

N° 15
Marzo de 2023

Cuadernos de Cijuso

"El saber nos hace mejores"

REVISTA ELECTRÓNICA de artículos de doctrina de la Fundación Ciencias Jurídicas y Sociales

XXXIII JORNADAS ACADÉMICAS

de la Comisión de Abogacía Joven
del **COLPROBA**

14 y 15
OCTUBRE
2022

Ponencias
de la
Abogacía Joven

COLEGIO DE ABOGADOS
AVELLANEDA - LANÚS



Cuadernos de Cijuso

El Saber nos hace mejores

Revista de la Fundación Ciencias Jurídicas y Sociales del Colegio de Abogados de la
Provincia de Buenos Aires

Dirección editorial: Dr. Jorge Oscar Rossi

www.cijuso.org.ar

Año VI - Nº 15 – Marzo de 2023

La Plata, Provincia de Buenos Aires, República Argentina

Los CUADERNOS DE CIJUSO tienen como objetivo difundir los trabajos de los docentes, investigadores y alumnos de la Fundación Ciencias Jurídicas y Sociales del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, así como de colaboradores de otras instituciones, con el fin de crear un espacio para el intercambio de ideas. El Consejo Editorial se reserva el derecho a rechazar la publicación de material que no está de acuerdo con estos objetivos. Los autores son responsables de los trabajos firmados.

Está permitida la transcripción de estos artículos, a condición que se cite la fuente, la autoría, no se realicen modificaciones al texto y la publicación no persiga fines comerciales.

~

Cuadernos de Cijuso

Autoridades de la Fundación CiJuSo

Presidente: Dr. Marcelo Fioranelli (Zárate – Campana)

Secretario: Dr. Martín Rivas (La Matanza)

Tesorero: Dr. Alejo Luis Maiztegui (San Nicolás)

Prosecretaria: Dra. Adriana Cecilia Coliqueo (Avellaneda-Lanus)

Protesorero: Dr. Ricardo Eduardo Paso (Trenque Lauquen)

Vocales: Dr. Eduardo Sreider (Moreno – General Rodríguez) -
Dr. Rafael Gentili (Bahía Blanca)

Índice

Reflexiones iniciales.....	6
Palabras del curador de la obra	7
La tutela preventiva del daño y ambiente	8
Hidrocarburos y ambiente: Cuestiones en la legislación argentina	15
Cuando lo invisible se hace visible	22
El derrotero de las Acciones de Clase.....	26
Los requisitos de admisibilidad de las peticiones ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos	28
Ley de alquileres: un paso atrás en su sanción	35
El Arbitraje Electrónico de Consumo como método alternativo de resolución de controversias	43
Actualización de la cuota pura en el plan de ahorro – limite en el tiempo	46
La protección de Usuarios de Servicios Financieros en los Proveedores de Servicios de pagos	49
La regulación de honorarios en amparos de salud en la justicia ordinaria	61
El desarrollo de los noveles en el ejercicio profesional. ¿Un camino tedioso?	65
Comentario a la Resolución 1358/06 de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en relación a la competencia de los Juzgados de Paz en la acción de amparo y su incidencia en los honorarios de las Defensorías Ad Hoc.....	70
Ejecución de Honorarios y Cuestiones Prácticas	77
Abogacía Joven, presente y futuro. Reflexiones sobre un espacio vital para la Colegiación....	81
El patrocinio único en los divorcios por presentación conjunta.....	86
La capacitación en perspectiva de niñez y adolescencia como mandato legal-convencional. .	91
Audiencias en el Fuero de Familia: su celebración cuando existen denuncias previas por violencia de género.....	98
Los créditos por alimentos ante la normativa concursal. ¿Es necesaria una reforma?	104
Los efectos retroactivos de la sentencia de divorcio, en los casos de separación de hecho entre los cónyuges con anterioridad al pedido de divorcio	110
Sin plazos para maternar.....	113
Desafíos de las startups en Argentina	119
Las aptitudes de un abogado del mañana “La tecnología, del Fuego al Metaverso”	125
Tokenización de pasajes aéreos o nftickets	136

Notificaciones judiciales con tecnología blockchain.....	144
La IA en la administración de Justicia de la Provincia de Buenos Aires	148
El mobbing como enfermedad profesional.....	151
El trabajo de plataformas digitales, la presunción del art. 23 lct, y la posibilidad de un estatuto profesional	157
La negociación colectiva desde la perspectiva de los órganos de control de la OIT y el fallo ADEMUS de la CSJN.....	165
Soluciones legislativas para el artículo 210 de la ley de contrato de trabajo	171
Violación del principio de gratuidad en el ámbito del riesgo del trabajo	178
Las plataformas electrónicas y los trabajadores	187
Naturaleza jurídica de la prestación impuesta al empleador por el artículo 212 4to. Párrafo de la ley de contrato de trabajo	195
Trabajo presencial vs a distancia en Argentina: realidades que llegaron para quedarse.....	199
Una deuda pendiente: La Oralización en la etapa de Ejecución Penal de la provincia de Buenos Aires.....	203
Delito de lavado de activos. Modificación art. 41 quinquies, 303 y 306 del Código Penal dentro del proyecto de ley de reforma del sistema pla/cft.	209
La necesidad de poner en funcionamiento, en forma urgente, el cuerpo de “Policía Judicial”, instituido en la ley 15.005	215
Del femicidio a los delitos de género, en la República Argentina.....	218
Los procesos colectivos como herramienta para garantizar el acceso a la justicia de sectores vulnerables.....	223
La tutela anticipada frente al riesgo de prejuzgamiento en un proceso garantista.....	228
La Coparticipación Federal y la Ciudad de Buenos Aires.....	235
Interpretaciones y Ganancias: Una mirada sobre cómo interpreta la Corte Suprema	241
El avasallamiento de las pymes bajo el estandarte del combate a la facturación apócrifa. Un salvavidas basado en los principios del derecho tributario, administrativo y constitucional	246

Reflexiones iniciales

En el mes de octubre del año pasado, mientras la primavera iba ganando lugar en los jardines bonaerenses, se desarrollaron las XXXIII Jornadas Académicas en el Colegio de Abogados Avellaneda – Lanús.

Las notas distintivas que tuvieron las mismas fueron, sin dudas, la realización en forma presencial, el gran acompañamiento de colegas de distintos puntos de la provincia y la presentación de más de cincuenta trabajos doctrinarios.

Durante las últimas dos ediciones en forma virtual, y a pesar de las dificultades ocasionadas por la pandemia, la llama académica de la abogacía joven bonaerense siguió encendida.

En este nuevo escenario que nos toca enfrentar como operadores del derecho surgen desafíos inusitados, y en donde - a mi humilde entender - la fuerza y la oxigenación de la juventud configuran aportes insoslayables para poder afrontar los mismos.

En la lectura de los distintos trabajos elaborados por colegas – entre quienes se animaron y dieron el primer paso para transitar el sendero de la academia y aquellos/as que siempre dicen presente – se podrá avizorar profundas reflexiones y aportes en las distintas temáticas abordadas.

Una vez más, la abogacía joven bonaerense dice presente. Una vez más el esfuerzo y la unión de quienes integran la Comisión que me toca Presidir con gran orgullo, realiza un nuevo aporte a la Colegiación.

Gracias al COLPROBA, a la Fundación de Ciencias Jurídicas y Sociales, a la Caja de la Abogacía, y especialmente, a los Dres. Rodríguez Basalo, Fioranelli, Cruz Matteri y Rossi, por su presencia permanente en nuestro bastión académico.

Leandro Vero.

Presidente de la Comisión de Abogacía Joven del COLPROBA

Palabras del curador de la obra

El 2022 fue un año de fiesta para la Abogacía Joven de la Pcia de Buenos Aires ya que nuevamente volvieron los plenarios y reuniones de trabajo presenciales. Las Jornadas Académicas de la Abogacía Joven no fueron exentas, y se vivió un certamen académico más que concurrido y animado en el Colegio de Abogados de Avellaneda-Lanus.

Una nota que distingue a las Jornadas Académicas de la Abogacía Joven de COLPROBA es su vanguardismo. En este libro el lector podrá tomar conocimiento de ponencias donde se plantean aspectos del derecho más que adelantados. El Derecho es cambio, movimiento, pero también orden y reglas, esta conjugación será la línea rectora de esta obra.

Personalmente espero que sean de utilidad las investigaciones y trabajos realizados por los y las ponentes, doy fe de la alta calidad de cada uno de ellos.

Quiero agradecer al Presidente de la Abogacía Joven Dr Leandro Vero y a su Vicepresidenta la Dra Cecilia Lara como así también a la mesa provincial, por encomendarme la tarea de armado de esta obra, como siempre agradecido.

Y todo esto no sería posible sin el acompañamiento, soporte y constante impulso al crecimiento que nos da el Dr Marcelo Fioranelli, Presidente de la CIJUSO y del Colegio de Abogados de Zarate Campana.

Juan Ignacio Cruz Matteri.

Secretario Académico Colegio Abogados Zarate Campana

La tutela preventiva del daño y ambiente

Por Abog Carrara, Florencia M.

BREVE SÍNTESIS DE LA PONENCIA: Analizar el concepto de daño, los principios preventivo y precaución, y su relación con el ambiente. Casos judiciales aplicables a la materia.

SUMARIO: I.- Introducción. II.- Concepto de daño en el ordenamiento jurídico argentino. III.- La función preventiva y el ambiente. IV.- Jurisprudencia. V.- Conclusiones

I.- INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo se propone analizar la tutela preventiva en lo que respecta al daño desde la perspectiva del medio ambiente, las características que poseen los principios, los cuales fueron reglados por el legislador federal dentro del Código Civil y Comercial, y en la Ley General del Ambiente Nro. 25.675. Haré un profundo desarrollo en los principios porque creo que tiene especial relevancia en el contexto actual.

Sabemos que dicha figura fue incorporada al Código Civil y Comercial, y provocó que la norma legal reconociera su potencial reparación (art. 28 de la Ley General del Ambiente Nro. 25.675), moviendo de esta forma el foco hacia la prevención de este tipo de daño, lo que se evidencia, en la LGA especialmente, en el artículo 4° “Principio de prevención”, y “Principio de Precaución”, ambos, son la piedra fundamental del derecho ambiental.

Por otro lado, es necesario remarcar la importancia de la tutela preventiva, ya que, recae sobre los bienes jurídicos tanto individuales como colectivos, receptados en el artículo 14 del Código Civil y Comercial, e incluye la prevención de todo tipo de daños como objeto también de su regulación jurídica, sin dejar por ello de ocuparse de la reparación o compensación del mismo cuando, pese a la prevención, éste ha ocurrido. Finalmente, voy hacer un repaso de las principales sentencias que se aplican a esta figura, es decir, la tutela preventiva del ambiente.

II. CONCEPTO DE DAÑO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO

Nuestro Código Civil y Comercial establece en su Art 1737 el concepto de daño: *“Hay dañando cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva”*

A la luz de los aportes doctrinarios, podemos decir que el concepto de daño estricto (resarcible) puede delimitarse como la lesión a un interés jurídico -ajeno- patrimonial o extrapatrimonial, que provoca consecuencias patrimoniales o extra-patrimoniales, respectivamente. El objeto del daño se identifica con el objeto de la tutela jurídica que, por

consiguiente, y siempre, es un interés humano. En sentido amplio, podemos decir que, el concepto de daño como cualquier acto -comisivo u omisivo- contrario a la ley llamado a producir con certidumbre el menoscabo de algún derecho, y aun cuando todavía no haya comenzado, extremos que se analizará en términos de probabilidad o posibilidad objetiva.¹

Fuera de la órbita del Código Civil y Comercial de la Nación, el Art. 27 de la Ley General del Ambiente se define al daño ambiental como *“toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos”*. En un todo de acuerdo con Sabsay y Di Paola, se entiende que la ley diferencia el daño ambiental *per se* del daño a los individuos a través del ambiente. *“Dicha distinción es fundamental a la hora de analizar los elementos y características que definen a uno y a otro tipo de daño. En el caso de daño al ambiente, nos encontramos con un daño al medio, ya sea mediante alteración o destrucción, que afecta la calidad de vida de los distintos seres vivos, sus ecosistemas y los componentes de la noción de ambiente. Cuando existe daño al ambiente, no debe necesariamente concretarse un daño específico o puntual a las personas o sus bienes particulares”*. Debe ponerse de resalto, que quien cause daño ambiental es responsable objetivamente del restablecimiento del ambiente al estado anterior a la producción del daño. Respecto a esto, el Art 1761 del Código Civil y Comercial establece: *“Deber de reparar. La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código”*.² Teniendo en cuenta que no siempre es posible técnicamente restablecer sustitutiva conformelo determine el juez interviniente, indemnización sustitutiva a depositarse en el fondo de compensación, fondo público creado por la ley, cuya administración corresponde a las autoridades locales.

III.- LA FUNCIÓN PREVENTIVA Y EL AMBIENTE.

En el capítulo I denominado Responsabilidad Civil correspondiente al título IV del Libro Tercero dedicado a los Derechos Personales, se regulan las funciones de la responsabilidad civil. El Art. 1708 del código de rito asume de modo explícito entre sus funciones tanto la prevención como la reparación. De una lectura de los fundamentos del anteproyecto del Código se observa que la prevención está asociada de modo directo con el concepto de daño a la persona y con los derechos de incidencia colectiva. De modo expreso se afirma entre sus argumentos que: no sólo se tutela el patrimonio, sino también la persona y los derechos de incidencia colectiva.

Cuando se trata de la persona, hay resarcimiento, pero también prevención, y en muchos aspectos, como el honor, la privacidad, la identidad, esta última es mucho más eficaz. En los derechos de incidencia colectiva, surge con claridad que la prevención es prioritaria y

¹ Mónica Barrera, “La función preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación, su impacto en el proceso civil y las facultades condenatorias e instructorias de los jueces” SAIJ, 2015”

² Devia Krom y Nonna “Manual de recursos naturales y derecho ambiental” Ed. Estudio, 2019, pág. 251

precede a la reparación, sobre todo cuando se trata de bienes que no se pueden recomponer fácilmente.³

Podríamos decir que la función preventiva tiene dos sub-funciones: a) la función preventiva típica; y b) la función preventiva de agravamiento. En la primera, el objetivo es la prevención absoluta de la ocurrencia del daño. En la segunda, la función preventiva recae sobre el agravamiento de un daño ya acaecido. Ambas funciones se conjugan en las cuatro facetas contempladas en el artículo 1710 del CCyC: *“Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; y c) no agravar el daño, si yase produjo”*.

Por su parte, el artículo 1711 CCyC prevé la procedencia y modalidades de la acción preventiva; así: 1) Prevé una acción preventiva pura (ante la previsibilidad de un daño aún no ocurrido) 2) Una acción preventiva de continuación, cuando el daño ya ha ocurrido, pero se intenta prevenir su continuación; y 3) Una acción preventiva de agravamiento, cuando el daño no sólo continuará, sino que, se prevé, se hará más gravoso.

Bajo este prisma, la prelación de la función preventiva de la responsabilidad civil se fundamenta en las especiales características del bien colectivo ambiental. En la misma línea, la Ley General del Ambiente Nro. 25.675 consagra la plena aplicación de los principios mencionados ut supra, y la prioridad de la recomposición del daño ambiental, colocando el resarcimiento mediante indemnización en una posición subsidiaria y sólo para el caso en que no resulte técnicamente factible la recomposición (art. 28)

Sobre este punto, debe resaltarse que la Ley 25.675, establece los **presupuestos mínimos** para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, y obliga al cumplimiento de los principios de prevención y precaución que han sido receptados en dicha ley, así como también en el Acuerdo de Escazú, en materia convencional internacional.

