en la vida litúrgica.

II. ANTECEDENTES

Alba Rueda articuló demanda de habeas data en contra del Arzobispado de Salta con el fin de que el demandado rectificase los registros de bautismo y confirmación, anulándolos y emitiendo nuevas actas para adecuarlo a su nuevo nombre de identidad de género auto percibida.

Fundó su pretensión en la Constitucional Nacional (= CN), en las Declaraciones y Convenciones de Derechos humanos, en las leyes de identidad de género, de protección de datos personales y contra actos discriminatorios y en el Código de Derecho Canónico (= CIC) respecto a la reposición de las actas de bautismo en caso de adopción de menores. Impugnó de inconstitucional a la ley 17032 que aprobó el Acuerdo de la Santa Sede y Argentina como así también al instrumento mismo. Consideró que había incompatibilidad del derecho canónico con los derechos de jerarquía constitucional si se admitía que la Iglesia desobedeciera las leyes de la Nación en detrimento del derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación.

El Juzgado Nacional en lo Civil 58 de la Capital Federal rechazó la demanda la que fue confirmada por la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Ambos fallos basándose en el Acuerdo citado y los precedentes de la Corte Suprema en los casos “Lastra” (Fallos: 314:1324) y “Rybar” (Fallos: 315:1294), calificaron a la pretensión como de naturaleza “eminente eclesiástica”. Incluso expresaron que el deslinde de las jurisdicciones entre Iglesia y Estado no viola el derecho a la igualdad amparado en la Carta Magna.

Contra esta decisión la actora interpuso recurso extraordinario federal que motivó el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que aquí analizaremos.

III. CONSIDERACIONES PREVIAS

Es necesario resaltar dos cuestiones que se observan en la actuación de los Tribunales y de los abogados ante casos mixtos.

La primera es que la actora no debió recurrir a los Tribunales Estatales para resolver su pretensión por ser propia del ámbito interno de la Iglesia. Pudo recorrer las diversas instancias de la Curia Romana, según lo establece la Const. Apost. *Praedicate Evangelium* y el Derecho Canónico, que reconocen los medios a todo fiel cristiano para revertir la decisión del Arzobispado. E incluso pudo llevar el caso ante el Romano Pontífice para que lo resolviera personalmente. Esta es la enseñanza de la Iglesia que encuentra su fundamento en San Pablo cuando en la Primera Carta a los Corintios exhortaba a los cristianos a dirimir sus controversias ante los sabios y no ante los injustos. Estos últimos, como se recordará, eran los magistrados romanos. Lamentablemente, esta judicialización ante el fuero secular también se produce por parte de las estructuras jerárquicas de la Iglesia que pretenden dirimir asuntos eminentemente canónicos fuera del ámbito de la comunidad eclesial. Así observamos que en la actualidad existen contiendas iniciadas por Arzobispados respecto de bienes materiales enajenados por Institutos Religiosos pretendiendo que un juez civil declare la nulidad de la venta de un bien so color de considerarlo eclesiástico. Y para ello citan los precedentes “Lastra” y “Rybar” olvidándose la derogación los arts. 33, 2345 y 2347 del Código Civil y las nuevas normas del Código Civil y Comercial de la Nación (art. 238).

La segunda, existe entre los abogados y los Tribunales estatales un desconocimiento del derecho canónico y cómo debe ser interpretado². Esto adquiere relevancia cuando es llamado, como derecho extran-

² Cf. W. Goldschmidt, Introducción filosófica al derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes, Buenos Aires 1976⁵, n. 598, 531.

jero, a resolver el caso (arts. 2594-2596 CCyCN); ya que no sólo el juez “está obligado a interpretarlo como lo harían los jueces del Estado al que ese derecho pertenece” (art. 2595 inc. a CCyCN) sino también los abogados cuando peticionan. En vez de recurrir a un experto, interpretan erróneamente el derecho de la Iglesia. Tan es así que se ha llegado a sostener que el can. 1290 CIC determinaría la competencia jurisdiccional en la República Argentina.

Respecto a la primera cuestión, tal posición no puede admitirse en el estado actual de la doctrina; pues desde 1228 Accursio en su glosa a la *Cunctos populos* (Cod. 1.1,1) diferenció derecho aplicable y juez competente; y aún hoy sigue siendo ésta la opinión común de los doctores. Los canonistas también lo hicieron, aunque con mayor claridad. Fue mérito del decretista Bartolomé de Brescia quien a mediados del siglo XIII en su glosa al canon *Frater* del *Decretum Gratiani* (CXVI, q. 1, c.52)³, percibió que la clave para determinar el derecho aplicable se encontraba no mirando al juez ni a su derecho sino a la relación jurídica sustancial que vinculaba a las partes. Esta era la que determinaba el derecho llamado a regir el caso independientemente de quien tuviera jurisdicción para dirimir el litigio. La aplicación de la *lex causae* y no la *lex fori* será mantenida por el gran canonista laico Juan de Andrés quien en pleno siglo XIV aplicó las categorías del derecho canónico al derecho civil; sentando las bases definitivas del derecho común. Luego esta línea de pensamiento será desarrollada por Savigny⁴, Story⁵, Roubier⁶, Betti⁷, entre otros.

En relación con el segundo punto, considerar que dicho can. 1290 CIC⁸ determina la jurisdicción estatal, es hacerle decir al derecho canónico algo que no dice ni podría hacerlo válidamente porque carece de *imperium* y vulneraría la soberanía nacional⁹. Esta postura conculcaría los principios de derecho público consagrados en nuestra Carta Magna.

IV. DOCTRINA DE LA CORTE SOBRE LA “NEUTRALIDAD RELIGIOSA”

La Corte consideró en el caso analizado que el Acuerdo se enmarca en el principio de “neutralidad religiosa del Estado” como consecuencia de la libertad de cultos y de conciencia consagrados en los arts. 14 y 19 CN. Dicho principio, afirma el Máximo Tribunal, “no sólo impide al Estado que adopte determinada posición religiosa sino también que le impone tolerar el ejercicio público y privado de una religión”. No podemos compartir la extensión que realiza la Corte del concepto de neutralidad religiosa respecto de “la prohibición de la adopción por parte del Estado de una forma religiosa”. La obligación de neutralidad del Estado y su imparcialidad sólo se refieren a que este no podrá juzgar sobre la legitimidad de las creencias religiosas de las personas ni sobre su manifestación externa. Nada más.

Por otra parte, la Constitución es teísta y abrazó abiertamente desde la fundación la Nación a la religión católica¹⁰ por ser la común de su pueblo. Así lo testimonian los diversos textos constitucionales de 1819 (art 1.), de 1826 (art. 3), el Proyecto de Constitución de Alberdi (art. 3), de 1853 (art. 2) y de 1949¹¹ (art.

³ Cf. W. ONCLIN, «La contribution du Décret de Gratien et des décrétistes à la solution des conflits des lois», *Studia Gratiana* 2 (1954) 117-150.

⁴ Cf. M.F.C. de Savigny, *Sistema del derecho romano actual*, Madrid 1879.

⁵ Cf. J. Story, *Commentaries on the conflict of laws*, Boston 1843³.

⁶ Cf. P. Roubier, *Les conflits des lois dans le temps. Théorie de la non-rétroactivité des lois*, Paris 1929.

⁷ Cf. E. Betti, *Teoría General del negocio jurídico*, Madrid 1959².

⁸ El can. sólo dispone que “lo que en cada territorio establece el derecho civil sobre los contratos, tanto en general como en particular, y sobre los pagos, debe observarse con los mismos efectos en virtud del derecho canónico en materias sometidas a la potestad de régimen de la Iglesia, salvo que sea contrario al derecho divino o que el derecho canónico prescriba otra cosa, quedando a salvo el c. 1547”. Y si observamos el Libro III, Título II de los “Contratos en general” y siguientes nada refiere sobre dicha cuestión que además es propia de los códigos adjetivos.

⁹ Cf. C. Sánchez Viamonte, *El constitucionalismo. Sus problemas*, Buenos Aires 1957, 60-64.

¹⁰ Cf. C. Sánchez Viamonte, *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires 1958³, 108-109.

¹¹ Cf. G. Badeni, *Tratado de Derecho Constitucional*, Buenos Aires 2004, I, 131. Sánchez Viamonte si bien la considera nula reconoce que entró en vigencia dado lo cual debe ser incluida en dicho elenco (cf. C. Sánchez Viamonte, *Historia institucional argentina*, México 1957², 212).

2). Su confesionalidad – sostenida incluso en las reformas de 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994– se enmarca en la tipología de la secularidad que está dada en esa “libertad de cultos sin igualdad de cultos”¹². El sostenimiento del culto católico pregonado en su art. 2 representa una “unión moral del Estado con la Iglesia”¹³; denotando la preferencia¹⁴ de los constituyentes hacia la religión católica y mantenida incluso en la última reforma constitucional. Ciertamente esto no impidió a que el espíritu tolerante y liberal del texto constitucional asegurase a otras creencias religiosas la libertad de cultos y de conciencia. Este es su gran mérito que se vería empañado si se sostuviere dicha neutralidad.

Además, no es menor que el preámbulo invoque a “Dios como fuente de toda razón y justicia”; ya que los constituyentes proyectaron que sobre esta base se podía lograr la instauración de un orden jurídico justo. Es por tanto un encabezamiento explicativo de los fines mediatos y propósitos de la constitución que siguiendo el modelo norteamericano¹⁵ debe ser observado al tiempo de la interpretación jurídica. El alma de la Constitución está conformada “por el complejo, integral y orgánico de los valores esenciales filosóficos, morales, históricos, sociales, jurídicos, económicos, etc. así como de los ideales, finalidades, propósitos que inspiran, animan y fundamentan a la totalidad o cualquier parte del texto de la Constitución”¹⁶. Confirma lo expuesto el propio art. 19 CN cuando reserva a Dios el juzgar sobre “las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero”; echando por tierra también cualquier intento de considerar a la Carta Magna como atea.

Afirma González Calderón que la Nación y sus instituciones se han colocado bajo la protección divina pues “el pueblo argentino ha creído siempre en Dios [...]. Un pueblo sin Dios no es capaz de concebir los grandes principios de la moral y del derecho ni es capaz de formularlos en la ley escrita que lo rige”¹⁷. Y esa invocación a Dios como legislador supremo de las naciones, “debe ser tomada no en un sentido místico sino en su profundo sentimiento político. Dios, en efecto, da a cada pueblo su constitución o manera de ser normal, como la da a cada hombre”¹⁸. Es sobre estas bases y no sobre un principio ajeno a nuestro ordenamiento como el sostenido por la Corte que debe sustentarse toda la hermenéutica jurídica no sólo de la norma constitucional que debe ser interpretada a su vez como un conjunto armónico¹⁹.

V. LOS LÍMITES DE LA JURISDICCIÓN ECLESIAÍSTICA

El Estado Argentino reconoce y garantiza por el citado Acuerdo a la Iglesia Católica “el libre y pleno ejercicio de su poder espiritual, el libre y público ejercicio de su culto, así como de su jurisdicción en el ámbito de su competencia, para la realización de sus fines específicos”. Es decir, los límites de esa concesión están dados por dos factores. El primero, el propio instrumento cuando establece que ese poder es espiritual y es con ese fin específico que se le reconoce esa autonomía dentro del territorio de la Nación.

El segundo, porque debe hallarse de “conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución” (art. 27 C.N.). Esto implica, según el inc. 22 del art. 75 C.N., que el Acuerdo si bien es superior a las leyes no lo es respecto de la Constitución Nacional ni de los tratados y convenciones de derechos humanos incorporados expresamente en dicha norma²⁰. Sólo estos “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”. En consecuencia, si la Iglesia Católica con su actuar hubiera

¹² G. Bidart Campos, Manual de la Constitución Reformada, Buenos Aires 2001, I, 542.

¹³ Ibid., 544.

¹⁴ Cf. M.A. Gelli, Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada, Buenos Aires 2004², 28.

¹⁵ Cf. C. Sánchez Viamonte, Manual de Derecho Constitucional, 72-73

¹⁶ Cf. S. Linares Quintana, Tratado de interpretación constitucional. Homenaje a Karl Loewenstein, Abeledo Perrot, Buenos Aires 2008², I, 229.

¹⁷ J.A. González Calderón, Curso de derecho Constitucional, Buenos Aires 1978⁶, 18.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Cf. S. Linares Quintana, La constitución interpretada, Buenos Aires 1960, 15-16

²⁰ Cf. M.A. Ekmekdjian, Tratado de Derecho Constitucional, Buenos Aires 1964, II, 769-779.

conculcado esos derechos y garantías el Estado Argentino a través de sus órganos jurisdiccionales debió intervenir para hacer efectivo los pactos y convenciones de derechos humanos. Circunstancia que no se verificó en este caso.

Esto no tiene nada que ver con la cuestión del derecho llamado a resolver el caso como erróneamente se ha interpretado. La Corte resalta que la legislación civil y la eclesiástica regulan materias diferentes; y que, además, una aplicación en uno u en otro sentido sería incompatible con esa “neutralidad”. Ciertamente, ambas jurisdicciones son diversas con fines distintos; puesto que la civil se limita al fuero externo, mientras que la canónica²¹ se ejerce también en el fuero interno y no sólo *ratio peccati* sino fundamentalmente *ratio animae*.

Es en este sentido que consideramos debe entenderse la doctrina de la Corte cuando, luego de declarar que “el principio de neutralidad del Estado en materia litigiosa [...] le impone tolerar el ejercicio público y privado de una religión”; fulmina “cualquier intento de inmiscuirse en los asuntos que no exceden del ámbito de la competencia de la Iglesia en cuestión”. El deslinde entre la jurisdicción eclesiástica y la estatal en los términos del art. 1 del Acuerdo debe ser respetada “siempre que no infrinja el art. 27 de la Constitución Nacional” y que aquella no exceda el ámbito específico que le fue reconocido. En este mismo sentido el Concilio Vaticano II enseñó que la libertad religiosa al ejercerse en la sociedad civil está sujeta a ciertas normas rectoras bajo el principio de la responsabilidad individual y social con el fin de protegerse de cualquier abuso que pudiera producirse so pretexto de aquella²².

En el Considerando 13 del fallo se trata concretamente el planteo de la actora en cuanto considera que el Arzobispado violó su derecho a la igualdad y a la no discriminación al no admitir modificar sus registros de bautismo y de confirmación en consonancia con su nueva identidad de género auto percibida. Fundó su postura en que ello menoscaba su “posibilidad como mujer trans de participar de los ritos religiosos de la Iglesia a la que pertenece”. Incluso alegó que era “discriminatorio la no inscripción, porque obstruye su participación igualitaria en la vida religiosa comunitaria y vulnera el derecho a la libertad de culto tanto individual como colectiva”.

Acertadamente el fallo resuelve que la actora no ha logrado demostrar “que la negativa de rectificar los registros sacramentales de la específica manera pretendida, o que la anotación marginal en el acta de bautismo, importen un trato discriminatorio respecto de otros miembros de la Iglesia Católica”. De esto se deriva que si hubiera ocurrido habría entrado a juzgar el fondo del asunto al involucrarse los principios, derechos y garantías amparados en la Carta Magna y el inc. 22, 2do. párrafo del art. 75 CN.