Según el Art. 6 de la ley 25.675 se entiende por **presupuesto mínimo**, establecido en el Art.41 de la Constitución Nacional, a toda norma que concede una tutela ambiental uniforme o común para todo el territorio nacional, y tiene por objeto imponer condiciones necesarias para

³ María Valeria Berros, “Función preventiva del Código Civil y Comercial y problemática ambiental”, Revista de la Facultad de Ciencias jurídicas y sociales. Nueva época, 2020, pág.2.

asegurar la protección ambiental. En su contenido, debe prever las condiciones necesarias para garantizar la dinámica de los sistemas ecológicos, mantener su capacidad de carga y, en general, asegurar la preservación ambiental y el desarrollo sustentable. Esta cláusula constitucional es una norma de aplicación directa. Ante la carencia de norma reglamentaria, el juez deberá aplicar directamente la Constitución, efectuando la labor de integración necesaria. Dicha norma, así como establece para todos los habitantes derechos y deberes en relación al ambiente, y la legitimación correlativa, también impone al Estado -en todos sus niveles y prioritariamente en el orden nacional- el deber de proveer a la finalidad que contempla el artículo 41 de la Constitución Nacional, confiriéndole las correspondientes facultades.

Este despliegue del énfasis preventivo que consagra la Constitución Nacional debe incidir en la interpretación que se haga de las vías de carácter preventivo, perfectamente referibles al daño ambiental, que contempla nuestro derecho positivo.

Dentro de las medidas preventivas del daño ambiental se destaca por su importancia, y por estar receptada en nuestro ordenamiento jurídico: la evaluación de impacto ambiental (EIA),

que se puede definir como: aquel procedimiento obligatorio que permite identificar, predecir, evaluar y mitigar los potenciales impactos que un proyecto de obra o actividad puede causar al ambiente en el corto, mediano y largo plazo; siendo un instrumento que se aplica previamente a la toma de decisión sobre la ejecución de un proyecto.

Se trata de un procedimiento técnico-administrativo con carácter preventivo, previsto en la Ley General del Ambiente, que permite una toma de decisión informada por parte de la autoridad ambiental competente respecto de la viabilidad ambiental de un proyecto y su gestión ambiental. La autoridad se expide a través de una Declaración de Impacto Ambiental (DIA) o Certificado de Aptitud Ambiental (CAA) según la norma particular de cada jurisdicción.

Explica Daniel Alberto Sabsay que la protección jurídica en materia ambiental debe proyectarse hacia el futuro. Se debe tener en cuenta la irreversibilidad, la mayoría de las veces, de las consecuencias dañosas para el ambiente que resultan de las actividades humanas. Toda la atención debe estar puesta precisamente en la prevención de esos efectos no queridos de las acciones que hacen al desarrollo. Es decir que se debe trabajar teniendo siempre presente la variable ambiental. Ello debe partir de una concepción que estimule la idea de desarrollo, de ninguna manera que se contraponga a él, claro que en el marco de un accionar que vincule

permanentemente a las dos nociones; y, por lo tanto, a las consecuencias que de las mismas se derivan.

Como sostiene Gabriela García Minella, para que no sea una fórmula meramente declarativa, la Constitución Nacional se anticipa y constitucionaliza el llamado daño ambiental y la obligación consecuente, estableciendo una nueva categoría de daños que obligan a recomponer lo ocasionado.⁴

El principio de prevención según el art 4. de la ley 25.675 se puede definir como: “Las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir”.

En este sentido resulta esclarecedor lo manifestado por Cafferata al definir al principio precautorio, como el principio básico y esencial del Derecho ambiental. Este mismo al igual que el de prevención, opera sobre las causas y las fuentes de los problemas. Se encarga del riesgo sabido, conocido, real, es decir, interviene sobre el riesgo hipotético, sospechado, el posible. Lo evidente es que haya que adoptar medidas tendientes a evitar o impedir la degradación del medio ambiente.⁵

En relación a la medida judicial que dispone la acción de prevención (llamada “sentencia” en el art. 1713 CCyC), puede consistir en una orden definitiva o provisoria, que imponga obligaciones de dar, hacer o no hacer pero que, ha de ser guiada por dos criterios estrictos: a) la menor restricción posible; y b) el medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención del bien perseguido.

IV.- JURISPRUDENCIA

Puntualmente en el caso de daños al ambiente, ha referenciado la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en una sentencia en la cual se ordenó la recomposición de un río que *la presente causa tendrá por objeto exclusivo la tutela del bien colectivo. En tal sentido, tiene una prioridad absoluta la prevención del daño futuro, ya que- según se alega- en el presente se trata de actos continuados que seguirán produciendo contaminación. En segundo*

⁴ Gabriela García Minella- “Daños por contaminación ambiental urbana e inmisiones materiales- una tensión entre viejas y nuevas realidades que el derecho debe plantear y resolver” Dd t. 176. Pág 920.

⁵ Nestor Cafferata, “Los principios y reglas del derecho ambiental” Ed. PNUMA, pág. 2

lugar, debe perseguirse la recomposición de la polución ambiental ya causada conforme a los mecanismos que la ley prevé, y finalmente, para el supuesto de daños irreversibles, se tratará el resarcimiento”

El fallo “Fernández, Miguel Ángel s/ infracción ley 24.051” resaltó la importancia de estos principios al nombrarlos como constituyentes del armazón estructural de la regulación que informan todo el sistema de derecho ambiental. Así como también, *“la relevancia de los recursos hídricos y los demás recursos naturales que son naturalmente interdependientes y por tal motivo deben ser usados y conservados de manera integrada, estando vinculados con la gestión territorial, la conservación de los suelos y la protección de los ecosistemas naturales”*⁶

En el fallo “Mamani, Agustín Pío y otros c/ Estado Provincial - Dirección Provincial de Políticas Ambientales y Recursos Naturales y la Empresa Cram S.A. s/ recurso” en el cual se estableció: “Las irregularidades del procedimiento de evaluación de impacto ambiental que caracterizaron el pedido de desmonte revisten carácter de suficiente gravedad para justificar la nulidad de las autorizaciones ya que en cuestiones de medio ambiente, cuando se persigue la tutela del bien colectivo, tiene prioridad absoluta la prevención del daño futuro y cobra especial relevancia la realización de un estudio de impacto ambiental previo al inicio de las actividades, que no significa una decisión prohibitiva, sino una instancia de análisis reflexivo, realizado sobre bases científicas y con participación ciudadana”

La Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció que: “La aplicación de este principio implica armonizar la tutela del ambiente y el desarrollo, mediante un juicio de ponderación razonable. Por esta razón, no debe buscarse oposición entre ambos, sino por el contrario, hacerlo más perdurable en el tiempo de manera que puedan disfrutarlo las generaciones futuras”⁷

V.- CONCLUSIONES

No puede dudarse que el concepto de “daño” alude a: *“Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva”*

⁶ CSJN, FERNANDEZ, MIGUEL ÁNGEL S/ INFRACCION LEY 24.051, 2019

⁷ “CSJN SALAS, DINO Y OTROS C/ SALTA, PROVINCIA DE Y ESTADO NACIONALS/ AMPARO” Fallos 332:663, 26/03/2009

El Código Civil y Comercial incorpora de modo expreso la función y acción preventiva frente al daño que se puede ocasionar al medio ambiente, lo cual implicó fortalecer la lógica preventiva que durante mucho tiempo la doctrina y la jurisprudencia fueron construyendo.

Así aparece la necesidad de diferenciar entre los principios de prevención y precaución, los cuales están regulados en nuestro ordenamiento jurídico, principalmente en la Ley General del Ambiente.

Además, se establece el concepto de riesgo previsible que subyace a las acciones de esta naturaleza. A través de la función jurisdiccional el Estado debe dar certeza a los conflictos o situaciones de incertidumbre o inseguridad que se producen en la sociedad y el ambiente, debe buscar prevenir, y si el daño ocurre, debe reparar. Se debe comenzar a dejar de lado el pensamiento clásico de la sentencia de condena resarcitoria que sirve solo para solucionar lo ya dañado, y no para evitar un daño.

De lo reseñado, se puede verificar, que el tiempo que precede fue el de la búsqueda incesante por la reparación de los daños, el tiempo que viene será el de la preocupación porque los daños sean prevenidos y que los jueces asuman- como se vio en los fallos mencionados- un rol social activo y creativo brindando a la comunidad en su conjunto una respuesta eficaz con las herramientas que tiene hoy a su alcance.

Como cierre, sostenemos que el rol de los operadores judiciales es dar una respuesta anticipatoria y rápida a la prevención de la ocurrencia del daño, por intermedio de una jurisdicción activa -conciliadora- garantizando la protección de los derechos fundamentales.

Hidrocarburos y ambiente: Cuestiones en la legislación argentina

Por Abog. Carolina A. Parigiani

Colegio de Abogados de Bahía Blanca

Los hidrocarburos se convierten aún en la fuente principal generadora de energía para satisfacer las necesidades básicas del ser humano. Con el abordaje de la ley 17.319 y su modificatoria, nos remitimos a recordar omisiones legales presentes en el tema, comparándolas entre sí.

Una comparación entre materia ambiental e hidrocarburos, específicamente de la legislación argentina, nos abre debate como en el artículo 41 de nuestra Constitución Nacional (1994), centra la base sobre derechos ambientales adquiridos en nuestro país, siendo a su vez, la ley de hidrocarburos la más antigua en esa materia. Es repudiable, teniendo el artículo 41 como derecho adquirido, haber sido materia de debate de la tercera cumbre internacional, para que en el año 2002 se sancione por primera vez una Ley General de Ambiente

I- Introducción

Virginio Bordenó es conocido como pionero de la historia del automóvil en lo que respecta de los automóviles a vapor de la época (1854). Luego, se empleaban los automóviles a vapor con gasolina, y posteriormente se desarrollaron los automóviles de los motores eléctricos de arranque.

Con el fin de la era de vapor pasando por las distintas épocas, llegamos a nuestros días con el empleo del combustible del petróleo o el gas natural, hidrocarburos no convencionales que fueron objeto de exploración, producción, comercialización y explotación en los distintos yacimientos de nuestro país.

Con el abordaje de la ley 17.319 y su modificatoria, nos remitimos a recordar omisiones legales presentes en el tema, comparándolas entre sí.

II- Hidrocarburos I

Precedentes de las Conferencias Internacionales sobre el Medio Ambiente

El primer precedente que encontramos en nuestro país, es la ley n° 17.319 sobre la materia de Hidrocarburos. Es denominada "Ley de Hidrocarburos", sancionada en el año 1967. Esta norma apuntó, principalmente, a ampliar la participación de capitales extranjeros en el sector energético y estableció que los yacimientos de hidrocarburos líquidos y gaseosos situados en el territorio del país y en su plataforma continental pertenecen al "patrimonio inalienable e imprescriptible del Estado Nacional" (artículo 1 Ley nacional N° 17.319).

Aquí podemos encontrar una primera comparación con la ley general de medio ambiente, que fue sancionada sino hasta el año 2002, luego de la cumbre de Johannesburgo, siendo esta la tercera cumbre internacional sobre el medio ambiente.

Diversas conferencias internacionales fueron desarrollándose a lo largo del tiempo, entre ellas, la primera y fundamental más conocida como Cumbre del Clima o Cumbre de la Tierra, en sus ejes principales podemos mencionar:

En la Declaración de Estocolmo vemos reflejado la contaminación del agua, este reza en su punto 3:

3. El hombre debe hacer constantemente recapitulación de su experiencia y continuar descubriendo, inventando, creando y progresando. Hoy en día, la capacidad del hombre de transformar lo que lo rodea, utilizada con discernimiento, puede llevar a todos los pueblos los beneficios del desarrollo y ofrecerles la oportunidad de ennoblecer su existencia. Aplicado errónea o imprudentemente, el mismo poder puede causar daños incalculables al ser humano y a su medio. A nuestro alrededor vemos multiplicarse las pruebas de daño causado por el hombre en muchas regiones de la tierra: niveles peligrosos de contaminación del agua, el aire, la tierra y los seres vivos, grandes trastornos del equilibrio ecológico de la biosfera; destrucción y agotamiento de recursos insustituibles y graves deficiencias, nocivas para la salud física, mental y social del hombre, en el medio por él creado, especialmente en aquel en que vive y trabaja.

A su vez, cinco principios de los que parece en mi opinión los más importantes, en la Declaración de Principios de dicha cumbre, estos rezan:

1. Principio I. El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar y, tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras. A este respecto, las políticas que promueven o perpetúan el apartheid, la segregación racial, la discriminación, la opresión colonial y otras formas de opresión y de dominación extranjera quedan condenadas y deben eliminarse.

2. Principio 2. Los recursos naturales de la tierra, incluidos el aire, el agua, la tierra, la flora y la fauna y especialmente muestras representativas de los ecosistemas naturales, deben preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras mediante cuidadosa planificación u ordenación, según convenga.

3. Principio 6. Debe ponerse fin a la descarga de sustancias tóxicas o de otras materias y a la liberación de calor, en cantidades o concentraciones tales que el medio no pueda neutralizarlas, para que no se causen daños graves o irreparables a los ecosistemas. Debe apoyarse la justa lucha de los pueblos de todos los países contra la contaminación.

4. Principio 21. De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios del derecho internacional, los estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental y la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional.

5. Principio 25. Los estados se asegurarán de que las organizaciones internacionales realicen una labor coordinada, eficaz y dinámica en la conservación y mejoramiento del medio.

Un segundo precedente, podemos encontrarlo en la Conferencia Internacional de La Cumbre de la Tierra en Río de Janeiro (Brasil), en el cual sus principales ejes fueron:

1. Escrutinio sistemático de patrones de producción — especialmente de la producción de componentes tóxicos como el plomo en la gasolina y los residuos contaminantes.

2. Fuentes alternativas de energía para el uso de combustibles fósiles, vinculados al cambio climático global.

3. Apoyo al transporte público para reducir las emisiones de los vehículos, la congestión en las ciudades y los problemas de salud causado por la polución.

4. La creciente escasez de agua.

En mi opinión, es un tema sumamente relacionado con la escasez del agua, que año a año ha ido incrementándose. Como podemos visualizar, los distintos ejes relacionados y marcados por la cumbre, no por capricho, demuestra el hacer hincapié y la importancia de los

mismos tan íntimamente relacionados con los hidrocarburos.

Sin perder de vista, en su segundo eje sobre la búsqueda de fuentes alternativas de energía para el uso de combustibles fósiles, vinculados al cambio climático global.

Presentamos a continuación la tercera cumbre, realizada en Johansennburgo (África del sur), para esta cumbre los ejes centrales han sido:

1. Acceso al agua y estrés hídrico
2. Energía
3. Producción agrícola
4. Biodiversidad de las especies animales
5. Salud

íntimamente relacionados en el eje 1 y 2 respectivamente y agregamos un tercero cuando en su último punto, también refiere a la salud. Podemos encontrar entonces, la utilización del agua, no sólo para los combustibles, sino también para el consumo humano.

Observamos, con estas tres cumbres sobre la tierra, como estos puntos centrales se repiten, haciendo un hincapié fundamental.

III. Cuestiones en la legislación argentina sobre medio ambiente y leyes de presupuestos mínimos

En Argentina, como mencionamos anteriormente en el resumen, contamos con un artículo esencial de raigambre constitucional, el artículo 41, ubicado en la Primera parte, en su capítulo segundo, con la titulación de “Nuevos derechos y garantías”

También añadimos otro artículo del mismo cuerpo legal, en este caso, el artículo 124 que establece:

“Las provincias podrán crear regiones para el desarrollo económico y social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines y podrán también celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al Gobierno federal o el crédito público de la Nación; con conocimiento del Congreso Nacional. La ciudad de Buenos Aires tendrá el régimen que se establezca a tal efecto. Corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio.”