La argumentación del Arzobispado recogida por la Corte referida a que las razones de la negativa se basan en “la necesidad de mantener la integridad de su doctrina” no pueden ser compartidas al menos para fundar la negativa. En efecto, aquí no está en juego la misma porque el CIC expresamente establece la solución. Además, Rueda erróneamente solicitó la nulidad de las actas de bautismo y confirmación omitiendo considerar que no existía vicio alguno en el acto jurídico a tenor del can. 124 CIC. El sacramento del bautismo, que es único e irreplicable, como el de la confirmación se suministran a la persona humana independientemente de su condición siempre que reúna los requisitos exigidos por la Iglesia. Tampoco demostró que se le hubiera negado la participación “igualitaria” en los ritos litúrgicos; porque cualquier persona puede participar de la vida litúrgica más allá de su identidad sexual, afiliación política, estado civil, etc.

VI. EL MUNUS SANCTIFICANDI DE LA IGLESIA

La actora se quejó de trato discriminatorio por parte de la Iglesia Particular con relación a su partici-

²¹ Inocencio III en la Decretal Novit justamente expresa: “Non enim intendimus iudicare de feudo (...) sed decernere de peccato, cuius ad nos pertineat sine dubitatione censura, quam in quemlibet exercere possumus et debemus” (X., 2,1,13). Siempre, como lo pone de resalto Nicolás de Tudeschi en su comentario a la decretal Gaudeamus de Inocencio III, el Romano Pontífice puede actuar en virtud de la *ratio animae* (Panormitano, ad X, 4,19,8 Gaudeamus nro. 12); porque la ley suprema de la Iglesia es la *salus animarum*.

²² Concilio Vaticano II, Declaración *Dignitatis Humanae*, 7.

pación en la vida litúrgica por su nueva condición de mujer transgénero auto percibida. Sin embargo, parece que sólo lo limitó a una cuestión registral y hasta podríamos decir a un aspecto secundario; porque los sacramentos de cuya riqueza habla el Magisterio de la Iglesia y el Código de Derecho Canónico afirman otra cosa.

Debemos comenzar diciendo que los sacramentos del Nuevo Testamento fueron instituidos por Cristo y encomendados a la Iglesia para ser dispensados y para su custodia. “Son acciones de Cristo y de la Iglesia, son signos y medios con los que se expresa y fortalece la fe, se rinde culto a Dios y se realiza la santificación de los hombres” (can. 840 CIC).

El primero de ellos, que es puerta de los demás sacramentos, es el bautismo, “cuya recepción de hecho o al menos de deseo es necesaria para la salvación, los hombres son liberados del pecado, reengendrados como hijos de Dios e incorporados a la Iglesia, da un carácter indeleble” (can. 849 CIC).

Para ser capaz de recibirlo válidamente se requiere ser hombre, no estar bautizado y haber una esperanza fundada que será educado en la religión católica (can. 868 § 1, 2 CIC). Es decir, debe ser *solus homo*, sin distinción alguna del género de la persona que lo recibe (can. 864 CIC). Nada dice el CIC que se deba ser varón o mujer o contener algún género, aunque se pudiera presuponer. Claro está que una vez recibido el bautismo no puede pretenderse su modificación ya que es irrepetible.

Cuando la persona es adulta, deberá expresar su deseo de recibirlo, estar instruido sobre las verdades de fe y las obligaciones cristianas y haber pasado por el catecumenado (can 865).

En consecuencia, todo ser humano puede ser bautizado sin distinción alguna.

En el reciente documento del Dicasterio de la Doctrina de la Fe del 14 de julio de 2023 motivado por la carta del Obispo de Santo Amaro de Brasil, aprobada *ex audientia* por el Santo Padre el 31 de octubre de ese año, se han aclarado muchos puntos.

Expresamente se preguntó ¿si un transexual podía ser bautizado? La respuesta fue afirmativa. Es decir, una persona transexual que incluso hubiera estado bajo tratamiento hormonal o se hubiera realizado una operación de reasignación de sexo, puede recibirlo válidamente. También podrán los niños o adolescentes con problemáticas de naturaleza transexual. Se aclara que deben cumplirse los requisitos exigidos en el Código según el sacramento solicitado como cualquier otro fiel cristiano; aunque no recibirán la gracia sacramental quienes pudieran estar en situación moral mala contraria a la enseñanza de la Iglesia o lo reciban sin arrepentirse de los pecados graves²³. Deben considerarse incluidas también las personas que se auto perciben sin ningún género cambien o no su apariencia externa o de género mutable, aunque el documento no las mencione.

Se preguntó si dos personas homoafectivas pueden figurar como padres de un niño que debe ser bautizado y que fue adoptado o concebido con otros métodos como la subrogación de vientre. Sólo expresa el documento que debe haber esperanza fundada que será educado en la fe católica. Por tanto, la respuesta debe ser afirmativa.

En cuanto al sacramento de la confirmación el can. 879 CIC tampoco hace distinción alguna pues solo habla de “bautizados”. Por este sacramento que imprime carácter todos sin distinción quedan “enriquecidos con el don del Espíritu Santo y vinculados más perfectamente a la Iglesia” obligando a que “sean testigos de Cristo y propaguen y defiendan la fe”.

El Código sólo hace una diferenciación, cuando trata en los cann. 873 y siguientes de quienes pueden ser padrino o madrina. Aquí podría pensarse que existiría una cierta discriminación, pero luego de dicho documento la respuesta será negativa. En efecto, con determinadas condiciones, puede admitirse un padrino

²³ Es el que tiene como objeto una materia grave y que además de cometido con pleno conocimiento y deliberado consentimiento (San Juan Pablo II, Exh. Apost. Postsinodal Reconciliatio et paenitentia, 2.12.1984, 17, AAS 77 [1985] 221).

o una madrina transexual adulto, incluso si se sometió a tratamiento hormonal o a una operación quirúrgica de reasignación de sexo. El límite que coloca –dejándolo al discernimiento de la prudencia pastoral de cada caso– es si se pudiera verificar escándalo²⁴, o indebidas legitimaciones o desorientación en el ámbito educativo de la comunidad eclesial.

Incluso puede serlo una persona homoafectiva que convive, siempre que posea una actitud que conduzca a una vida conforme a la fe y al compromiso que asume. El documento diferencia entre las personas homosexuales que se encuentran conviviendo, no en una simple cohabitación sino en una relación estable y declarada y es conocida por la comunidad. Pero nada resuelve dejando librado a la prudencia pastoral para que resuelva en cada caso.

En relación con la Santísima Eucaristía, puede recibirla todo “bautizado” sin distinción alguna de género (can. 912 CIC). Sólo no podrán ser admitidos, los excomulgados, o los que estén en entredicho después de imponérseles una pena y los que persisten obstinadamente en un manifiesto pecado grave (can. 915 CIC). El fiel cristiano que tenga conciencia de hallarse en pecado grave no debe celebrar misa ni comulgar sin antes confesarse, salvo que existiese un motivo grave (can. 916 CIC).

En cuanto al matrimonio, sólo es posible entre varón y mujer bautizados (can. 1055 CIC) y ningún poder secular podría juzgar esta doctrina porque Cristo elevó a sacramento esta unión natural.

Por tanto, el argumento de Rueda de que la Iglesia “no define los conceptos de varón y mujer no define que es varón y mujer”; no puede ser abordado por ningún tribunal secular. Pudo, ciertamente, elevar la consulta al Dicasterio de la Doctrina de la Fe para que se aclarase tal cuestión. Pero prefirió no hacerlo.

También se interroga el documento si ¿una persona transexual puede ser testigo de un matrimonio? Responde que no hay prohibición alguna en la legislación canónica vigente para que lo sea.

VII. CONCLUSIÓN

Los límites de la jurisdicción eclesiástica están dados no sólo por el derecho público constitucional (art. 27 CN) sino también por los propios términos del Acuerdo entre la Santa Sede y la Argentina. Cualquier acto discriminatorio por parte de la Autoridad Eclesiástica hace traspasar el marco restringido de aquella y exige la actuación del Estado en cumplimiento de los tratados y pactos internacionales de derechos humanos.

La Iglesia Católica reconoce que el hombre ha sido creado a imagen²⁵ y semejanza²⁶ de Dios; y en cuanto tal es “un ser intelectual con libre arbitrio y por sí mismo revestido de poder o autoridad”²⁷. Ese hombre unitario, enseña el Concilio, en su dualidad de cuerpo y alma es una síntesis del universo material²⁸; y, por tanto, una “totalidad unificada, es decir, alma que se expresa en el cuerpo informado por un espíritu inmortal”²⁹. Es el alma espiritual e inmortal el principio de unidad del ser humano como un todo; pero el cuerpo participará de la resurrección y también de la gloria. De allí que el acto moral no puede separarse de las dimensiones corpóreas de su ejercicio³⁰. La perfección de la persona humana en su ser y en su conocer se

²⁴ Cf. D.G. Astigueta, “Lo scandalo nel CIC: significato e portata giuridica”, *Periodica* 92 (2003) 589-651. Abarca a todos los escándalos que pudieran verificarse en la sociedad eclesial (cf. M.M.F. REPETTO ROLÓN, “La tipicidad como función de garantía en el derecho penal canónico”, en Luigi SABBARESE [ed.], *Opus humilitatis iustitia: studi in memoria del Cardinale Velasio De Paolis*, Roma 2020, III, 54).

²⁵ Gn 1,26-28; Gn 2, 4b – 25. En el libro del Génesis el hombre ha sido creado a imagen de Dios (Gn 1,17), y la teología paulina agrega la imagen de Dios que es Cristo (Col. 1,15; 3,10) y que es también la cabeza de la Iglesia (Col. 1,18).

²⁶ La teología paulina agrega la imagen de Dios que es Cristo (Col. 1,15; 3,10) y que es también la cabeza de la Iglesia (Col. 1,18). (Cf. J.L. D’AMICO – O. CAMPANA, *Introducción al pensamiento teológico*, 156).

²⁷ SANTO TOMÁS, *la Suma Teológica*, I-II, Prólogo.

²⁸ Cf. Concilio Vaticano II, *Constitución Gaudium et spes*, 14.

²⁹ San Juan Pablo II, *Exhort. Ap. Familiaris consortio*, 22.11.1981, 11 AAS 74 (1982), 92.

³⁰ Cf. San Juan Pablo II, *Carta Enc. Veritatis splendor*, ns. 48-49, 76-77.

prolonga como una exigencia natural hasta su obrar; porque tiene la autonomía e independencia de toda persona libre³¹.

El Papa Francisco ha enseñado que todos están en la Iglesia sin distinción alguna; y que Ella desea ardientemente que se lleve a todos los fieles esa participación plena, consciente y activa en las celebraciones litúrgicas³². Pues, “es en la cruz salvífica de Jesús, en el don del Espíritu Santo, en los sacramentos que brotan del costado traspasado del Redentor (cf. Jn 19, 34), donde el creyente encuentra la gracia y la fuerza para observar siempre la ley santa de Dios, incluso en medio de las dificultades más graves”³³. La actividad misionera de la Iglesia debe detenerse en las periferias existenciales que necesitan la luz del Evangelio³⁴ y debe estar abierta a todos. “Todos pueden participar de alguna manera en la vida eclesial, todos pueden integrar la comunidad, y tampoco las puertas de los sacramentos deberían cerrarse por una razón cualquiera. Esto vale sobre todo cuando se trata de ese sacramento que es «la puerta», el Bautismo. La Eucaristía, si bien constituye la plenitud de la vida sacramental, no es un premio para los perfectos sino un generoso remedio y un alimento para los débiles” (EG 48).

Podríamos afirmar como colofón, siguiendo las enseñanzas del Papa Francisco³⁵ que en la “plenitud del tiempo” (Gal 4,4), cuando todo esté dispuesto según su plan de salvación, Dios nos permitirá contemplarlo si hemos sido misericordiosos con quienes nos han ofendido y hemos sabido perdonar; incluso resignando cualquier pretensión, que en justicia nos corresponda, más aún si está en peligro la comunión³⁶ y la salvación del alma del ofensor.

[VER FALLO COMPLETO](#)

³¹ Cf. I. Quiles, La persona humana. Fundamentos psicológicos y metafísicos. Aplicaciones sociales Buenos Aires 1967³, 159-160.

³² Concilio Vaticano II, Constitución Sacrosanctum concilium, 14.

³³ San Juan Pablo II, Carta Enc. Veritatis splendor, 103.

³⁴ Francisco, Exhortación Ap. Evangelii Gaudium, 24.11.2013, 20.

³⁵ Cf. Francisco, Misericordiae Vultus, n.1.

³⁶ Cf. G. Ghirlanda, El derecho en la Iglesia, 77.

Privilegio de “Multas Laborales” e intereses por causa laboral.

Autor: **Cristian H. Ubalton**¹

RESUMEN

Se puede comenzar a vislumbrar, en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, una aplicación uniforme de la norma concursal en el ámbito de las relaciones de trabajo según la cual se le deben atribuir privilegio general a las denominadas “multas laborales” y no se suspenden los intereses compensatorios devengados con posterioridad a la declaración de quiebra que correspondan a créditos laborales.

PALABRAS CLAVE

Quiebra. Privilegio Crédito Laboral. Multas Laborales. Intereses.

SUMARIO

I. El caso. II.- Carácter privilegiado de las denominadas “multas laborales”. III.- Devengamiento de intereses posteriores a la declaración de Quiebra IV.- Conclusión.

I. EL CASO:

Un trabajador inicio un reclamo laboral contra Organización Coordinadora Argentina, en virtud de un despido indirecto de fecha 03/11/16. El cual mereció una sentencia de fecha 26/10/2021 en la cual consideran precedentes diferentes rubros indemnizatorios laborales entre los cuales se incluyó la Indemnización del art. 8 de la ley 24.013, Indemnización art. 15 de la ley 24.013, Art.80 LCT e incremento del art. 53 ter de la ley 11.653.

En lo que aquí nos interesa con fecha 14/04/2022, se presentó el acreedor laboral ante el Juez falen-

¹ Cristian H. Ubalton. Abogado (U.B.A.). Contador Público (U.B.A.). Coordinador en el Instituto de Derecho Concursal del Colegio de Abogados de San Isidro. Coordinador de Jurisprudencia de la Revista Jurídica de San Isidro, Serie Contemporánea. Ayudante de 1ra. en FCE-UBA de Derecho Crediticio, Bursátil e Insolvencia.

cial a los fines de promover incidente de verificación de créditos solicitando doble privilegio para el capital, para los intereses hasta los dos años, y el carácter quirografario para los restantes intereses devengados.

El a quo declara admisible el crédito laboral siguiendo el dictamen de la Sindicatura efectuando una indebida aplicación de la normativa sobre privilegios concursales, admitiendo rubros indemnizatorios como quirografarios, cuando el insinuante había solicitado que sean admitidos como privilegiados y modificando también, en desmedro del patrimonio del trabajador, la base de cálculo de los intereses, principalmente la de los intereses privilegiados.

En particular consideró como quirografarios lo rubros Indemnización art. 8 de la ley 24.013, Indemnización art. 15 de la ley 24.013, Art.80 LCT e incremento del art. 53 ter de la ley 11.653, denominadas comúnmente como “multas laborales”².

En virtud de ello, la sentencia fue apelada, correspondiendo su radicación ante de la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Lomas de Zamora.

La Sala realizando un análisis Convencional, jurisprudencial y doctrinario, determinó que, por aplicación del art. 6 inciso d) del CONVENIO OIT 173 y de la doctrina sobre convencionalidad sentada por la CSJN en “Pinturas y Revestimientos”, los rubros indemnizatorios denominados comúnmente como “multas laborales”, debieron ser admitidos como un crédito con carácter de privilegiado y no con carácter de quirografario como erróneamente se estableciera en la resolución recurrida.