El segundo párrafo de este artículo es lo que nos interesa en esta materia, ya que las provincias proyectan sus normativas construyendo su institucionalidad en base al sistema constitucional vigente.

Cuando en el marco de la nación crea o regula leyes de presupuestos mínimos como lo indica en el art. 6to de la Ley General de ambiente: “Se entiende por presupuesto mínimo, establecido en el artículo 41 de la Constitución Nacional, a toda norma que concede una tutela ambiental uniforme o común para todo el territorio nacional, y tiene por objeto imponer condiciones necesarias para asegurar la protección ambiental. En su contenido, debe prever las condiciones necesarias para garantizar la dinámica de los sistemas ecológicos, mantener su capacidad de carga y, en general, asegurar la preservación ambiental y el desarrollo sustentable.” Podemos visualizar como se interrelacionan estos artículos entre las distintas leyes y la importancia de estar a la altura como un derecho.

Es repudiable, teniendo el artículo 41 como derecho adquirido, haber sido materia de debate de la tercera cumbre internacional, para que en el año 2002 se sancione por primera vez una Ley General de Ambiente

El Estado Nacional promovió once leyes de presupuestos mínimos, conjunto a dicha Ley

General de Ambiente. Esta ley, se encuentra reglamentada parcialmente, junto con otras cinco leyes, que están o reglamentadas parcialmente o sin reglamentar. Este punto es importante, ya que podemos utilizar, por ejemplo, el régimen de libre acceso a la información pública ambiental, como así también, el régimen de gestión ambiental de las aguas, es decir, presupuestos mínimos que hacen a la exploración, explotación o comercialización de los hidrocarburos no convencionales, para un mejor aprovechamiento del mismo, y a su vez, mejor utilización de los recursos y medio ambiente.

No observamos en este punto, un régimen sobre hidrocarburos no convencionales, como sí lo observamos con el régimen de gestión ambiental de las aguas, por ejemplo.

A continuación, se mencionan las once leyes de presupuestos mínimos, las que están reglamentadas y las que no.

1. General de Ambiente Ley n° 25.675 decreto 2413/2002.
2. Gestión Integral de Residuos Industriales Ley 25.612 – Sin reglamentar.
3. Gestión y eliminación de los PCBs Ley n° 25.670 decreto 253/2007.
4. Régimen de Gestión ambiental de aguas Ley n° 25.688 – Sin reglamentar.
5. Régimen de libre acceso a la información pública ambiental Ley n° 25.831 – Sin reglamentar.
6. Gestión de residuos domiciliarios Ley n° 25.916 – Sin reglamentar.
7. Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos Ley n° 26.331 decreto 91/2009.
8. Presupuestos mínimos de protección ambiental para control de actividades de quema en todo el territorio nacional. Ley n° 26.562 – Sin reglamentar.
9. Preservación de los glaciares y del ambiente periglacial Ley n° 26.639 decreto 207/2011.
10. Ley de presupuestos mínimos en protección ambiental en materia de incendios forestales y rurales Ley n° 26.815 – Sin reglamentar.
11. Gestión de los Envases Vacíos de Fitosanitarios.

IV. Hidrocarburos II: Hidrocarburos No Convencionales

A. ¿Qué son?

Anteriormente hablamos de que los hidrocarburos se convierten aún en la fuente principal generadora de energía para satisfacer las necesidades básicas del ser humano. Así podemos encontrar que una de estas principales fuentes proviene de los combustibles del petróleo. Los hidrocarburos son las sustancias orgánicas cuya molécula está constituida solamente por átomos de hidrógeno y carbono. Los hidrocarburos y sus derivados cubren el dominio total de la química orgánica y son la base de la vida animal y vegetal.

Podemos a su vez, clasificar a los hidrocarburos en convencionales y en no convencionales.

Los que nos referiremos específicamente a los hidrocarburos no convencionales. Estos son: el petróleo y el gas natural. El petróleo es la mayor fuente de energía del mundo. Empleamos el ochenta por ciento del petróleo como combustible para mantener nuestro estilo de vida. Dado que el petróleo libera su energía al quemarse, solo podemos utilizarlo una vez.

Quemamos una pequeña parte para calentar nuestras casas y una gran parte para conseguir vapor de agua para mover turbinas y generar energía eléctrica. Sin embargo, la mayor parte, ya sea en forma de gasolina, gasóleo, fuel o queroseno, se consume en los motores. Cada día hacen falta treinta millones de barriles de petróleo para que funcionen todos nuestros coches, camiones, trenes, barcos y aviones.

IV. B. Tratamiento de la ley de Hidrocarburos, su modificatoria y decretos. Análisis y Comparación.

Ley Nacional de Hidrocarburos 17.319 y su modificatoria ley n° 27.007

Nos encontramos con una estructura de once títulos, y seis secciones. Entre ellas:

Título I: Disposiciones generales

Título II: Derechos y Obligaciones principales

Sección 1era: Reconocimiento Superficial

Sección 2da: Permisos de Explotación

Sección 3era: Concesiones de explotación

Sección 4ta: Concesiones de Transporte

Sección 5ta: Adjudicaciones

Sección 6ta: Tributos

Título III: Otros derechos y obligaciones

Título IV: Cesiones

Título V: Inspección y Fiscalización

Título VI: Nulidad, Caducidad, y Extinción de permisos y concesiones

Título VII: Sanciones y Recursos

Título VIII: Empresas Estatales

Título IX: Autoridad de Aplicación

Título X: Normas Complementarias

Título XI: Normas Transitorias

La ley 27.007 contiene la siguiente estructura:

Título I: Modificaciones a la Ley 17.319

Título II: Régimen de Promoción de Inversión para la Explotación de Hidrocarburos

Título III: Disposiciones transitorias y complementarias.

Decretos ley reglamentarios sobre Régimen de Inversión /2022

Realizando un análisis entre ambas leyes, me encuentro con una estructura en que la ley modificatoria comienza desarrollándose a partir del artículo 23 de la Ley de Hidrocarburos.

La Ley de Hidrocarburos tiene algunas omisiones en cuanto a vocablos e interpretación. Yo creo que la Ley modificatoria debió haber sido desarrollada con anterioridad al artículo 23 de la Ley 17.319.

Comenzando por el artículo 1ero de la Ley 17.319, cuando habla sobre territorialidad, no hace foco sobre definición de hidrocarburos convencionales o no convencionales, o Petróleo crudo o líquido. Simplemente comienza enfocándose en la territorialidad. Tampoco hace definición alguna sobre exploración, exportación, comercialización o transporte, lo da por entendido.

Luego cuando vamos al artículo 10 del mismo cuerpo legal, nos habla de una distinción de dos zonas catalogadas como "Probadas" y "Posibles", esto es importante, ya que la única definición que brinda es sobre zonas "Probadas", además, que en el artículo 24 establece que "se podrán otorgar permisos de explotación solamente en zonas posibles". Es decir, no se establece la interpretación ni definición sobre las zonas "posibles", tampoco es nombrado este punto en la modificatoria, ya que sigue al artículo 25 del mismo cuerpo legal.

La relación con la Ley de Presupuestos Mínimos Ley 25.831

Otro punto a re ver dentro de esta ley, es el artículo 15 de la 17.319, en su párrafo 3ero cuando establece que: “No obstante, durante los (2) años siguientes no deberá divulgarlos, salvo que medie autorización expresa del interesado en tal sentido, o adjudicación de permisos o concesiones en la zona establecida”.

En este punto, podemos ver y agregar haciendo referencia a la Ley Nacional de Presupuestos Mínimos de Información Pública Ambiental n° 25.831, en su artículo 3ero: “Para acceder a la información ambiental no será necesario acreditar razones ni interés determinado. Se deberá presentar formal solicitud ante quien corresponda, debiendo constar en la misma la información requerida y la identificación del o los solicitantes residentes en el país, salvo acuerdos con países u organismos internacionales sobre la base de la reciprocidad.”

Hablamos de qué en este caso, el plazo de los 2 años siguientes a la divulgación, no corresponde con las leyes vigentes, debido a que podemos apelar a dicho presupuesto mínimo, ley 25.831.

Artículos de la Ley 27.007, modificatoria.

Para no nombrar todos los artículos de esta ley, voy a seleccionar los que creo convenientes mencionar, entorno a vigencia de plazos, montos, y demás cuestiones relevantes que a nuestro criterio y coincidente con esta modificatoria son correctos, además de lo mencionado anteriormente ha mostrado ser parte de distintas modificatorias a lo que es el tratamiento particular de la ley de hidrocarburos ley 17.319, en que de manera particular nos detendremos a analizar.

Ley 27.007 – Análisis y Comparación

Esta Ley establece desde su Artículo 1, en cuánto a los plazos de permiso de exploración se modifica el plazo básico y se detalla los distintos objetivos. Lo que no sucedía con la Ley de Hidrocarburos en su artículo 23.

EL artículo 5 modifica el artículo 27 agregando a su vez, un 27bis y un 27 ter. Es la primera vez que se comienza a dar definiciones en cuanto a las diversas clasificaciones de Hidrocarburos, por eso mismo en este artículo se define la “Explotación No Convencional de Hidrocarburos”. Cuestión no emitida en la Ley de Hidrocarburos, sino que estaba establecida como generalidad en la sección 3era en las Concesiones de explotación.

Una novedad y tratamiento con el artículo 7, modificando el artículo 29 de la ley de hidrocarburos, es que incorpora un 4to párrafo sobre las Concesiones de Explotación No Convencionales de Hidrocarburos.

El artículo 8vo, elimina del artículo 34 su segundo párrafo, donde establecía que “Ninguna persona física o jurídica podrá ser simultáneamente titular de más de cinco (5) concesiones de explotación, ya se directa o indirectamente y cualquiera sea su origen.”

Este artículo es interesante, ya que eliminando el segundo párrafo deja a la libertad de ser titular de más de una concesión de explotación.

El artículo 9no ordena los criterios de vigencia de las concesiones de explotación respecto del artículo 35 de la ley 17.319, donde esta tenía un sentido más generalizado. Este artículo, establece las categorías de Concesión de explotación convencional de hidrocarburos, concesión de explotación no convencional de hidrocarburos y la concesión de explotación con la plataforma continental. Se modifica el plazo notablemente.

El artículo 10 que modifica el artículo 41, habla de que “serán otorgados y prorrogadas por plazos equivalentes a aquellos otorgados para las concesiones de explotación vinculados a las concesiones de transporte”, y no de una cantidad específica como lo hacia el artículo 41.

El artículo 11, que modifica el art. 45 en cuanto a las adjudicaciones, un cambio radical,

en cuanto uno habla de concursos, y el otro de licitaciones.

El artículo 14 en cuanto a títulos de exploración, modifica los montos del artículo 57, y a su vez establece el pago en cuanto a títulos de explotación modificando el artículo 58 de la ley de hidrocarburos.

El artículo 17 incorpora modificando el artículo 61 de la ley 17.319 que “Cuando la Autoridad de Aplicación considere que el precio de venta informado por el permisionario y/o concesionario no refleja el precio real de mercado, deberá formular las objeciones que considere pertinente.

El artículo 18 es una novedad, en cuanto incorpora el artículo 91 bis a la Ley 17.319 donde a nuestro criterio podemos establecerlo como una especie de seguridad jurídica. Sobre todo, cuando habla que no se establecerá en el futuro nuevas áreas reservadas a favor de entidades o empresas públicas o con participación estatal.

Conjunto al título II de la Ley 27.007, se sanciona el decreto de necesidad y urgencia, número 277/2022 en el que establece la creación de tres regímenes a detallar:

- 1) Régimen de acceso a divisas para la producción incremental de petróleo (RADIPP)
- 2) Régimen de acceso a divisas para la producción incremental de gas natural (RADPIGN)
- 3) Régimen de promoción del empleo, del trabajo y del desarrollo de proveedores regionales y nacionales de la industria hidrocarburífera.

Cuando lo invisible se hace visible

“La salud mental debería ser un Derecho, no un privilegio”.-

Abog. Matías L. Pérez⁸
Colegio de Abogados de la Plata.-

I. Introducción.-

El 10 de octubre se celebra el Día Mundial de la Salud mental⁹, con el fin de crear conciencia sobre los problemas de salud mental en todo el mundo y potenciar esfuerzos en apoyo de la salud mental.

Es así que, en Argentina desde el año 2010 se encuentra vigente la ley 26.657¹⁰, que procura garantizar a toda la población el acceso a una atención integral, humanitaria y de calidad en tema de salud mental. Sin embargo, a 12 años de su sanción, todavía existen diferentes barreras que impiden avanzar en su plena implementación y lograr que el derecho a la salud mental sea una realidad para todas las personas.

Dentro de este orden de ideas, podemos determinar que en los últimos años se ha puesto en discusión dicha normativa. A partir de que se han suscitado distintos acontecimientos que han tenido gran repercusión en el ámbito social. Algunos de esos hechos tuvieron más visibilidad que otros, porque tuvieron mayor exposición, por ejemplo, en los medios de comunicación. Asimismo, se han gestado situaciones por parte de personas que, a su vez, se caracterizan por cargar en sus hombros el mote de sujetos invisibles¹¹. Ya sea porque estamos ante un sujeto que se encuentra en un estado de vulnerabilidad¹² absoluta o la persona no se

⁸ Abogado (2019).

⁹ La salud mental es un estado de bienestar mental que permite a las personas hacer frente a los momentos de estrés de la vida, desarrollar todas sus habilidades, poder aprender y trabajar adecuadamente y contribuir a la mejora de su comunidad. Es parte fundamental de la salud y el bienestar que sustenta nuestras capacidades individuales y colectivas para tomar decisiones, establecer relaciones y dar forma al mundo en el que vivimos. La salud mental es, además, un derecho humano fundamental

¹⁰ La Ley Nacional de Salud Mental N°26.657 (con Decreto Reglamentario N° 603/2013), se considera fundamental difundir y dar a conocer los contenidos de esta ley así como la perspectiva de derechos humanos que incorpora, puesto que implica un cambio de paradigma fundamental, tanto para las políticas públicas como para las prácticas sanitarias. Es una ley con perspectiva de derechos humanos porque incorpora instrumentos internacionales en la materia y principios de derechos humanos en general y, se presenta como una innovadora legislación en materia de política en salud mental, pionera en la región y ejemplo de iniciativas legislativas en otros países.

¹¹ Las grandes masas de excluidos quedaron confinados en las instituciones de asilo, en las cuales fue central el protagonismo del médico humanista y revolucionario Philippe Pinel, nombrado médico del Hospital de Bicêtre. Mediante su intervención, distingue y categoriza la gran masa de internados, diferenciando aquellos conocidos como los locos o alienados de los demás. Los locos pasan a ser objeto de tratamiento de la medicina, es decir enfermos, para quienes propone un tratamiento médico pero enmarcado en la custodia que garantiza el asilo. A partir de este momento se asigna a la medicina el problema de la locura dando lugar al nacimiento de la psiquiatría como disciplina y especialidad médica.-

¹² La expresión “grupos en situación de vulnerabilidad” se utiliza para designar a aquellos grupos de personas o sectores de la población que, por razones inherentes a su identidad o condición y por acción u omisión de

sitúa en su contexto social, familiar y en consecuencia no logra concebir un acompañamiento netamente integral cuyo fin sea la readecuación al ámbito social.

II. La sociedad se pregunta.-

En función de lo planteado, tanto los ciudadanos, los familiares, los medios de comunicación y la sociedad en general han debatido sobre la normativa a aplicar. Y por tal motivo, se han puesto de manifiesto distintos interrogantes, por ejemplo ¿La ley de salud mental impide la internación involuntaria de pacientes con algún trastorno psiquiátrico o problema de adicción? ¿Qué hacer con una persona que esta padeciendo algún trastorno psiquiátrico o adicción? ¿Qué tipo de abordaje se expide ante una persona que este transitando problemas de consumo de sustancias? ¿Cuál es el abordaje operativo que tienen que llevar adelante, no solo los familiares, sino también los profesionales de la salud y los operadores de la justicia?

Por tal motivo, y a partir de los distintos hechos que se fueron enmarcando podemos observar que las políticas que lleva adelante la ley de salud mental han sido subestimadas, no solo por los ciudadanos, sino también por el Estado en general. Evidentemente, nos seguimos encontrando con la persistencia de barreras que impiden su plena implementación. Por consiguiente, dificultan que el derecho a la salud mental sea una realidad.

III. Avances y contradicciones de su integración a la salud comunitaria.-

Es necesario recordar que antes de la sanción de la presente ley, nos encontrábamos ante un modelo basado en la tutela y protección de los usuarios y además donde persistía la sustitución en la toma de sus decisiones¹³. Es decir, las personas usuarias de servicios de salud mental han sido históricamente invisibilizadas y marginadas del ejercicio de sus derechos¹⁴.

Es así que, la presente normativa marcó un hito fundamental en el tránsito de aquel paradigma¹⁵ marcado precedentemente, para reconocer el derecho de todas las personas a acceder a la atención integral en salud mental de acuerdo a sus necesidades, en un marco de igualdad y no discriminación. En otras palabras, el sistema de atención que procura la ley vigente es derogar ese modelo manicomial para pasar a uno de atención comunitaria.

los organismos del Estado, se ven privados del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales y de la atención y satisfacción de sus necesidades específicas.-

¹³ La atención de las problemáticas de “salud mental” se desarrolló, históricamente, con cierto aislamiento de la salud en general y especialmente de las prácticas comunitarias. Esto es porque el estigma social de la “locura”, el temor y la discriminación que producía, llevaron a la construcción de un tipo de institución, la asilar-manicomial, en las que las personas eran recluidas por larguísimos períodos y a veces de por vida, bajo el supuesto de que se les brindaba tratamiento médico.

¹⁴ Ahora el encierro de una persona, que era el paradigma anterior, que conlleva, entre una de las tantas consecuencias, a romper vínculos sociales. Por lo tanto, de ninguna manera conduce a que elevemos nuestros niveles de salud mental. Es decir, la persona se puede beneficiar con una internación durante su estado de crisis, situación aguda. Ahora el tener a una persona encerrada indefinidamente no es algo que le pueda ayudar a su salud

¹⁵ Este cambio de paradigma, de objeto de tutela a sujeto de derecho, es acorde con la ampliación de derechos civiles correspondiente a los grupos sociales, entre los que podemos mencionar a niños, niñas y adolescentes, mujeres, persona que integran colectivo por la diversidad sexual, migrantes, adultos mayores, entre otros.

La norma estipuló que para el año 2020 no debían quedar “manicomios” con el viejo modelo de encierro. No obligaba a cerrarlos, sino a readecuarse. Que las internaciones fuesen breves, y complementadas con dispositivos comunitarios y lazos sociales, laborales y culturales que evitaran dejar al paciente aislado en el neuropsiquiátrico. Eso también está lejos de cumplirse. El Primer Censo Nacional de Personas Internadas por Motivos de Salud Mental de 2019 (casi diez años después de la ley) registró 12.035 personas internadas por Salud Mental.

(Recuperado: <https://bancos.salud.gob.ar/sites/default/files/2020-01/primer-censo-nacional-personas-internadas-por-motivos-de-salud-mental-2019.pdf>).

Sin embargo, a la fecha siguen persistiendo ciertas barreras que impiden una clara implementación de lo que es el fin del espíritu de la ley. Es así que, la mayor carga de atención sigue volcándose en los hospitales psiquiátricos.

Muchos hospitales y centro de salud que se encuentran en el interior de la Provincia de Buenos Aires rechazan la atención de salud mental, por tal motivo, los usuario/as no logran obtener la consulta y muchas veces son derivados a otros dispositivos donde el personal a cargo del mismo, no cuenta con las herramientas suficientes para poder brindar el abordaje necesario y correspondiente ante tal situación.

Asimismo, la ley incluye a las adicciones¹⁶ como parte de las políticas de salud mental, por lo que las personas que transitan situaciones de consumos problemáticos tienen todos los derechos que enumera la ley. Este punto tampoco se cumple. De acuerdo a la norma, no puede rechazarse el tratamiento por salud mental en ningún hospital general. Siguen existiendo frases como “aquí no se internan personas con problemas de salud mental” o “no atendemos personas con adicciones”.

En relación a la problemática expuesta, la ley lo que plantea es la construcción colectiva de un modelo comunitario integral interdisciplinario, que haya más atención en los centro de salud, que haya más atención de salud mental en los hospitales generales y que los hospitales psiquiátricos que son lugares de vulneración de derechos cierren y se transformen en Dispositivos comunitarios. Esto es lo que plantea la ley. Por lo tanto, el problema que estamos transitando no es la ley, sino su no aplicación.

IV. Reflexiones finales.-

Por lo tanto, toda reflexión se inscribe en que es un tema que hay que hablar, debatir. La salud mental no es un privilegio, es un derecho. No hay salud sin salud mental. Los trastornos mentales afectan a personas de todas las edades, género, niveles socioeconómicos y lugares del planeta. Las estadísticas los datos ponen en evidencia que hay que poner de manifiesto este tema. Por lo tanto, debe analizarse a partir de un abordaje integral, es decir, por medio de acciones y estrategias basadas en el principio de co-responsabilidad sostenido desde un paradigma de promoción y prevención integral¹⁷. Esto es, el Estado en todos sus niveles y sectores, las familias, las organizaciones de la sociedad civil y sociedad en general somos responsables de garantizar este derecho tanpreciado como es la salud mental.-

¹⁶ Art. 4° - “Las adicciones deben ser abordadas como parte integrante de las políticas de salud mental. Las personas con uso problemático de drogas, legales e ilegales, tienen todos los derechos y garantías que se establecen en la presente ley en su relación con los servicios de salud”.

¹⁷ Las intervenciones de promoción y prevención se centran en identificar los determinantes individuales, sociales y estructurales de la salud mental, para luego intervenir a fin de reducir los riesgos, aumentar la resiliencia y crear entornos favorables para la salud mental. Pueden ir dirigidas a individuos, grupos específicos o poblaciones enteras.

Por ello, lo que propongo:

a) Es que se sigan implementando políticas públicas respecto a fortalecer los dispositivos de atención primaria.-

b) Que se establezcan políticas preventivas y de concientización. En procura de un alcance en el ámbito educativo, es decir que se establezcan charlas, capacitaciones en el nivel secundario y universitario.

c) Que a partir de mirada comunitaria. y dado el enorme déficit de atención de diversas afecciones de salud mental, como la depresión y la ansiedad, el Estado daba encontrar formas innovadoras de diversificar y ampliar la atención para estas afecciones, por ejemplo mediante servicios de asesoramiento psicológico¹⁸, que los mismos puedan encontrarse en los distintos órganos que integran y son parte del Estado.-

V. Bibliografía.-

- Arriagada, M. (2013) "La Ley Nacional de Salud Mental. Su impacto en la resignificación del concepto de Salud Mental". En *"Discapacidad Psicosocial, Salud Mental y No Discriminación. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Ley Nacional de Salud Mental como herramientas para la igualdad. Algunos avances del Estado Argentino"*. Discapacidad, Justicia y Estado. Discriminación, estereotipos y toma de conciencia Nº2. ADAJUS. Ed. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación

- SEDRONAR (2015) Tramando Redes de prevención. La prevención de consumos problemáticos desde la escuela primaria. Libro para docentes. (Páginas 77 a 91).

- Stolkner, A. Interdisciplina y Salud Mental. En IX Jornadas Nacionales de Salud Mental, I Jornadas Provinciales de Psicología. Salud Mental y Mundialización: Estrategias Posibles en la Argentina de hoy. 7 y 8 de Octubre 2005, Posadas, Misiones, Argentina

- Fuentes normativas:

- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

- Ley 26.657 Derecho a la Protección de la Salud Mental

- Decreto nº 603/2013. Reglamentación de la Ley nº 26.657

- Link de organismo.-

Dirección Nacional de Salud Mental y Adicciones <http://www.msal.gov.ar/saludmental/>

¹⁸ Consiste en la orientación profesional para ayudar a una persona, una familia o un grupo de personas a reconocer y enfrentar cuestiones que interfieren en su bienestar mental. El objetivo principal de este servicio es el bienestar emocional, personal y social del usuario, para mejorar su calidad de vida y su inclusión social, a través de la evaluación, orientación y en su caso, intervención o derivación.

El derrotero de las Acciones de Clase

Por Abog Blas Ignacio Vidal
Colegio de Abogados de San Isidro

ABSTRACT

El presente trabajo abordará la necesidad del reconocimiento de las acciones de clase. Analizando para ello la regulación actual, su evolución y el resultado controversial de la jurisprudencia del Alto Tribunal.

DEFINAMOS ACCIONES DE CLASE Y EL DERECHO COLECTIVO

Las acciones de clase, son procesos colectivos que exceden los parámetros de un litisconsorcio activo necesario. Es decir, se produce el fenómeno jurídico cuando un hecho dañoso –común a todos los damnificados- genera distintos tipos de perjuicios (o iguales también) a un determinado grupo de personas –clase-, y estas personas pueden decidir si formar parte de un único proceso o intervenir de forma particular en la defensa de sus derechos.

La finalidad de las acciones de clase es obtener una mayor protección del derecho, pues al unificar todos los procedimientos en uno, basta con acreditar el hecho dañoso para generar responsabilidad en toda la clase, naturalmente luego de acreditar que determinada persona forma parte de la misma.

El derecho colectivo como género y las acciones de clase como especie son hoy receptadas en nuestro ordenamiento de forma muy distinta. El sistema judicial argentino, reconoce dos tipos de acciones relativas al derecho colectivo. La primera de ellas denominada acciones colectivas y la segunda será la que responda al interés individual homogéneo (conceptualización más afín a las acciones de clase).

Según nuestro ordenamiento las acciones colectivas son aquellas que tienen viabilidad al momento de proteger únicamente derechos colectivos. Un ejemplo claro de ello es el medio ambiente. Se trata entonces de acciones que lo único que pueden proteger y defender son daños producidos a un derecho que es de todos, del cual no tenemos un interés particular (o individual) sino que tenemos una legitimidad genérica a que por ejemplo nuestros recursos naturales no se vean contaminados. El fallo “Mendoza”¹⁹ de la Corte Suprema de Justicia de la Nación establece distintivamente los parámetros a considerar; por un lado separa los daños producidos a los derechos colectivos y por otro lado los sufridos a los derechos individuales (es decir los daños patrimoniales).

En este punto la CSJN entiende que la acción colectiva prosperará únicamente en la protección de los derechos colectivos. Es decir que la mentada sentencia en su caso obtendría la reparación del derecho ambiental ocurrido y toda vez que es un derecho “de todos” no genera objeción alguna el hecho de que una o más personas accedan al mismo procedimiento. Pero cuando refiere a los daños particulares de cada persona que pudo haber sufrido entiende que los intereses particulares deberán ser reclamados de forma individual para cada interesado que deberá acreditar la medida de su daño para obtener la medida de su reparación.

¹⁹ Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Rio Matanza-Riachuelo) 08/07/2008 – Corte Suprema de Justicia de la Nación

El Alto Tribunal en el Fallo “Halabi”²⁰ entiende que solo cederá el precepto antes señalado cuando se trate de un interés individual homogénea, que se diferenciará únicamente de lo que es una acción de clase en función de que exista o no escasa trascendencia económica. Es decir, si el hecho de no poder reclamar de forma agrupada (como parte de una clase) restringe la operatividad del derecho puesto que la trascendencia económica del derecho es tan ínfima que no justifica el accionar y ello traería aparejada denegación de justicia, entonces allí corresponde aceptar la acción de clase.

CONSECUENCIAS

La circunstancia descripta trae consigo varios inconvenientes. Esto genera una excesiva onerosidad a la hora de litigar. No resulta posible incluir varios reclamos en uno, ni la posibilidad de tener una única sentencia y acortar los plazos a los efectos de obtener una sentencia que retribuya el daño causado. En la actualidad la cantidad de procesos que de una forma u otra podrían calificar como de una clase son cada vez mayores. Desde los procedimientos de reajustes previsionales, personal militar, entre otros ya contemplamos que hay un universo de expectativas frente al efectivo reconocimiento de las acciones de clase.

Ahora bien, dentro de nuestra jurisprudencia encontramos un antecedente que parece contrariar todo lo expuesto y este es “Asociación Benghalensis”²¹ que de alguna forma entiende que cuando se trata del derecho a la salud (como es el caso de la negativa de otorgar medicamentos para el HIV) aun cuando se trata de una acción individual se obtuvo una sentencia de alcance general para toda la clase. Este precedente no sigue los parámetros que han regido para todos los otros supuestos, sino que únicamente realizó aquella determinación a los fines de poder garantizar aquel derecho. La conformación pretoriana de la doctrina de las acciones colectivas no se ha visto modificada, sino que ha tenido un precedente aislado disímil del resto.

Encontramos entonces de vital importancia el reconocimiento de las acciones de clase en nuestro ordenamiento para poder garantizar el efectivo acceso a los derechos de una forma, rápida y menos onerosa. Ello también en salvaguarda de la seguridad jurídica.

PROPUESTA

Por todo lo expuesto se sostiene que:

Las acciones de clase deben ser reconocidas en nuestro ordenamiento como tales y no simplemente en supuestos excepcionales.

²⁰ "Halabi, Ernesto c/ PEN ley 25.873 y decreto 1563/04 s/ amparo" 24/03/2009 – Corte Suprema de Justicia de la Nación

²¹ **Asociación Benghalensis y otros c/ Estado Nacional 01/06/2000 – Corte Suprema de Justicia de la Nación**

Los requisitos de admisibilidad de las peticiones ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Sebastián Fernando Vignoles

Colegio de Abogados de San Nicolas

Palabras clave: Derechos Humanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Requisitos de Admisibilidad.

Sumario: 1. Introducción; 2. Los requisitos de forma; 3. El plazo de presentación; 4. La no duplicidad de procedimientos internacionales; 5. El previo agotamiento de los recursos internos; 6. Las excepciones previstas en el artículo 46.2 de la Convención; 7. Reflexiones finales; 8. Bibliografía.

1. Introducción.

Junto con la presentación de una petición o comunicación ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Comisión Interamericana, Comisión o CIDH), deben cumplirse ciertos requisitos o condiciones de admisibilidad que se encuentran establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, Convención Americana, Convención o CADH), para que las denuncias puedan ser examinadas.

La Comisión al recibirlas, luego de determinar su competencia para entender en ese caso, debe verificar si la presentación reúne los requisitos que requiere la Convención y el Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Reglamento). Éstos se encuentran estipulados en los artículos 46 y 47 de la CADH, aunque de una manera un tanto oscura, ya que mientras el primero de ellos enuncia los requisitos indispensables para que una petición o comunicación sea admitida, el otro indica las circunstancias en que una denuncia será declarada inadmisibile.