También admitió que debe reconocerse intereses al crédito laboral desde la fecha de partida de su devengamiento hasta la efectiva percepción del pago del crédito laboral verificado, siendo los accesorios que se devengan con posterioridad a los ya tutelados con su respectivo privilegio legal, se ajustarán al orden de prelación general que establece el título IV, capítulo I de la LCyQ, con el carácter de quirografarios.

II. CARÁCTER PRIVILEGIADO DE LAS DENOMINADAS “MULTAS LABORALES”.

Hace ya largo tiempo se comenzó a discutir, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, si las indemnizaciones que fija el Régimen de Contrato de Trabajo y las leyes laborales complementarias tienen o no privilegio, y en caso de tener dicho privilegio había que determinar de qué norma legal emanaba.

Las diferencias de interpretación nacen a partir de que esos rubros son identificados bajo el concepto de “multa”, generando de ese modo una distinta visión sobre esta última, dada su naturaleza.

Mientras para una parte de la jurisprudencia, las “multas laborales” deben ser consideradas como integrante del privilegio del que goza la indemnización; otra parte sostiene que por definición y en razón del carácter restrictivo que impera en la interpretación de aquello que obedece a la aplicación de un privilegio, las “multas laborales” no se encuentran comprendidas dentro de tal concepción.

Así fue como la CSJN en el precedente “Pinturas y Revestimientos”³ se refirió al Convenio n° 173 de la OIT (“sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador”), ratificado por la ley 24.285 (art. 1°), el cual establece que los créditos adeudados a los trabajadores en razón de su empleo deben: a) quedar protegidos por un privilegio de modo que sean pagados con cargo a los activos del empleador insolvente antes de que los acreedores no privilegiados puedan cobrar la parte que les corresponde (art. 5°), y b) contar con un rango de privilegio superior al de la mayoría de los demás créditos privilegiados y, en particular, a los del Estado y de la Seguridad Social (art. 8°)

Allí la Corte estableció que la norma suprallegal, protectoria de los derechos del trabajador, era clara respecto del alcance de la protección que debe otorgarse al crédito laboral ante un supuesto de insolvencia

² Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N°10, Lomas de Zamora, “C. C. N. S/ Incidente de verificación de Crédito (Organización Coordinadora Argentina SRL. S/ Quiebra (Grande)” (EXPTE. 103.429)”, 15/12/2022.

³ CSJN, Fallos 337:315 “Pinturas y Revestimientos Aplicados SA s/ quiebra s/ Recurso de Hecho”, 26/03/2014.

del empleador, recordando que las normas convencionales pueden ser directamente aplicadas a los casos concretos en el ámbito local sin necesidad que una medida legislativa, adicional a la ratificación ya acordada al instrumento internacional, les confiera operatividad.

Por lo tanto y según manda el art. 6 inc. d) del CONVENIO OIT 173⁴ : “...El privilegio deberá cubrir al menos los créditos laborales correspondientes: ...d) a las indemnizaciones por fin de servicios adeudadas al trabajador con motivo de la terminación de la relación de trabajo”, el crédito con origen laboral debe estar resguardado por un privilegio que lo coloque en un plano superior al de los demás créditos privilegiados, en especial, a los del Estado y a los de la Seguridad Social.

Es así que la ley 24.522 receptó la disposición convencional en el art. 246 inc. 1) de la LCQ y hoy establece “son créditos con privilegio general: 1) Los créditos por remuneraciones y subsidios familiares debidos al trabajador por SEIS (6) meses y los provenientes por indemnizaciones de accidente de trabajo, por antigüedad o despido y por falta de preaviso, vacaciones y sueldo anual complementario, los importes por fondo de desempleo y cualquier otro derivado de la relación laboral. Se incluyen los intereses por el plazo de DOS (2) años contados a partir de la mora, y las costas judiciales en su caso.”.

A los fines de comenzar a echar luz sobre la discusión planteada, la CNCom en Pleno se abocó en los autos “Sociedad Alemana de Socorro a Enfermos Asociación Mutual. Plenario s/ Inc de verif de crédito de los S. A.”⁵

La minoría del Plenario sostenía que los privilegios, en este especialísimo ámbito, son excepciones a los principios de universalidad e igualdad o paridad de trato rectores en materia concursal.

Más si bien se configuran por esta vía, excepciones al principio general de derecho privado que asigna al patrimonio la significación de ser garantía común de los acreedores, también se resguarda y mantiene el principio de igualdad dentro de cada categoría de acreedores.

En consecuencia, suscribían a la idea que no pueden reconocerse privilegios por extensión ni por analogía y que debe asignarse carácter quirografario al crédito cuyo encuadre privilegiado fuere razonablemente dudoso.⁶

Por otro lado, manifestaban que la imposición de cargas adicionales por inconductas del deudor que no involucran estrictamente una retribución por una prestación a cargo del empleado, ni una indemnización por la indebida privación de retribuciones incumplidas sino que su esencia están constituidas por una suerte de multa o sanción por faltas de atención de ciertas obligaciones por parte del empleador, habrán de adicionarse a las indemnizaciones legalmente establecidas, incrementándolas, pero que obedecen a una ratio legis distinta.

Como bien sabemos, los privilegios sólo pueden surgir de la ley, y si el crédito no está entre ese número cerrado de créditos prioritarios, resulta ser quirografario, aún si en otra normativa no lo fueren.

Es decir, se reitera, que bajo la situación concursal los únicos privilegios son los que surgen de la ley, incluyendo sus reenvíos, pero no pudiendo ser suplida o integrada.

En efecto, estas “multas” responden en su tésis a una sanción contra los empleadores, cuya finalidad es disuadirlos de continuar con el incumplimiento que se les imputa y no constituyen un derecho propio del acreedor laboral, inherente o derivado de su fuerza de trabajo.

Es por ello que esta minoría sostenía que no corresponde reconocer a esta porción agravada de las acreencias, por extensión, el rango privilegiado general pretendido.

⁴ Convenio sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, 1992.

⁵ CNCom., En Pleno, Sociedad Alemana de Socorro a Enfermos Asociación Mutual. Plenario s/ Inc de verif de crédito de los S. A., 28-dic-2015, **Cita:** MJ-JU-M-96983-AR | MJJ96983 | MJJ96983, del voto de la mayoría.

⁶ Rouillón, Adolfo A. N. “Régimen de Concursos y Quiebras.” Ley N° 24,522, Bs.As. Astrea, 2006, 15a edición, pág. 343).

Asimismo, bregaban que las “multas” carecen del carácter de haber adeudado o retribución que constituya un crédito con origen en el contrato de trabajo, por lo cual la naturaleza restrictiva de toda atribución de privilegio impide reconocer a estas acreencias por extensión, carácter privilegiado. Lo único que la ley habría protegido con esa calidad son los salarios, sueldos o indemnizaciones de los trabajadores inherentes al contrato de trabajo.

En definitiva, el Plenario por mayoría determinó “... De esa interrelación laboral de dependencia nacida de ese contrato de trabajo se impone a uno de los contratantes llevar a cabo la tarea encomendada y al otro pagar un precio (salario) por ese trabajo, lo cual conlleva a su vez, como obligación contractual e inescindible de aquella principal, la integración ante los organismos correspondientes de los aportes pertinentes. Esos aportes integran el salario y, por ende, si no son efectivizados por el empleador producen una merma en el ingreso del trabajador no palpable durante la relación; ese proceder impropio genera la aplicación de la sanción que, al tener su razón de ser en el incumplimiento de una obligación legal y que además es parte integrante del salario, debe seguir la suerte del crédito principal.”

“No Significa desconocer que la interpretación de la aplicación de los privilegios debe ser restringida.”

“Aun teniendo en cuenta esa premisa y aunque la pena sea de carácter sancionatorio, corresponde hacer abstracción de que se trata de una multa y tomarla como parte integrativa de la indemnización y por ende del privilegio”

“No corresponde obviar que el espíritu de la ley es la protección amplia del derecho del trabajador, protección que se manifiesta en distintas situaciones, pero que encuentra su mayor expresión en el principio del derecho laboral “in dubio pro operario””

El Plenario, del fuero nacional, estableció que el art. 246 inc. 1) de la LCQ habilita a esclarecer que el objetivo del legislador fue el de otorgar una amplia protección al trabajador como consecuencia de la pérdida de su fuente de ingresos. Interpretación esta que se condice con el análisis de las normas laborales que establecen dichos créditos a favor del trabajador cuando el empleador incumple con las obligaciones a su cargo. Así, tanto el art. 8, como el art. 15 de la ley 24.013 consagran una “indemnización” a favor del trabajador. En el mismo sentido en el art. 2 de la ley 25.323 y el art. 80 de la L.C.T. utilizan dicho vocablo. Lo expuesto no puede dejar lugar a dudas que estamos ante indemnizaciones establecidas por la ley a favor del trabajador perjudicado por las omisiones del empleador.

Además del análisis literal del art. 246 inc. 1 de la LCQ, en su redacción actual, que establece que queda comprendido en el privilegio “(...) cualquier otro (crédito) derivado de la relación laboral (...)” El diccionario de la Real Academia Española señala que el término “cualquiera” en su tercera acepción significa “uno u otro, sea el que sea” (adj. Indef.) y en la segunda expresa la totalidad del conjunto por el nombre al que modificó (adj. Indef.). Del análisis expuesto “cualquier” indica que no distingue, que incluye a todos los otros créditos derivados de la relación laboral que no se encuentran enumerados en la disposición. Solo exige que sean “derivados de la relación laboral”^{7 8 9 10}

En definitiva, entonces, no pareciera haber duda que, las denominadas “multas” son consecuencia mediata de una mal ejecutada relación laboral por parte del empleador y, por ende, se encuentran comprendidas en la norma en la medida que constituyen una “derivación de la relación laboral”, lo cual, como ya expresáramos, es refrendado por los principios generales que conforman el ordenamiento del trabajo, principalmente el principio protector que establece que, tanto en la aplicación como en la interpretación de la norma, debe prevalecer la posición más favorable al trabajador (art. 9 L.C.T.).

⁷ Casadio Martínez, Claudio A, “Privilegio concursal de la indemnización prevista por el art. 80 de la LCT. Comentario al plenario “Sociedad Alemana de Socorro a Enfermos Asociación Mutual”, 5-may-2016, Cita: MJ-DOC-9867-AR | MJD9867.

⁸ Lloveras, Nestor “Los Privilegios en la Ley de Contrato de Trabajo”, ED 58-717, N° 20; DICT. 62215, “Quimpey SA S/ Quiebra s/ Inc. De Verificación por Roosz Lazlo”

⁹ CNCom. Sala C, “Club Atlético San Lorenzo de Almagro Asociación Civil S/ Concurso preventivo S/ Incidente de Verificación de Créditos por D., O. S/ Concurso Preventivo” 29/03/2005

¹⁰ Cámara Civil y Comercial, 84306 RSD-191-6 S 13/06/2006 JUBA Sum. B950940

Aunque la regla es la interpretación restrictiva en materia de privilegios, podemos aseverar que las indemnizaciones que fija el Régimen de Contrato de Trabajo y las leyes laborales complementarias se deben considerar incluidas dentro de las indemnizaciones a la que hace referencia el art. 246 inc. 1 LCyQ “(...) cualquier otro (crédito) derivado de la relación laboral (...)”.

III. DEVENGAMIENTO DE INTERESES POSTERIORES A LA DECLARACIÓN DE QUIEBRA.

En este tópico el art. 129 de la LCyQ (en su redacción actual por ley 26.684) reza: “Suspensión de intereses. La declaración de quiebra suspende el curso de intereses de todo tipo. Sin embargo, los compensatorios devengados con posterioridad que correspondan a créditos amparados con garantías reales pueden ser percibidos hasta el límite del producido del bien gravado después de pagadas las costas, los intereses preferidos anteriores a la quiebra y el capital. Asimismo, tampoco se suspenden los intereses compensatorios devengados con posterioridad que correspondan a créditos laborales.”

En la última parte del art. 129 se incorporó, al igual que en el art. 19, una excepción a la suspensión de intereses que beneficia a los créditos laborales.

El acreedor hipotecario o prendario puede reclamar los intereses compensatorios posteriores a la declaración de quiebra hasta el límite del producido del bien gravado después de pagadas las costas, los intereses preferidos anteriores a la quiebra y el capital.

En ese sentido la mayoría de los doctrinarios nos han referido que debemos considerar que los arts. 19 y 129, luego de la reforma de la Ley 26.684, han previsto que no suspenden los intereses de estos créditos; por lo tanto, se ha pretendido dotarlos de mayor protección.^{11 12 13}

En el precedente de la CSJN “Club Ferrocarril Oeste”¹⁴, siguiendo el dictamen del Procurador General, se estableció que es arbitraria la sentencia que rechazó la pretensión del acreedor laboral de obtener el reconocimiento de los intereses devengados con posterioridad al decreto de quiebra, toda vez que la misma se apartó del texto y de la finalidad del artículo 129 de la ley 24.522 introduciendo una limitación a las garantías constitucionales que tutelan los créditos de origen laboral.

En este caso se apeló la sentencia de la Sala “D” de la CNCom que había establecido que los acreedores laborales no devengaban “intereses compensatorios”, entendiendo que estos solo se devengan por el uso de capital ajeno, mientras que los intereses de los créditos laborales son de origen legal (Art. 137 LNE), y que los Plenarios “Seidman & Bonder”¹⁵ y “Club Atlético Excursionistas” solo se encuentran circunscriptos al ámbito del Concurso Preventivo.

El Procurador, dictamino que es arbitraria la sentencia que rechazó la pretensión del acreedor laboral de obtener el reconocimiento de los intereses devengados con posterioridad al decreto de quiebra, toda vez que la misma es contraria a literalidad y la finalidad del artículo 129 de la ley 24.522 (Modif. 26.684) introduciendo una limitación a las garantías constitucionales que tutelan los créditos de origen laboral.

La reforma efectuada a la LCyQ 129 por la ley 26.684 tuvo como finalidad reconocerles a los acreedores laborales el derecho a percibir los intereses devengados con posterioridad al decreto de quiebra, con lo cual cuando la norma alude a intereses “compensatorios” debe ser entendida, en sentido amplio, en tanto

¹¹ Casadío Martínez, Claudio A, “Privilegio concursal de la indemnización prevista por el art. 80 de la LCT. Comentario al plenario “Sociedad Alemana de Socorro a Enfermos Asociación Mutual”, 5-may-2016, Cita: MJ-DOC-9867-AR | MJD9867.

¹² Miguens Campos, Hugo, “El pronto pago laboral en el concurso y la quiebra” Revista Argentina de Derecho Empresario - Número 19; 27/05/2020; Cita: IJ-CMX-700

¹³ Chomer - Frick “Concursos y Quiebras Ley 24522 Comentada anotada y concordada....” Edit. Astrea año 2016 pág. 605

¹⁴ CSJN, “Club Ferrocarril Oeste s/ quiebra/ incidente de levantamiento/ incidente de apelación”, Com 49430/2000/1/4/1/RH2, de fecha 26/11/2020.

¹⁵ Seidman y Bonder SCA s/ Concurso Preventivo s/ Incidente de verificación de créditos por Piserchia, Raúl O. ED

son intereses que hacen posible el mantenimiento del valor del crédito laboral (de naturaleza alimentaria) ante la insolvencia.