No obstante, la admisibilidad e inadmisibilidad de una petición individual no son distintas etapas del procedimiento, ya que corresponden a un binomio único y derivan de constatar si la presentación reúne o no los requisitos y condiciones indispensables para seguir el curso del trámite ante la Comisión Interamericana. Por ello suele decirse que la fase de admisibilidad resulta la primera barrera que se debe sortear antes de entrar detenidamente en las cuestiones de fondo, relacionadas fundamentalmente con los hechos y la prueba.

Siguiendo a la doctrina, puede afirmarse que el artículo 46 de la Convención Americana menciona los requisitos formales de admisibilidad, mientras que el artículo 47 señala las condiciones sustantivas de admisibilidad de las peticiones, con excepción de la letra a) del último, que ataca la ausencia de alguno de los requisitos de su artículo precedente, y por ende también debe incluirse dentro de los requisitos puramente formales de admisibilidad.

Haciendo esta distinción previa, aclaramos que el presente trabajo tiene por finalidad el estudio y análisis de los requisitos de admisibilidad previstos en el artículo 46 de la CADH y regulados en el capítulo II -artículo 26 y siguientes- del Reglamento. Veremos en consecuencia los requisitos formales que deben tener las peticiones ante la CIDH, el plazo de presentación, la ausencia de otro procedimiento de arreglo internacional, el previo agotamiento de los recursos internos y las excepciones previstas en el apartado 2 del mismo artículo convencional.

2. Los requisitos de forma.

Dado que no presenta mayores dificultades tanto respecto de su contenido como en su alcance, comenzamos por estos requisitos, que se encuentran estipulados en el artículo 46.1 letra d) de la Convención. Allí se establece que para que una petición o comunicación sea admitida por la Comisión requerirá que “contenga el nombre, la nacionalidad, la profesión, el domicilio y la firma de la persona o personas o del representante legal de la entidad que somete la petición” .

Si bien no lo establece expresamente, la presentación debe hacerse por escrito. Esto se induce implícitamente del requisito que exige que la misma esté firmada. Excepcionalmente la CIDH ha recibido denuncias orales en el curso de sus investigaciones in loco , además de haber dado trámite a peticiones formuladas por vía telefónica , teniendo en cuenta la gravedad de las mismas y suficientes garantías en torno a la veracidad o seriedad tanto de la denuncia como del que la presenta.

La petición debe contener, además, una relación de los hechos que se denuncian, señalando en caso de ser posible el nombre de la víctima y de cualquier autoridad que se encuentre en conocimiento de la violación, y los datos que identifiquen al peticionario. Cabe agregar que la Comisión ha elaborado un formulario modelo, con indicaciones de gran utilidad práctica, para ayudar o guiar a los peticionarios para la presentación de las denuncias. No se requiere para el trámite contar con patrocinio letrado obligatorio, sin perjuicio que se pueda designar a uno para que represente o asista al denunciante.

3. El plazo de presentación.

Conforme lo estipula la Convención Americana en el artículo 46.1 letra b), y el Reglamento en el artículo 32.1, para que una petición o comunicación sea admitida se requerirá que sea presentada dentro del plazo de seis meses, contados a partir de la fecha en que la persona presuntamente lesionada en sus derechos haya sido notificada de la decisión definitiva que agote los recursos internos, dentro del ordenamiento jurídico local del Estado.

Claramente, se trata de un requisito que está íntimamente asociado con el agotamiento de los recursos internos. Incluso la violación de los derechos amparados por la Convención Americana se considera configurada en el momento en que se dicte la decisión definitiva de acuerdo al derecho nacional, y no en la fecha que sucedieron los hechos que la originaron. Por ende, el día a partir del cual empieza el término de seis meses se establece, en principio, en función del agotamiento de los recursos internos. Aunque determinar en cada caso cual ha sido la decisión definitiva no es tarea sencilla.

No obstante, evidentemente ambas excepciones son excluyentes, razón por la cual si un Estado alega la inadmisibilidad de la petición porque ésta habría sido presentada fuera del plazo de seis meses, no podría oponer la excepción de falta de agotamiento de los recursos internos. Y por el contrario, si ante una denuncia el Estado manifiesta que quedan recursos pendientes, posteriormente no puede alegar la inadmisibilidad por haber sido presentada fuera del lapso estipulado , dado que no resulta aplicable esta exigencia temporal en los casos que, de conformidad con la Convención, no haya obligación de agotar los recursos internos.

Pero el hecho de no estar obligado a agotarlos aparentemente, no exime al peticionario del deber de presentar la denuncia ante la Comisión dentro de un plazo razonable. De esta manera, el artículo 32.2 del Reglamento prescribe que “[e]n los casos en los cuales resulten aplicables las excepciones al requisito del previo agotamiento de los recursos internos, la petición deberá presentarse dentro de un plazo razonable, a criterio de la Comisión” . Luego agrega, “[a] tal efecto, la Comisión considerará la fecha en que haya ocurrido la presunta violación de los derechos y las circunstancias de cada caso”.

Una cuestión controversial resulta la naturaleza jurídica de esta institución, en relación a si se trata de un plazo de caducidad o de prescripción. La diferencia se evidenciaría, por un lado, en que mientras ésta debería ser alegada expresamente por el Estado para hacerla valer, aquella tendría que ser constatada de oficio por la Comisión, debiendo declarar la inadmisibilidad de toda petición que se presente fuera de ese término. Por el otro, mientras los actos realizados luego de la prescripción pueden ser convalidados, no se puede convalidar una reclamación ejercida después de caducado el lapso para ejercerla.

Si bien el texto convencional parecería inducir que estamos frente a un plazo de caducidad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte Interamericana o Corte) se pronunció contrariamente sobre este tema en el caso *Neira Alegría y otros vs Perú*. El Estado planteó la excepción preliminar por haber transcurrido más de seis meses desde la notificación de la sentencia definitiva, pero previamente había sostenido ante la CIDH que no se habían agotado los recursos internos. Por ello, la Corte indicó que conforme la práctica internacional “cuando una parte en un litigio ha adoptado una actitud determinada que redunde en beneficio propio o en deterioro de la contraria, no puede luego, en virtud del principio del estoppel, asumir otra conducta que sea contradictoria con la primera”.

4. La no duplicidad de procedimientos internacionales.

La Convención Americana reza en su artículo 46.1 letra c), que para la declaración de admisibilidad la Comisión tendrá en cuenta que “la materia de la petición o comunicación no esté pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional”. Este requisito encuentra su sentido en la vasta cantidad de instancias internacionales -universales y regionales- que coexisten en la actualidad, con competencia para recibir peticiones individuales que contengan denuncias por violaciones a los derechos humanos.

De esta manera se intenta por un lado evitar decisiones contradictorias entre diferentes organismos internacionales que pudieran llegar a entender en un mismo caso, pero también el propósito de esta disposición es, esencialmente, la economía procesal que intenta evitar la duplicidad de procedimientos. Si bien la coordinación de esfuerzos para investigar, jugar y sancionar graves violaciones a los derechos fundamentales sería lo más deseable, cuando el caso ya ha sido sometido a otra instancia internacional, la Comisión Interamericana debe desestimar la nueva presentación que le interpongan.

Pero el solo hecho de haber sido interpuesta previamente la petición ante otra instancia internacional no se transforma en un obstáculo insalvable para que pueda ser examinada por la Comisión. El Reglamento prevé que ésta no se inhibirá de considerar las mencionadas peticiones cuando “el procedimiento seguido ante el otro organismo se limite a un examen general sobre derechos humanos en el Estado en cuestión y no haya decisión sobre los hechos específicos que son objeto de la petición ante la Comisión o no conduzca a su arreglo efectivo”.

Asimismo, en el inciso b) del Reglamento, establece que tampoco se inhibirá en los casos que “el peticionario ante la Comisión sea la víctima de la presunta violación o su familiar y el peticionario ante el otro organismo sea una tercera persona o una entidad no gubernamental, sin mandato de los primeros”. Tampoco podría declararse inadmisibile una petición presentada en favor de un grupo de personas, porque una de las víctimas haya recurrido previamente ante una instancia de arreglo internacional, cuando la decisión sobre la denuncia pueda alcanzar solo al peticionario y no al resto.

Resulta complejo, no obstante, hacer un relevamiento completo para evitar la duplicidad de procedimiento con los estándares antes aludidos, ya que no se cuenta con un mecanismo adecuado que le permita a la Comisión estar anoticiada de la existencia de una petición, sobre la misma materia, que se encuentre en trámite ante otra instancia internacional. A decir verdad,

la principal vía a través de la cual la CIDH se puede enterar oportunamente de esta circunstancia, es por medio de la información suministrada por el Estado denunciado.

5. El previo agotamiento de los recursos internos .

Conforme lo estipula la Convención Americana, para que una petición o comunicación sea admitida por la Comisión Interamericana se requerirá que se hayan interpuesto y agotado los recursos de la jurisdicción interna, conforme a los principios de Derecho Internacional generalmente reconocidos. El fundamento de esta institución, al igual que en el Derecho Internacional clásico, es que no se sometan a fueros internacionales denuncias que podrían ser satisfechas en la jurisdicción interna del Estado.

Una cuestión central es determinar si el agotamiento de los recursos internos es un requisito o condición de admisibilidad de la petición individual, que debe acreditarse para que la misma sea declarada admisible, o por el contrario, constituye un derecho del Estado denunciado, que para hacerlo valer debe invocarlo en forma explícita. La letra misma de la Convención nos conduce, en principio, a considerar que estamos frente a una condición objetiva de admisibilidad de la petición o comunicación, y por ello exigible al peticionante independientemente de la actitud que tome el Estado denunciado.

Pero la Corte Interamericana resolvió que “según los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos y la práctica internacional, la regla que exige el previo agotamiento de los recursos internos está concebida en interés del Estado, pues busca dispensarlo de responder ante un órgano internacional por actos que se le imputen, antes de haber tenido ocasión de remediarlos con sus propios medios. Se le ha considerado así como un medio de defensa y como tal, renunciable, aún de modo tácito. Dicha renuncia, una vez producida, es irrevocable” .

Según de la Corte, “el agotamiento de los recursos internos no debe entenderse como la necesidad de efectuar, mecánicamente, trámites formales, sino que debe analizarse en cada caso la posibilidad razonable de obtener el remedio”. Este requisito de acceso al sistema interamericano, no puede ser entendido ni utilizado como un mecanismo promotor de la impunidad para los casos de graves violaciones de los derechos inherentes a las personas por parte de los Estados firmantes de la Convención. Esto ha justificado, una interpretación flexible con respecto al mismo por parte de la Comisión y la Corte.

5.1. Las características de los recursos.

En primer lugar, los recursos que el artículo 46.1 de la Convención Americana requiere agotar son aquellos de la jurisdicción interna, refiriéndose a los remedios que se someten al conocimiento de un juez, u otra autoridad judicial, conforme a los procedimientos establecidos en las leyes, y cuyas resoluciones son vinculantes para las partes del proceso. De esta manera, quedan excluidas las peticiones que puedan interponerse ante organismos administrativos, ya que éstos carecen de las características antes mencionadas.

Pero además, no deben agotarse absolutamente todos los recursos jurisdiccionales existentes en el derecho interno del Estado, sino solamente aquellos que sean aptos para reparar el daño por el cual se peticona. En su jurisprudencia constante, la Corte ha diferenciado los recursos ordinarios de los extraordinarios, estableciendo que la regla exige agotar únicamente los primeros. Asimismo, los remedios disponibles en la jurisdicción interna deben ser agotados en forma íntegra, no bastando para la admisibilidad de una petición la decisión de un mero incidente en el marco de un procedimiento que aún se encuentra en trámite, o con una sentencia interlocutoria que no dé por concluido al mismo.

En segundo lugar, la regla exige el agotamiento de los recursos internos del Estado al cual se denuncia como responsable de la violación de los derechos humanos. Cabe agregar, que para que exista la obligación de agotar los recursos disponibles, estos deben poseer, además, características que lo conciban como un remedio lógico a la situación jurídica infringida. Conforme el artículo 46.1 letra a) de la Convención Americana, se requiere que se hayan interpuesto y agotado los recursos de la jurisdicción interna ‘conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos’, lo que conduce a considerar no solo la existencia formal de los recursos internos, sino además que estos sean adecuados y efectivos.

Conforme la jurisprudencia de la Corte Interamericana, que los recursos disponibles en sede interna sean adecuados significa “que la función de esos recursos, dentro del sistema del derecho interno, sea idónea para proteger la situación jurídica infringida”. La Corte ha entendido que para que los recursos internos existan, no basta con que estén previstos en la Constitución o en las leyes, o que ellos sean formalmente admisibles, sino que además es necesario que sean realmente idóneos para determinar si se ha producido una violación de los derechos fundamentales de las personas, resultando un medio propio para remediar las consecuencias.

Igualmente, a la luz del criterio sostenido por la Corte, para que exista el deber de agotar un recurso, este debe ser eficaz, entendiendo por ello que sea “capaz de producir el resultado para el que se le ha concebido”. La mera existencia formal de los recursos no basta para considerarlos efectivos, ya que los mismos además deben brindar soluciones a las violaciones de los derechos contemplados en la Convención. De acuerdo con la Corte, es obligación del Estado crear las condiciones necesarias para que los recursos disponibles puedan tener resultados efectivos.

Sin embargo, la circunstancia que un recurso no produzca un resultado favorable al peticionante no evidencia, prima facie, la inexistencia o el agotamiento de la totalidad de los recursos internos disponibles, dado que podría ocurrir, por ejemplo, que el reclamante no hubiera acudido oportunamente al procedimiento adecuado.

6. Las excepciones previstas en el artículo 46.2 de la Convención.

La CADH estipula en el mencionado artículo, que las comunicaciones individuales quedan exentas de cumplir la regla mencionada en los siguientes supuestos: a) que en la legislación interna del Estado de que se trata no exista el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alegan han sido violados; b) que no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o se le haya impedido agotarlos; c) que haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos. En cuanto a la segunda excepción prevista en el artículo, ésta contempla dos hipótesis distintas. Por un lado, no permitir el acceso a los recursos; y por el otro, que haya sido impedido de agotarlos .

En primer lugar, la inexistencia del debido proceso legal, se refiere a los casos en los cuales no existen las garantías judiciales propias a la administración de justicia, contenidas fundamentalmente en el artículo 8 de la Convención. Sin embargo, para que sea procedente esta excepción no es requisito necesario la ausencia o ruptura del Estado de Derecho, sino que implica la inexistencia de las debidas garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos consagrados en la Convención para el caso particular sometido a consideración.

No obstante, el quiebre absoluto del Estado de Derecho, configura una situación de extrema gravedad institucional que claramente habilita a la Comisión para tomar un caso en el que no se hayan agotados los recursos internos, basada en la inexistencia del debido proceso legal, por ser evidente que en tales circunstancias el reclamante no podría lograr una protección efectiva de sus derechos por parte de los organismos jurisdiccionales domésticos.

Por un lado, la primera parte del artículo 46.2, literal b) de la Convención, supone que no se le haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna en el caso determinado. Entonces, esta excepción implica una práctica del Estado que imposibilita al peticionario acceder a tales recursos. En un caso, la Comisión Interamericana aceptó una petición en la que se denunciaba ejecuciones extrajudiciales, en el cual el gobierno informó que las víctimas de las mismas eran terroristas asesinadas por terroristas, y por ello no se había continuado con la investigación de los delitos y se consideraba al caso cerrado.

La Comisión entendió que al cerrarse la investigación, el peticionario no había tenido acceso a los recursos de la jurisdicción interna para remediar las violaciones a los derechos humanos por parte del Estado, y por lo tanto, se encontraba facultada para prescindir de tal requisito de la comunicación individual presentada para su admisión, y proceder al examen de la denuncia.

Por el otro, la segunda parte del literal b), del artículo 46.2 de la Convención, se refiere a la imposibilidad por parte del reclamante de agotar los recursos efectivos ante los organismos jurisdiccionales. La Corte Interamericana tuvo ocasión de pronunciarse en relación a los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, en el caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros, señalando que a pesar de encontrarse consagrado de manera formal en el ordenamiento jurídico del Estado el derecho a intentar una acción constitucional, les fue imposible a las víctimas hacer uso de este recurso.

La Corte entendió que se les “impidió el empleo de este recurso en cuanto el Estado no proporcionó a los inculcados asistencia jurídica a fin de que pudieran ejercitarlo efectivamente, y de esta forma constituyó un recurso ilusorio para aquellos”. Asimismo, la Comisión ha establecido que en los casos que las autoridades judiciales no sean eficientes o muestren indecisión en resolver las investigaciones en torno a violaciones de los derechos fundamentales de las personas, no resulta aplicable el requisito del agotamiento de los recursos internos exigido por la Convención.

Por último, aunque el concepto de retardo injustificado puede ser un tanto subjetivo o ambiguo, en principio se puede mencionar que la duración del trámite de un recurso judicial puede entenderse excesiva si supera el plazo previsto en el ordenamiento interno para la resolución del mismo. Pero para la determinación de la duración razonable de un proceso, la Corte Interamericana -siguiendo los criterios emanados por la Corte Europea de Derechos Humanos- ha expuesto que deben tomarse en cuenta los siguientes aspectos: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; y c) la conducta de las autoridades judiciales.

7. Reflexiones finales

Para concluir, queremos reafirmar tanto la importancia del estudio y análisis de los requisitos de la denuncia ante la Comisión Interamericana, como así también el rol vital que ocupan los principales órganos de protección y promoción de los derechos humanos en el sistema interamericano, para garantizar el pleno acceso y goce de los derechos fundamentales reconocidos en los principales instrumentos de derechos humanos de la región. Asimismo, como conclusiones, se puntualiza:

1.- Conforme la Convención Americana, los requisitos formales de admisibilidad y las condiciones sustantivas para que una denuncia no sea declarada inadmisibile, no son distintas etapas del procedimiento interamericano, sino que ambas son exigencias para la admisibilidad de las peticiones individuales ante la Comisión Interamericana.

2.- En principio, si bien la Convención no lo establece expresamente -y dejando a salvo las singulares excepciones mencionadas más arriba-, la presentación debe hacerse por escrito teniendo en cuenta que es un requisito que la denuncia esté firmada.

3.- No se requiere para el trámite contar con patrocinio letrado obligatorio, sin perjuicio que se pueda designar a uno para que represente o asista al denunciante.

4.- Si bien el texto convencional parecería inducir que luego de los seis meses opera la caducidad, la Corte Interamericana entendió que nos encontramos ante un plazo de prescripción, pudiéndose convalidar los actos posteriores al lapso establecido en caso que el Estado no oponga expresamente dicha excepción.

5.- Según los principios del Derecho Internacional, la Corte Interamericana resolvió que la regla que exige el previo agotamiento de los recursos internos está concebida en interés del Estado, considerándola un derecho o medio de defensa de éste, y por ende, renunciable aún de modo tácito.

6.- Por último, siguiendo los principios de buena fe y economía procesal, se propone la creación de un mecanismo, sistema o base de datos -a disposición de los organismos internacionales-, que permita hacer un relevamiento completo de las peticiones por violaciones a los derechos humanos que tramitan ante las distintas instancias de arreglo internacional, y en los diferentes sistemas regionales y universal, a los fines de evitar la duplicidad de procedimiento.

Ahondar en el conocimiento y difusión del procedimiento ante el sistema interamericano es obligación de los Estados, y una necesidad de las personas para poder alcanzar el respeto y satisfacción de sus derechos, entendiendo como condición previa conocerlos para luego poder exigirlos ante los jueces y tribunales locales, así como ante las instancias internacionales.

8. Bibliografía.

CANÇADO TRINDADE, Antônio A., "El agotamiento de los recursos internos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos", IV Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 18 al 30 de agosto de 1986.

ESTARITA JIMENEZ, Sergio, "El Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos", Grupo Editorial Ibañez, 2da edición, Bogotá, Colombia, 2016.

FAUNDEZ LEDESMA, Héctor, "El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales", Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 3ra edición, San José, Costa Rica, 2004.

GONZALEZ MORALES, Felipe, "La Comisión Interamericana de Derechos Humanos: antecedentes, funciones y otros aspectos", Anuario de derechos humanos, (5), pág. 35 – 57, Universidad de Chile, 2009.

HITTERS, Juan Carlos; FAPPIANO, L. Oscar, "Derecho Internacional de los Derechos Humanos", T. II, volumen 1, pág. 274 y siguientes, Ediar, Buenos Aires, 2012.

PINTO, Mónica, "La denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", Editores del Puerto S.R.L, Buenos Aires, Argentina, 1993.

Ley de alquileres: un paso atrás en su sanción

Por Nicolás Caparrós (T. XXVIII-F.117)
Colegio de Abogados de Lomas de Zamora.

I- INTRODUCCIÓN

En Argentina una de cada cinco familias urbanas vive en una casa alquilada, a la que dedican alrededor de un tercio de su salario. Un 70% de esa población son menores de 30 años ya que el joven argentino se ve imposibilitado de ahorrar en la actualidad debido al aumento constante del costo de vida que ocasiona una pérdida del poder adquisitivo. Por ese motivo aquellos que tienen la suerte de poseer un trabajo estable deben recurrir al mercado de alquiler para lograr la independencia de sus padres y el crecimiento personal debido a que no pueden acceder a una vivienda propia por la falta de créditos hipotecarios. Sin embargo, gracias a la nueva ley esa posibilidad está alejándose cada vez más debido a que la actual normativa trajo aparejada una extrema regulación que ocasiono una disminución de las propiedades disponibles y como consecuencia un aumento del precio del alquiler.

El actual trabajo busca analizar cómo era el mercado inmobiliario con la ley 23.091 que se derogo durante la pandemia y compararla con las dificultades que trajo la ley actual provocando que con solo dos años de vigencia ya se esté contemplando su reemplazo.

Por ese motivo se analizara diversos proyectos de ley que están actualmente en estudio en el poder legislativo y como esos proyectos pueden provocar un mayor crecimiento del mercado inmobiliario debido a una mayor seguridad jurídica.

Para llevar a cabo el análisis se tomara en cuenta los proyectos de la oposición actual y no lo de los referentes políticos que pertenecen al gobierno nacional de turno ni de agrupaciones de inquilinos que buscan mayores controles sobre la propiedad según lo veremos detenidamente con posterioridad.

II- EL MERCADO INMOBILIARIO ANTERIOR A LA ACTUAL LEY.

La primera ley de alquileres se sanciono en 1921 bajo el número 11.157 y buscaba retrotraer los precios de los alquileres al vigente en 1920 sin posibilidad de aumentarlo durante dos años. Esto se dio debido a que por el aumento constante de la población producto de la inmigración masiva por el estallido de la primera Guerra Mundial en Europa se ocasiono un aumento proporcional de la necesidad de vivienda para los recién llegados y esto provoco una disminución de la oferta por lo que los precios del arrendamiento aumentaron. A su vez también esa norma limito la cantidad de desalojos.

El decreto 1580/43 que surgió unos días después de la asunción del poder de los militares del GOU dispuso una rebaja de los alquileres de entre un 5 y un 20% y extendió el plazo de locación de los contratos. Además congelo las demandas de desalojo por falta de pago. Ese decreto se fue modificando hasta su perfeccionamiento en 1949 mediante la ley 13.581 que dispuso un congelamiento del precio del alquiler durante la vigencia del contrato a pesar de que la inflación anual de ese año fue del 33% y estipulaba un plazo mínimo de 3 años para las locaciones residenciales. Esto trajo aparejado el surgimiento de barrios de emergencia debido a la desaparición del mercado inmobiliario de alquiler ya que dejo de ser rentable por lo que los

propietarios lo retiraron generándose una escasez de oferta aunque el gobierno de turno intento solucionarlo ofreciendo créditos a través del Banco Hipotecario para comprar lotes y construir viviendas.

La ley 21.342 normalizo el precio de los alquileres de acuerdo a la inflación anual y el valor del estos podía ser modificado cada seis meses, sin embargo el monto no podía superar el 25% del ingreso del locatario y su grupo conviviente. Además estableció la posibilidad de desalojo por falta de pago a los 30 días de haberse notificado el locatario del juicio en su contra

Sin embargo esta normalización no duro mucho tiempo ya que en 1984 se sanciono la ley 23.091 que solo permitía actualizar los precios con un índice que promediaba la inflación y los salarios. Esta ley que estuvo en vigencia hasta el año 2020 también establece una duración máxima de 2 años para los alquileres residenciales y de 3 años para los comerciales, entre otras cuestiones que iremos analizando al momento de compararla con la actual ley.

En 1991 se dictó la ley de convertibilidad (23.928) que prohibió la actualización de precios a través de índice de ingresos por lo que el monto de los alquileres quedo regido por un acuerdo entre las partes estipulado en el contrato que con el aumento de la inflación a través de los años se estableció de forma consuetudinaria un precio escalonado cada 6 meses.

III- LEY 27551 Y SUS CONSECUENCIAS:

La ley 27.551 buscaba facilitar el acceso a la vivienda a un precio acorde según el salario medio de los argentinos. En base a esto la Organización Inquilinos Agrupados argumenta que con la anterior ley “Los inquilinos de la Ciudad de Buenos Aires deben ahorrar entre 3 y 5 meses de alquiler para iniciar un contrato de locación. Un mes de alquiler por adelantado, entre uno y dos meses de depósito y gastos administrativos. En caso de que el inquilino no tenga garante se debe contar con dos meses más para contratar un seguro de caución. A este ahorro previo, que representa el primer gran filtro para acceder a un contrato de alquiler formal, se le agregan otros requisitos: recibo de sueldo en blanco” y agregan que: “esto deja afuera del mercado formal de alquileres a miles de familias que no tienen más opción que alquilar informalmente en hoteles, pensiones e inquilinatos –en el mejor de los casos- o en villas y asentamientos de la Ciudad y Provincia de Buenos Aires” . Sin embargo, como veremos con posterioridad, la ley vigente no ocasiono el acceso a la vivienda digna de mayor cantidad de habitantes sino todo lo contrario ya que su precio aumento.

El 30 de Junio del 2020 se aprobó la tan debatida ley 27.551 que entre sus puntos destacados se pueden nombrar la extensión de los plazos de contrato para vivienda de dos a tres años, la actualización de precios en base a un índice de inflación y salarios, la extensión de los tipos de garantías a elección del locatario y la registración de los contratos en la AFIP. Empezaremos a analizar punto por punto estos artículos y como estos provocaron la disminución de las viviendas a disposición a comparación de tres años atrás.

En primer lugar el artículo 2 determina que al momento de alquilar una vivienda el locador no puede imponer al locatario el pago de alquileres anticipados por periodos mayores a un mes ni depósito de garantía por los tres años de vigencia del contrato, a diferencia de la norma anterior que era un mes de depósito y garantía por cada año de contrato pactado. El depósito será de un monto igual al primer mes de alquiler que deberá ser devuelto al momento de terminar el contrato en una suma igual al del último mes y no al del primer mes como era con la ley anterior.

El artículo 13 establece que el locatario debe ofrecer al menos dos tipos de depósito de garantía que aseguran que en caso de deuda o roturas de parte del inquilino, se pueda cumplir con los gastos ocasionados aunque el deudor se encuentre en quiebra, y que el

locador debe aceptar uno de esos garantes que se basa en: garantía personal que puede ser recibo de suelo o título de propiedad, aval bancario, seguro de caución o fiador solidario.

Estas garantías pueden ser imperfectas ya que no especifica la ley que la propiedad no puede estar embargada ni hipotecada o que la compañía aseguradora de caución tenga un mal comportamiento en el mercado, por lo que esto provocara que el propietario no le firme el contrato al locatario si no está seguro de las garantías que este le ofrezca pero en este caso el locador podría sufrir prejuicios por la responsabilidad precontractual del artículo 991 del Código civil y comercial .

El monto por deudas o roturas se encuentra limitado a cinco veces el valor de la locación por lo que muchas veces este es insuficiente para pagar deudas por alquileres o expensas y/o daños de los locatarios, y en consecuencia se deberá ir a juicio en búsqueda de los resarcimientos adecuados.

En segundo lugar, el artículo 3 impone que el plazo mínimo de locación de vivienda pasara de 2 a 3 años. Por lo que el locador no podrá solicitar al locatario la restitución del inmueble antes del plazo mínimo legal pero este si podrá finalizar el contrato con anticipación sin necesidad de preaviso o indemnización. Esta disposición busca disminuir gastos en ambas partes ya que pretende evitar las constantes mudanzas para el locatario y las refacciones cada vez que cambia de inquilino al locador. Esta extensión del contrato también puede perjudicar al propietario que tiene inquilinos conflictivos para la vivienda o la comunidad.

La ley contempla que el inquilino no pague comisión así que el locador debe pagarla y esta comisión es del 4,15% más IVA del valor total por lo que para un contrato de tres años hay que pagar un total de 36 meses de alquiler, mientras que los gastos del inquilino son de un mes de depósito y un seguro de caución en caso de no poseer bienes por lo que el principal costo al momento de firmar un contrato lo tiene el propietario del bien.

Sobre este artículo, el diputado de la Provincia de Buenos Aires por La libertad avanza, Guillermo Castello afirma: “En el actual contexto inflacionario crónico en el que vivimos, naturalmente esta exigencia de llevar los contratos a tres años encarece el valor locativo ya que el dueño hace las previsiones del caso ante la incertidumbre sobre los valores futuros” y aclara: “Así tenemos un contrato en el que, increíblemente, las partes no pueden convenir ni el plazo ni el precio a partir del segundo año. Evidentemente esto aumenta la incertidumbre de la cual, previsiblemente, el propietario buscará cubrirse ”

El artículo 14 fija que el precio del alquiler se dará por un indicador conformado por partes iguales entre el índice de precios al consumidor (IPC) y la remuneración promedio de los trabajadores estatales (RIPTE) y solo podrán ser ajustes anuales, a diferencia de la ley anterior que prohibía la indexación por inflación y el monto lo acordaban las partes a través de ajustes escalonados o progresivos, que ahora se encuentran prohibidos. Este precio es un valor único mensual por lo que no se pueden sumar valores extras como bonificaciones, etc.

El ajuste anual perjudica al locatario ya que en los últimos años el promedio de estos índices dieron por encima de la inflación anual por lo que los precios aumentaron más que con la ley anterior donde los montos se ajustaban semestralmente de acuerdo a la expectativa de salarios e inflación futura y por ese motivo muchas de esas veces los propietarios se quedaban cortos porque la inflación superaba las expectativas, debido a esto, entre el 2007 y el 2020 el valor de los alquileres cayó un 57 por ciento en términos reales a diferencia del 2020 que aumentó un 64 por ciento superando ampliamente la inflación de ese año debido a la sanción de esta ley que regula la indexación por lo que la decisión del precio del alquiler queda imputado al primer año de contrato y como tal el monto será de acuerdo a lo que podría aumentar la inflación con posterioridad los dos años siguientes, además de los gastos administrativos que conlleve el contrato. El aumento del precio también se basa a la quita de propiedades del

mercado debido al decreto que suspendió los desalojos y congeló los precios de los alquileres a causa de la pandemia que provocó incertidumbre en los propietarios, por consecuencia, están dispuestos a desprenderse del inmueble pero se ven perjudicados debido al plazo extenso que tienen los contratos por lo que no la alquilan ya que en caso de venta del bien deben entregar la vivienda desocupada al comprador.