La exegesis que la CNCom le había otorgado al texto legal, vaciaría de contenido a la reforma y por lo tanto el rechazó a la pretensión del acreedor laboral de obtener el reconocimiento de los intereses devengados con posterioridad al decreto de quiebra, no puede ser considerada como una derivación razonada del derecho vigente pues, prescindió del texto y de la finalidad del artículo 129 de la ley 24.522 y de lo establecido por las normas federales de jerarquía supra legal protectorias de los derechos del trabajador¹⁶

Hoy podemos decir que existe también una doctrina legal al respecto, en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires ya que este tema también fue tratado por la Sala III de la Cámara de Apelaciones de Lomas de Zamora¹⁷, en donde se estableció, con los mismos fundamentos que utilizó la CSJN en el precedente “Club Ferrocarril Oeste”, que no debe prescindirse del texto y de la finalidad del art. 129 de la ley 24.522 (t.o. ley 26684) y de lo establecido por las normas federales de jerarquía supra legal protectorias de los derechos del trabajador y que se debe dejar puntualmente establecido que debe reconocerse intereses desde la fecha de partida del devengamiento del crédito laboral verificado hasta la efectiva percepción del pago del crédito laboral.

IV. CONCLUSIÓN.

El poder contar en el ámbito provincial con jurisprudencia originada en instancia de apelación, que era casi inexistente a la fecha, nos hace vislumbrar que comienza a darse una aplicación uniforme, en el ámbito local, de la norma concursal en el área de las relaciones de trabajo, que expresamente reconoce el Privilegio para las “Multas Laborales” y sobre el devengamiento de intereses por causa laboral posteriores a la declaración de quiebra.

Esto facilita la tarea a los operadores del derecho, que veíamos como injustamente algunos juzgados, resolvían incidentes de verificación de créditos laborales en forma contraria a lo que manda la ley en su redacción actual, mientras en el fuero nacional estas cuestiones habían sido zanjadas hace ya algunos años.

En cuanto al devengamiento de los intereses posteriores a la declaración de la quiebra que mereció la reforma de la Ley 26.684 del año 2011, vemos como este tema se encuentra totalmente interrelacionado con el fenómeno inflacionario del que es víctima nuestro país, fenómeno recurrente y ya instalado en nuestra historia, en conjunción con la prohibición de actualización¹⁸ y/o indexación¹⁹ de los créditos que surge de la Ley de Convertibilidad²⁰, que continúa vigente.

Parecería que hoy no es suficiente con el criterio ha sentado ya hace tiempo la C.S.J.N. que ha reiterado continuamente la vigencia del reseñado criterio al sostener que *“la prohibición de indexar impuesta en las leyes federales aludidas [en referencia a las leyes 23.928 y 25.561] procura evitar que el alza de los precios relativos correspondientes a cada uno de los sectores de la economía, al reflejarse de manera inmediata en el índice general utilizado al mismo tiempo como referencia para reajustar los precios y salarios de cada uno de los demás sectores, contribuya de manera inercial a acelerar las alzas generalizadas de precios. Por tal motivo, la recomposición de la pérdida del valor adquisitivo ha de darse sector por sector y caso por caso”*²¹.

136:452.

¹⁶ Op. Cit. 3 y 4

¹⁷ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Sala III, Lomas de Zamora, “C. C. N. S/ Incidente de verificación de Crédito (Organización Coordinadora Argentina SRL. S/ Quiebra (Grande)” (EXPTE. 103.429)”, 26/09/2023.

¹⁸ “P. L., R. c/ Compañía Argentina de Televisión S.A. S/Concurso preventivo s/ Incidente de verificación de crédito” LL 1981:D, 425.

¹⁹ Seidman y Bonder SCA s/ Concurso Preventivo s/ Incidente de verificación de créditos por Piserchia, Raúl O. ED 136:452.

Dado lo expuesto en el presente, nos debemos preguntar cuál debería ser la medida y el verdadero grado de protección para el crédito laboral, que le otorgue una real y efectiva protección, con posibilidades ciertas de cobro por parte del trabajador y que no se vea envilecido por la degradación constante de la moneda de curso legal y forzosa, y la larga distancia temporal entre el inicio del proceso judicial y su culminación²², y debemos comenzar a pensar que quizás no sea solo el reconocimiento de intereses la mejor herramienta para conseguir tal fin.

BIBLIOGRAFÍA

Casadío Martínez, Claudio A. (2016). *Privilegio concursal de la indemnización prevista por el art. 80 de la LCT. Comentario al plenario “Sociedad Alemana de Socorro a Enfermos Asociación Mutual”*. Cita: MJ-DOC-9867-AR | MJD9867.

Chomer-Frick. (2016). *Concursos y Quiebras Ley 24522 Comentada anotada y concordada....*. Edit. Astrea. P. 605

Lloveras, Nestor. *Los Privilegios en la Ley de Contrato de Trabajo*. ED 58-717, N° 20; DICT. 62215,

Miguens Campos, Hugo. (2020). *El pronto pago laboral en el concurso y la quiebra*. *Revista Argentina de Derecho Empresario*. Número 19. Cita: IJ-CMX-700

Rouillón, Adolfo A. N. (2006). *Régimen de Concursos y Quiebras. Ley N° 24522*. Bs.As. Astrea. 15a edición. p. 343.

Jurisprudencia

Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N°10, Lomas de Zamora, “C. C. N. S/ Incidente de verificación de Crédito (Organización Coordinadora Argentina SRL. S/ Quiebra (Grande)” (EXPTE. 103.429)”, 15/12/2022.

CSJN, Fallos 337:315 “Pinturas y Revestimientos Aplicados SA s/ quiebra s/ Recurso de Hecho”, 26/03/2014.

Convenio sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, 1992.

CNCom., En Pleno, Sociedad Alemana de Socorro a Enfermos Asociación Mutual. Plenario s/ Inc de verif de crédito de los S. A., 28-dic-2015, Cita: MJ-JU-M-96983-AR | MJJ96983 | MJJ96983, del voto de la mayoría.

CNCom. Sala C, “Club Atlético San Lorenzo de Almagro Asociación Civil S/ Concurso preventivo S/ Incidente de Verificación de Créditos por D., O. S/ Concurso Preventivo” 29/03/2005

Cámara Civil y Comercial, 84306 RSD-191-6 S 13/06/2006 JUBA Sum. B950940

CSJN, “Club Ferrocarril Oeste s/ quiebra/ incidente de levantamiento/ incidente de apelación”, Com 49430/2000/1/4/1/RH2, de fecha 26/11/2020.

Seidman y Bonder SCA s/ Concurso Preventivo s/ Incidente de verificación de créditos por Piserchia, Raúl O. ED 136:452.

P. L., R. c/ Compañía Argentina de Televisión S.A. S/Concurso preventivo s/ Incidente de verificación de crédito” LL 1981:D, 425.

Seidman y Bonder SCA s/ Concurso Preventivo s/ Incidente de verificación de créditos por Piserchia, Raúl O. ED 136:452.

²⁰ Art. 7, Ley N° 23.928

C.S.J.N. “Chiara Díaz” del 07/03/2006, consids. 10º y 11º del voto de los doctores Petracchi y Maqueda).

C.S.J.N. “Clínica Marini SA s/quiebra - recurso de hecho” del 01/08/2013.

VER FALLO COMPLETO

RJ
SI

Sobre la Revista

Sobre la revista

La “Revista Jurídica de San Isidro. Serie Contemporánea” es editada por el Colegio de Abogados de San Isidro. Tuvo su primera edición en el año 1967 bajo el nombre “Revista Jurídica de San Isidro” en versión impresa.

La revista está abierta a contribuciones sobre todos los aspectos del derecho, con especial foco en los grandes temas y autores que signifiquen un aporte original. Su objetivo es difundir y debatir ampliamente a través de las contribuciones originales de los autores, los problemas que se plantea actualmente el derecho desde una mirada interdisciplinaria, transversal y práctica sin privilegiar perspectivas, ni poseer orientación particular.