Durante la vigencia de la ley anterior los alquileres se encontraban retrasados con respecto a la inflación, ya que en Abril del 2020 la brecha entre el salario de un trabajador promedio y lo que este destinaba al alquiler era el 35,2% de sus ingresos y para este año representa el 47,8% de los mismos, según lo publicado por la Dirección general de Estadísticas y Censos de la Ciudad de Buenos Aires por lo que la actual ley no solo perjudicó a los locadores sino a los locatarios que deben destinar más de su sueldo para lograr la independencia que desean e irse de la casa de sus padres. El economista Federico González Rouco afirma que: "Esto se explica por dos factores: tres puntos corresponden al aumento del valor del alquiler en sí, pero los otros seis son por la pérdida del poder adquisitivo. Hoy los alquileres aumentan por inflación anual promediada con el salario, eso nos da aumentos relativos del 65%" y agrega: "Los alquileres, ajustados por inflación, arrancaron 2020 en valores mínimos y más allá de que subieron mucho y muy rápido, lo hicieron a niveles muy bajos, y no llegaron a niveles tan altos como antes del 2017. El problema es que, en paralelo, los ingresos cayeron", esto quiere decir que aunque en otros momentos de la historia los alquileres aumentaron más en porcentaje que en 2020, en ese momento los ingresos no disminuyeron tanto como el último año y las subas del alquiler actualmente no están acompañando a los ingresos. Además los precios actuales se basan en la inseguridad jurídica de la nueva ley y el aumento por las dudas de los propietarios por la desconfianza al índice regulado por el BCRA.

La novedad de la ley actual es el art. 16 que establece que los contratos deben ser registrados por el locador ante la AFIP para evitar la evasión fiscal, sin embargo esta registración no otorga publicidad a terceros de la existencia del contrato como ocurre cuando se lo registra ante el Régimen de propiedad inmueble. Este artículo puede ser uno de los más importantes al momento de sacar la vivienda del mercado ya que provoca que el estado sepa en un futuro cuáles viviendas están vacías por lo que se le debe cobrar un impuesto extra por su uso, además permite que el estado actúe como tercero interesado ante el posible desalojo, el cobro de alquileres, etc., lo que provocara un retraso en los juicios y atentaría contra el debido proceso establecido en el Art. 18 de la constitución nacional debido a que el juez se ve obligado a notificar al ente regulador sobre la existencia del contrato antes de conceder el traslado de la demanda pero la ley no aclara el plazo que el juzgado tendrá para notificar a la AFIP ni el organismo para presentarse ante el juzgado ocasionando una demora en el proceso de desalojo.

La registración ante la AFIP conllevaría un costo extra en la administración para los locadores que se suma a los impuestos que ya pagan, y en algunos casos implica recategorizarse en el monotributo o pasar al régimen general de bienes por lo que tributaria IVA y ganancias y esto ocasionara un mayor costo en el valor de los alquileres, y en otros casos un retiro del mercado inmobiliario debido a la escasa rentabilidad que conlleva alquilar el bien, que en la actualidad está en un 2,85 por ciento anual. También perjudicaría al inquilino ya que habrá casos donde la locación se realizara a través de contratos de comodato con el precio pactado paralelamente con un contrato de mutuo lo que ocasionara un mercado inmobiliario paralelo informal, siendo uno más de los tantos que ya hay en el país como es el mercado laboral o el comercial.

Mediante lo tratado en el apartado podemos asegurar que la ley regula casi todos los aspectos que podrían negociarse en un contrato entre partes por lo que limita la libertad de contratación establecida en el art.958 del CCCN y de negociación establecido en el art.990 del

mismo código y en consecuencia son contrarias a la autonomía de la voluntad de las partes bajo el pretexto de que son normas de orden público ya que el ciudadano necesita una vivienda digna para satisfacer sus necesidades básicas según lo establece el artículo 14 bis de la constitución nacional pero mediante esta protección al locatario se perjudica al locador y su derecho a la propiedad establecido en el art. 17 de la carta magna.

IV- ANALISIS DE LOS DISTINTOS PROYECTOS DE LEY.

El Congreso de la Nación tiene en comisión varios proyectos de ley de todos los partidos políticos que buscan modificar la actual ley de alquileres para llevarla a condiciones similares a las de antes de su sanción, desde aquellos que buscan imponer impuestos a las viviendas vacías para que los propietarios las pongan en alquiler, a los que pretenden derogarla en su totalidad y que el contrato se estipule a través de la ley anterior. Debido a la gran cantidad de los mismos solo analizaremos unos pocos presentados por la oposición al gobierno nacional.

El proyecto de ley de los liberales busca derogar la norma actual y volver al régimen preexistente argumentando que la cantidad de inmuebles disponibles en el AMBA se redujo un 33% a causa de la extensión de los contratos y la deficiente protección jurídica vinculada a los desalojos por lo que es necesaria derogarla para facilitar la relación contractual entre privados donde uno de ellos busca alquilar y el otro conseguir un lugar para vivir y el estado no tiene por qué intervenir en esa relación .

El diputado Alberto Assef apoya un proyecto similar al actual pero establece que el plazo mínimo del contrato de alquiler sea por dos años aunque a elección de las partes se puede extender automáticamente por un año más. Además vuelve a regir el régimen anterior porque el precio del alquiler puede actualizarse con periodicidad según lo estipulado por ambas partes en el contrato. Por ultimo establece que el anticipo será de un mes por cada año de contrato ya que busca eliminar escenarios de incertidumbre generados por la inflación y proteger a los locatarios de eventuales subas.

Por otro lado argumenta que el plazo de dos años se basa en que la inestabilidad económica del país acostumbraron a una certidumbre cortoplacista en la toma de decisiones de los ciudadanos por lo que la extensión de los plazos se dará naturalmente cuando mejore la economía y debido a eso se propone un aumento gradual del contrato con acuerdo de las partes.

El diputado agrega que la eliminación de los índices de actualización de precios busca que las partes forjen acuerdos que cumpla con sus expectativas y elegir libremente entre distintos indicadores oficiales de precios o acuerden entre ellos conforme a las diversas realidades existentes en las distintas partes del país.

Por ultimo elimina la registración de los contratos en la AFIP ya que perturba el mensaje de seguridad jurídica al locador y la posibilidad de premios impositivos .

El proyecto de ley del diputado Emilio Monzo aclara que el plazo mínimo legal es de 2 años pero puede extenderse un año más siempre y cuando se mantengan las mismas condiciones del contrato vigente, a excepción del precio que se actualizara por inflación siempre y cuando se estipule por escrito esta condición en el contrato primigenio. A su vez aclara que los ajustes de precios podrán ser por acuerdo entre partes por intervalos no menor a 6 meses por lo que es el proyecto más intervencionista ya que da potestad al estado de la cantidad de ajustes de precios que se puede dar anualmente en un país con una alta inflación como lo es el nuestro.

En sus fundamentos el diputado afirma que la extensión del plazo desalentó la colocación de propiedades en alquiler debido a las sucesivas devaluaciones y las obligaciones de pago que los locatarios tendrán a futuro. A su vez el aumento de precios se basa no solo en el índice actual que se aplica y su promedio que es superior a la inflación anual sino al aumento del

precio base en los nuevos contratos a causa de los nuevos costos y regulaciones por lo que estos desincentivos provocó el aumento del precio del alquiler perjudicando a los inquilinos .

El proyecto más liberal que está circulando en el Congreso de la Nación es el del diputado de la UCR, Sebastián Salvador que establece que el contrato de locación tiene un plazo mínimo de dos años cualquiera sea el destino de su uso aunque el locatario puede acortarlo sin acuerdo con la otra parte. A su vez impone que las garantías sean dispuestas por la libre voluntad de las partes. Además establece que los ajustes de precios mensuales serán pactados de común acuerdo entre las partes .

Por último analizaremos el proyecto de ley del diputado de Juntos por el Cambio Martín Tetaz que es similar al anterior en cuanto a las pocas regulaciones de la ley y establece que el plazo mínimo de un contrato de locación no puede ser inferior a un año pero si no se especifica plazo se considera el mínimo legal que es de dos años aunque el locatario puede renunciar a este plazo si tiene la tenencia del bien. El precio del alquiler y sus ajustes debe fijarse por común acuerdo entre las partes establecidas en el contrato. En sus fundamentos argumenta que la reducción de los contratos tiene una razón científica basada en que la incertidumbre de la economía tiene el efecto demostrado de reducir la extensión de los contratos, a su vez el índice de precios infla los contratos por encima de lo que las partes hubieran acordado voluntariamente por lo que el proyecto busca que ellos establezcan las reglas que mejor se adecuen a sus necesidades .

Otros proyectos tienen el fin de aumentar la cantidad de propiedades en el mercado inmobiliario del alquiler, como por ejemplo el del diputado Rogelio Frigerio que exime del pago del impuesto a los bienes personales a los inmuebles destinados a alquiler y en sus fundamentos busca disminuir la cantidad de propiedades ociosas incrementando la oferta y la competencia lo que ayudara a contener los precios de los alquileres.

A pesar de haber muchos proyectos en tratativas la oposición llegó a un acuerdo presentando un proyecto de ley con 37 firmas que vuelve a los contratos de dos años y permite la actualización de precios por un mínimo cada tres meses y un máximo anual en base a tres índices medidos por el INDEC: el de precios al consumidor, el de precios mayoristas o el de salarios. Además impone incentivos fiscales para que más propiedades se pongan en alquiler como la exención del pago de impuesto a los bienes personales, que las personas con hasta tres propiedades en alquiler no tengan que pasar al régimen general y se mantengan como monotributistas y que el pago de alquileres no se vea afectado por el impuesto al cheque.

El oficialismo en cambio logró un dictamen con 40 firmas, y el proyecto mantiene el plazo de tres años en los contratos, y el índice de actualización de precios, aunque otorga más facilidades para los inquilinos en la presentación de garantías. Los beneficios fiscales son los mismos del proyecto opositor pero se agrega la incorporación al régimen de incentivo a la construcción para los inmuebles que estén destinados para alquiler durante 12 años siempre y cuando se encuentren registrados ante la AFIP.

Las inmobiliarias buscan que se apruebe un proyecto de ley que vuelva el ajuste de precios semestral en vez de anual como es con la actual ley, y que la duración de los contratos sean de dos años en vez de tres y consideran que es el mercado quien debe regular las valuaciones.

Mirta Libera, presidenta de la Cámara Inmobiliaria de la Provincia de Buenos Aires (CIBA), agrega: “Estos cambios no serán parte de la solución completa, sino que es necesario crear incentivos para que los privados puedan construir viviendas para ofrecerlas en el mercado de alquileres, como quitar presión impositiva a propietarios o brindar planes para refacción de propietarios que tengan unidades en malas condiciones y así destinarlas en locación. Es vital empujar la oferta ”.

V- CONCLUSION:

Un 85% de la población está de acuerdo en la suspensión de la ley vigente debido a que esta perjudica a los propietarios y a los inquilinos por igual ya que para uno disminuye la rentabilidad de la vivienda y la disponibilidad del activo porque prefiere dejarla vacía o a la venta antes que ponerla en alquiler y para los segundos la dificultad de satisfacer sus necesidades habitacionales o su independencia. Sin embargo esta ley perjudica más a los locatarios ya que ellos deben encontrar donde vivir mientras que los propietarios tienen la opción de poner o no su bien en alquiler dependiendo de la condición y su decisión no influye en su día a día.

En 2006 había un 60,7% de familias de Buenos Aires que era dueña de su vivienda, mientras que en la actualidad ese porcentaje disminuyó a un 53,5% a pesar de que la población se mantuvo estable y esto se debió por los altos costos de adquirir una vivienda debido a que se encuentran dolarizadas y por lo tanto no pierden valor mediante la inflación que ha provocado la desaparición del crédito hipotecario debido a la incertidumbre económica que sufre el país por lo que cada vez más personas necesitan alquilar para tener una vivienda digna. A su vez del lado de los locadores esta ley surgió en un momento de baja rentabilidad de los alquileres debido a la alta inflación y la pérdida del valor adquisitivo por lo que esto ocasiona que muchos propietarios decidan sacar sus propiedades de alquiler y prefieren dejarla vacía, ponerla a la venta o cederla a un familiar para que le pague los costos de mantenimiento hasta que haya certidumbre financiera.

En resumen, mayor cantidad de inquilinos y menos propiedades ofrecidas ocasionan un aumento de precios ya que el mercado mediante la oferta y la demanda define el precio y las condiciones de contratación, por ende, para que los precios bajen debe producirse un aumento en la oferta y una disminución en la demanda y esto puede ser posible mediante el crecimiento del acceso a la vivienda propia a través del crédito hipotecario que en el contexto actual es de imposible cumplimiento debido a sus elevadas tasas.

Pero para que haya crecimiento económico se debe terminar con la inflación anual, o aunque sea bajarla a un dígito, pero esto no se logrará si el estado ocasiona un exceso del gasto público que origina un déficit fiscal debido a la emisión monetaria y de bonos que hacen crecer la base imponible al cerca del 100% anual. Esta emisión ocasiona que se distorsionen los precios relativos de la economía logrando salarios bajos e incertidumbre económica ya que uno no sabe cuánto puede aumentar el alquiler el año entrante en base a tu salario por lo que eso es contrario a la idea de extensión de la duración de los contratos.

Actualmente no hay falta de viviendas ya que el mercado de la construcción se encuentra en auge debido al abaratamiento de los costos de los materiales y a los beneficios fiscales de los impuestos que gravan la propiedad en construcción aunque eso no se refleja en un crecimiento de la oferta de propiedades en alquiler ni en una reducción de los precios ya que desde la crisis del 2001 la gente invierte en la construcción como reserva de valor pero no para la venta por lo que el bien no llega al usuario final sino que las propiedades son una forma de ahorrar y esto no cambiara hasta que los salarios permitan acceder al crédito hipotecario.

Por lo tanto para que las relaciones económicas funcionen de la mejor manera posible y aumente la cantidad de propiedades en alquiler se necesita:

- 1) Derogar completamente la actual ley de alquileres y que los alquileres se basen en un contrato privado entre las partes interesadas de acuerdo a sus necesidades.
- 2) Aumentar la oferta de propiedades en alquiler mediante beneficios impositivos a los locadores.
- 3) Disminuir la cantidad de gente que necesita alquilar y esto se logra mediante el fácil acceso a créditos hipotecarios a tasas no prohibitivas.

4) Erradicar el déficit fiscal que llevaría aparejada la disminución de la inflación para lograr una seguridad económica que permita que ambas partes se sientan seguras firmando un contrato a largo plazo sin el temor a que le cambien las condiciones de juego a la mitad del mismo.