La producción académico-científica de los miembros de Institutos, Comisiones y diferentes Áreas del Colegio, así como autores invitados nacionales y extranjeros se completa solo a través de la transferencia del conocimiento y ese será nuestro más humilde objetivo.

De aquí que los trabajos publicados resulten de interés para quienes ejercen la abogacía en todas sus formas, y también para especialistas, investigadores y estudiantes de posgrado.

Frecuencia de publicación

Desde su primer número y hasta el número 30 la Revista fue editada en forma anual y en formato impreso.

Su reedición bajo el nombre “Revista Jurídica de San Isidro. Serie Contemporánea”. Número 1 lo será en formato digital bajo una periodicidad semestral, publicando sus respectivos volúmenes digitales en mayo y septiembre.

Política de acceso abierto

La aceptación de colaboraciones por parte de la revista implica la cesión no exclusiva de los derechos patrimoniales de los autores a favor del editor, quien permite la reutilización bajo Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional.

La cesión de derechos no exclusivos implica también la autorización por parte de los autores para que el trabajo sea alojado en el repositorio institucional Memoria Académica y difundido a través de las bases de datos que el editor considere apropiadas para su indexación, con miras a incrementar la visibilidad de la revista y sus autores.

Esta revista proporciona un acceso abierto inmediato y gratuito a su contenido, basado en el principio de que ofrecer al público un acceso libre a efectos de un mayor intercambio global de conocimiento. Acceso: <https://www.casi.com.ar/RJURIDICA>

Aspectos Éticos

La publicación “Revista Jurídica de San Isidro. Serie Contemporánea” es el resultado colectivo del trabajo y esfuerzo de autores/as, editores/as y evaluadores/as que se interesan en el desarrollo de la ciencia y la academia para el desarrollo social y jurídico en ámbito de la abogacía. Por dicho motivo, y en el marco de la política de acceso abierto que se impulsa el Colegio de Abogados de San Isidro, la revista no cobrará a los/as autores/as ningún cargo por la publicación, quedando disponibles inmediatamente los artículos en acceso abierto.

Los editores de la revista se comprometen a evitar la existencia de cualquier conflicto de interés entre los actores que participan en la producción. Todo texto enviado será evaluado por su contenido intelectual evitando que interfiera en el proceso la pertenencia étnica o nacional de los autores, su género, su orientación sexual, sus creencias religiosas o su filosofía política. Del mismo modo, se desestimarán aquellas evaluaciones externas que interpongan cualquier posición personal a la calidad del trabajo.

El contenido de los artículos no refleja la opinión editorial del Colegio de Abogados de San Isidro ni de la Revista Jurídica de San Isidro Serie contemporánea, por lo tanto, los editores no son responsables de las formas de expresión y usos del lenguaje que utilizan los autores.

DetECCIÓN DE PLAGIO

Las opiniones vertidas por los autores no reflejan el pensamiento de la “Revista Jurídica de San Isidro. Serie Contemporánea” ni de su equipo. El autor es el único responsable del daño, o menoscabo, que pueda ocasionar con su plagio y afirmaciones y exime de cualquier responsabilidad, tanto a la revista, como a su equipo, autoridades y al Colegio de Abogados de San Isidro en su totalidad. La revista rechaza cualquier tipo de plagio, parcial o total. Los autores deben asegurarse rigurosamente de atribuir las citas utilizadas a sus fuentes de acuerdo con las pautas exigidas por la revista.

La Revista rechaza y lucha en contra del plagio.

INDIZACIÓN E INCLUSIÓN

“Revista Jurídica de San Isidro. Serie Contemporánea” se encuentra en proceso de inscripción en Dirección Nacional de Derecho de Autor y en el Núcleo Básico de Revistas Científicas Argentinas (CAICYT-CO-NICET).

AUTORES. PAUTAS FORMALES PARA LA PUBLICACIÓN Y PRESENTACIÓN

1. Extensión

Se sugiere que los artículos de doctrina tengan una extensión de entre 8 y 12 páginas total incluyendo título y bibliografía.

En la tapa del artículo, el título completo no deberá tener más de quince (15) palabras. El título, alineado al centro, debe escribirse en letra Times New Roman, negrita, 20 puntos, a 1.5 de interlineado, con las mayúsculas, signos y acentos que correspondan.

Después del título, con un espacio de por medio, se colocará el nombre del autor o autores, alineado al centro, en letra Times New Roman, negrita, a 12 puntos.

Respecto de la nota de fallos se sugiere una extensión no mayor a 3 páginas.

2. Forma del escrito

El escrito debe entregarse en papel tamaño A4, en letra Times New Roman, tamaño 12, a simple espacio. Se entregará al siguiente correo electrónico: revistajuridica@casi.com.ar en formato Word. El archivo remitido deberá identificarse con el nombre del autor y el título del trabajo.

La Portada deberá contener:

a) Título: El título completo no deberá tener más de quince (15) palabras. El título, alineado al centro, debe escribirse en letra Times New Roman, negrita, 20 puntos, a 1.5 de interlineado, en minúscula y con las mayúsculas, signos y acentos que correspondan.

b) Nombre del autor o autores en minúscula, acompañándose al pie con asterisco y nota al pie las re-

referencias al o a los mismos en no más de cinco renglones, relativas a la máxima titulación, función académica, correo electrónico y toda otra referencia que considere útil siempre que respete la extensión señalada. En caso de integrar alguna función académica en el ámbito del Colegio de Abogados de San Isidro, indicarlo específicamente.

c) Resumen (máximo de 15 renglones). Se dejará un espacio entre Nombre de autor y la palabra Resumen. La palabra Resumen se escribirá en minúscula sobre margen izquierdo en negrita, times new Román tamaño 12.

d) Palabras-clave (máximo cinco palabras/expresiones). Se dejará un espacio entre Resumen y la Palabras clave. La palabra Palabras clave se escribirá en minúscula sobre margen izquierdo en negrita, times new Román tamaño 12.

e) Sumario: Se dejará un espacio entre Palabras clave y Sumario. La palabra Sumario se escribirá en minúscula, centrado y en negrita, times new Román tamaño 12. Se detallarán los subtítulos del texto.

f) Texto del artículo:

Subtítulos: (introducción, desarrollo y conclusión). Será necesario subdividir el texto en subtítulos a los fines de una mayor descripción en el acápite "Sumario"- Alineación justificada, letra Times New Román, negrita, 12 puntos, interlineado doble 2.0, Sangría primera línea 1,27

- El texto no deberá contener frases/palabras subrayadas, ni letra itálica, ni mayúscula ni negrita. Se señalarán las palabras/frases con comillas en caso necesario.

- Los acápites "Resumen", "Palabras claves", "Bibliografía" no serán numerados.

- Las notas al pie se escribirán con Alineación justificada, letra Times New Román, negrita, 10 puntos, interlineado 1.5, Sangría Francesa.

- Los párrafos textuales que superen las 5 líneas deberán aumentar la sangría en todo el párrafo diferenciándose del resto del texto, y se escribirán con Alineación justificada, letra Times New Román, negrita, 11 puntos, interlineado 1,5.

Sistema de Citas:

El sistema de citas bibliográficas de la publicación será el "APA Séptima Edición"

RJ SI

INFORMACIÓN DE CONTACTO

Correo Electrónico:
revistajuridica@casi.com.ar

URL donde se dispondrán los distintos números:
<https://www.casi.com.ar/RJURIDICA>

Esta obra está bajo una licencia de
Creative Commons



REVISTA SEMESTRAL

Colegio de Abogados de San Isidro

Martin y Omar 339, San Isidro, Provincia de Buenos Aires

Contacto: consejo@casi.com.ar

ISSN 2953-5174

RJ
SI

**REVISTA
JURÍDICA
DE SAN ISIDRO**

SERIE CONTEMPORÁNEA



COLEGIO DE ABOGADOS DE SAN ISIDRO

MARTIN Y OMAR 339, SAN ISIDRO, PROVINCIA DE BUENOS AIRES