BIBLIOGRAFIA:

- Abatti, Enrique Luis; Rocca (h), Ivai (17 de Mayo del 2020). “Depósito de garantía de la locación (art.1196 Código civil y comercial)”. <https://garciaalonso.com.ar/blog/nuevo-codigo-civil-y-comercial-todo-lo-que-tenes-que-saber-sobre-el-deposito-de-garantia-de-la-locacion/>
- Abatti, Enrique Luis; Rocca (h), Ivai. “Ley de alquileres 2020”. <https://www.sites.google.com/site/estudioabattiroccaabogados/p%C3%A1gina-principal/ley-de-alquileres-2020>
- Abatti, Enrique Luis; Rocca, Marcela V. “Reglamentación del art. 16 de la ley 27.551 (Alquileres)”. <https://www.sites.google.com/site/estudioabattiroccaabogados/p%C3%A1gina-principal/reglamentaci%C3%B3n-del-art-16-de-la-ley-27-551-alquileres>
- Iturbide, Gabriela. “Reflexiones sobre la nueva ley de alquileres 27.551 y sus modificaciones al código civil y comercial”. Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional (AMFJN). <https://www.amfjn.org.ar/2020/08/25/reflexiones-sobre-la-nueva-ley-de-alquileres-27-551-y-sus-modificaciones-al-codigo-civil-y-comercial/>
- Núñez Najle, Fabio M. (13 de Julio del 2020). “La nueva ley de alquileres Nº27.551”. <https://aldiaargentina.microjuris.com/2020/07/14/la-nueva-ley-de-alquileres-no-27-551/>
- Perciavalle, Marcelo L. (14 de Agosto del 2020). “Nueva ley de alquileres, Análisis de la reforma”. Erreius. <https://www.erreius.com/actualidad/10/comercial-empresarial-y-del-consumidor/Nota/830/nueva-ley-de-alquileres-analisis-de-la-reforma>
- Rumí, María J. (12 de Junio del 2020). “Yrigoyen, Perón y Fernández. Que enseña la historia sobre la regulación de alquileres”. La Nación. <https://www.lanacion.com.ar/economia/negocios/yrigoyen-peron-fernandez-que-ensena-historia-regulacion-nid2373614/>
- Tessmer, German Adolfo & Jara Musuruaria, Luciano Andres. (Noviembre 2021). “Nueva ley de alquileres, Contexto general y situación de los estudiantes de la UNR”. Observatorio Económico y social de la Universidad Nacional de Rosario (UNR).

El Arbitraje Electrónico de Consumo como método alternativo de resolución de controversias

Colegio de Abogados de Zarate Campana

Por Juan Ignacio Cruz Matteri.²²

Abstract: Se propone en esta ponencia poner en resalto el valor del Arbitraje electrónico de Consumo del Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo y la necesidad de incorporar dicho instituto a las legislaciones Provinciales de Consumo.

PROPUESTAS

- 1) *Instar a al Poder Ejecutivo de la Provincia de Corrientes a la creación de un sistema Provincial de Arbitraje de Consumo*
- 2) *Que la Ciudad de Corrientes haga efectiva ORDENANZA N° 5782 del 30 de Agosto de 2012 atinente al Arbitraje de Consumo.*

I. Proemio

La pandemia, sin duda alguna, cambio las conductas de consumo de la población argentina. Una inmensa mayoría de consumidores se vio forzada a cambiar sus hábitos, adentrándose así en las compras a distancia, el consumo digital, la banca online, compras vía aplicaciones de celulares, etc. Esta falta de experiencia del consumidor, sumada a muchas veces la carencia de información o desinteligenias de los proveedores, dio como resultado el aumento de los reclamos en sede administrativa. Tanto las Direcciones de Defensa del Consumidor provinciales, como el Servicio de Conciliación Previa en las Relaciones de Consumo (COPREC), utilizan un sistema conciliatorio, el que de no prosperar, pone en funcionamiento un sistema inquisitorio con basamento en la multa, dejando muchas veces sin respuesta alguna al consumidor.²³ Ahora bien, tenemos otro camino, donde el consumidor puede encontrar una frontera real de cumplimiento a su pretensión, a su pedido de justicia de forma virtual, rápida y desde la comodidad de su hogar o su trabajo: el arbitraje de consumo del Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo (en adelante SNAC). Se hace notar que el SNAC fue el primer organismo en tener legislada y aprobada, dos años antes del inicio de la Pandemia, la resolución de conflictos por medios electrónicos y totalmente a distancia, esto denota la excelencia de su cuerpo de árbitros y el pensamiento de vanguardia de su coordinación, hoy conformada por la Dra Graciela Buschi, el Dr Santiago Perez San Martin y la Dra Selva Ana Burgos.

II. El Arbitraje de Consumo.

El arbitraje, conforme Caivano, es una forma heterocompositiva de resolver controversias, que supone la instauración de un sistema jurisdiccional privado, de origen convencional. La condición de "privado" deriva de que los jueces que habrán de decidir las controversias no pertenecen al Poder Judicial, sino que son particulares elegidos directa o

²² Abogado. JTP ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL. FACULTAD DE DERECHO UBA. Especialista en Contratos y Daños por la Universidad de Salamanca, España. Secretario Académico del Colegio de Abogados Zarate Campana. Profesor en Derecho Civil y Derecho de los Contratos en la Universidad de Buenos Aires. Profesor en Fundación de Ciencias Jurídicas y Sociales del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires. Arbitro Nacional de Consumo.

²³ Perez San Martin, Santiago. La previsibilidad en el Arbitraje de Consumo. Publicado en IJ EDITORES 08-11-2016 Cita: IJ-DXLVI-788

indirectamente por las partes. Su origen convencional proviene del hecho de que, ordinariamente, el recurso al arbitraje es consecuencia de una elección que las partes hacen voluntariamente, al convenirlo. El acuerdo arbitral (contrato de arbitraje, según el artículo 1649 del CCyCN) es, precisamente, el pacto mediante el cual las partes deciden que sus divergencias no serán dirimidas en sede judicial sino ante árbitros.²⁴

Perez San Martin, señala que “Con la implementación del Decreto 276/98 del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos y la Resolución 212/98, se creó en el año 1998 el SNAC. Si bien se adoptó como base normativa el Sistema Arbitral de Consumo de España (Real Decreto Nº 636/1993), se modificó en gran parte su contenido, toda vez que se requería adaptar, amoldar e incorporar este sistema prácticamente desconocido a la realidad socio-económica Argentina.”²⁵

Ana Maria Bargiela afirma “El arbitraje de consumo allana los obstáculos que los otros métodos de resolución de conflictos plantean a los consumidores y usuarios cuando deben ejercitar sus derechos. Sin costos, dado que es gratuito para ambas partes, en plazos breves, con acceso voluntario y una participación activa en el desarrollo del proceso, los consumidores y usuarios y los proveedores de bienes y servicios muestran su conformidad respecto de este sistema.”²⁶

El procedimiento del Arbitraje de Consumo es rápido, fácil, se celebra de forma electrónica y a la distancia²⁷, con un procedimiento que permite previsibilidad a las partes en el ejercicio de sus derechos. El arbitraje del SNAC brinda al consumidor una solución concreta a su reclamo de consumo y al proveedor claridad en la pretensión del consumidor. Esta solución se termina materializando vía el laudo homologatorio, que es cuando el árbitro homologa un acuerdo arribado por las partes o cuando el árbitro frente a la falta de acuerdo, evalúa la pretensión del consumidor, las pruebas aportadas por los interesados y dicta el laudo arbitral, zanjando así el conflicto.

El arbitraje de consumo se establece a partir de un sistema institucional cuyo control por el Estado, evita situaciones de indefensión. Ha demostrado ser un mecanismo altamente eficaz, en el año 2021 ingresaron al SNAC 11.213 reclamos, el 62% de estos fueron solucionados mediante el laudo arbitral.²⁸

III. La ventaja de ser electrónico y a la distancia.

El Arbitraje de Consumo del SNAC se celebra, al día de hoy, de forma 100% electrónica y a la distancia, dando por resultado la toma de casos de consumidores a lo largo de todo el país. Esto es un avance destacado en el mejor acceso a la justicia por parte del consumidor. De esta forma el consumidor carga vía formulario electrónico cual es el objeto de su reclamo, manifiesta su pretensión y acompaña prueba. Se gira toda esta documental a la reclamada la cual, previo a la audiencia arbitral, puede formular una propuesta conciliatoria al consumidor. Si es aceptada se envía el expediente para homologación del árbitro sorteado. En caso que se llegue a la audiencia arbitral, y no encontrar en la misma un acuerdo, el árbitro puede abrir un periodo de prueba y, clausurado el mismo, pasan las actuaciones a laudar y se emite el laudo arbitral. Todo

²⁴ Caivano, Roque J. El arbitraje en materia de seguros Publicado en Revista Argentina de Arbitraje - Número 5 - Junio 2020 Cita: IJ-CMXVII-564 IJ Editores.

²⁵ Perez San Martin. Ob cit

²⁶ Bargiela, Ana Maria. Aspectos Procesales del Arbitraje de Consumo. Publicado en Revista de Negociación, Mediación, Conciliación y Métodos RAD - Número 15 - Septiembre 2019 Cita: IJ-DCCLXIII-533

²⁷ Resolución 65/2018 MINISTERIO DE PRODUCCIÓN Y TRABAJO SECRETARÍA DE COMERCIO

²⁸ Estadista proporcionada por la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor y Arbitraje de Consumo https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/dndc_indicadores_dic_2021_.pdf

esto de forma virtual, a la distancia y sin ningún costo al consumidor en lo que es un real acceso a la justicia administrativa de consumo.

Antes del advenimiento de la pandemia el requisito del trámite administrativo presencial atentaba de forma directa con la funcionalidad del instituto del Arbitraje. El traslado del consumidor a la sede del Tribunal, el cual muchas veces era muy lejano a su domicilio, la espera, el tiempo perdido, los costos en su traslado, daban por resultado el bajo uso de este medio de resolución de conflictos. Tambussi, en su momento, realizó esta observada crítica “No obstante, la idea del arbitraje ha estado lejos de arraigar en el consumidor argentino, el cual en su generalidad no conoce la existencia del sistema, o bien, se encuentra lejos de la sede del mismo. Por esa razón, y la poca difusión que ha tenido tanto a nivel estatal como en los propios proveedores (no tanto en los consumidores y en sus organizaciones), si bien las presentaciones y los casos sometidos a laudo han crecido significativamente, no son vislumbrados como una herramienta ya impuesta o instalada, que los consumidores tengan presente.”²⁹

La reforma de la Resolución 65/2018 MINISTERIO DE PRODUCCIÓN Y TRABAJO SECRETARÍA DE COMERCIO trajo como aparejado el advenimiento del ARBITRAJE DE CONSUMO ELECTRONICO. El éxito, y la aceptación del Arbitraje este, se miden no solo con palabras y con comentarios de la doctrina más selecta de la materia, sino con cifras. En 2020 el consumidor argentino volcó 5820 reclamos, virtuales y a la distancia, al SNAC. En 2021 la cifra fue de 11.213, esto demuestra la satisfacción, la confianza y la previsibilidad que da el sistema arbitral al consumidor y al conjunto de proveedores que día a día buscan resolver los conflictos creados en el marco de una relación de consumo. Se debe tener en cuenta que el SNAC es la institución arbitral más grande del país, superando con creces, en cantidad de laudos, a la Bolsa de Comercio, Cereales o Colegio de Escribanos

IV. Consideraciones finales

Por lo expuesto vemos la importancia fundamental del arbitraje como herramienta para la solución de los conflictos de los consumidores. Con ella el consumidor se lleva algo que muchas veces la conciliación puede ofrecerle, una solución a su conflicto, sea por el acuerdo de las partes o sea por el laudo emitido por el árbitro, un tercero imparcial del conflicto pero que lauda con perspectiva de consumidor.

²⁹ Tambussi, Carlos E. Impulso al arbitraje de consumo (Breves apostillas sobre la Resolución 65/2018 de la Sec. De Comercio) Publicado en Diario DPI - Derecho Privado – Consumidor 06-11-2018 Cita:IJ DXLIII-390

Actualización de la cuota pura en el plan de ahorro – limite en el tiempo

Por Abog Giuliani, Alejandro Daniel
Colegio de Abogados de Mar del Plata

RESUMEN: En el siguiente trabajo busca explicar de manera breve y directa el límite temporal de la actualización de la cuota parte en el contrato de ahorro para fines determinados (o “Plan de Ahorro”). Puntualmente, me detendré en la situación del ahorrista adquirente frente al cobro extrajudicial de su deuda por falta de pago.

A su vez, se hace mención de la regulación legal del caso de estudio a los fines de que el lector pueda (eventualmente) profundizar en el tema.

PALABRAS CLAVES: CONTRATO DE AHORRO - PLAN DE AHORRO – CUOTA PURA – ACTUALIZACION – LIMITE EN EL TIEMPO – MARCO LEGAL – DERECHO DEL CONSUMIDOR – COBRO EXTRAJUDICIAL

I.- INTRODUCCION.

El contrato de ahorro para fines determinados bajo la modalidad de "grupos cerrados" (también llamado “Plan de Ahorro”) se presenta como una alternativa atractiva para las personas que planean adquirir un vehículo 0km. Esto es así porque el futuro ahorrista deposita su confianza en la MARCA y en la publicidad que ella emite, donde se limita a exponer las “ventajas” de utilizar este mecanismo, sin adentrarse en la letra chica. No es ninguna novedad que, en la práctica, optar por un “Plan de Ahorro” supone exponerse a innumerables obstáculos imprevisibles que encuentran su respaldo en la complejidad de este tipo de contrato y la desigualdad de poder entre el ahorrista y la empresa.

A los fines prácticos, me limitare a hablar solamente de la situación del “adherente adjudicatario” (llamado a partir de ahora “AHORRISTA”) al que le fue entregado el vehículo y luego de un tiempo, se ve imposibilitado de continuar con el pago de las cuotas. Es decir, aquel ahorrista que se enfrenta al cobro extrajudicial de su deuda por falta de pago. Haciendo especial hincapié en el límite en el tiempo de la actualización de la cuota parte adeudada.

Como aclaración final me referiré “LA EMPRESA” ya sea que actúe por si misma o por intermedio de un tercero, y por último debo recordarle al lector el contrato de ahorro previo encuentra su regulación específica en la Resolución 26/2004 y 8/2015 de la IGJ.

II.- LIMITE TEMPORAL DE ACTUALIZACION DE CUOTA PARTE

En caso de que la empresa persiga el cobro de lo adeudado por falta de pago – tanto en sede judicial como extrajudicial- solo podrá actualizar la cuota parte **DURANTE LA VIGENCIA DEL GRUPO CERRADO**. Esto implica que luego de la última cuota del plan, solo podrá exigir los intereses que correspondan y los gastos que acrediten.

La **Resolución Conjunta Nro. 366/2002 y 85/2002** del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y Ministerio de Economía, nos trae claridad en su Art. 3° al decir ***“En los contratos de prenda que garanticen el pago de las cuotas partes de amortización correspondientes a los contratos contemplados en el artículo 1° de la presente resolución conjunta, podrá***

establecerse, a los fines del cobro del saldo adeudado, que el monto del mismo sea determinado conforme al valor móvil que corresponda al momento del efectivo pago, siempre que éste se realice durante la vigencia del grupo respectivo.”. Esto implica un claro límite temporal y una herramienta esencial en manos del ahorrista para defenderse frente al cobro de sumas injustificadas.

Excepcionalmente, si la empresa intentase exigir la actualización de la cuota parte más allá del último periodo, deberá acreditar mediante constancia contable específica - **con los requisitos de las Resoluciones 26/2004 y 8/2015 de la IGJ.**- que dicho grupo se encuentra vigente. Situación que no es sencilla de acreditar, ya que la simple mora de uno de los ahorristas no es causal de la excepción mencionada en este párrafo.

III.- APLICACION DEL REGIMEN CONSUMERIL

Siempre que, del encuadre del ahorrista, se evidencie que estamos frente a un consumidor en los términos del **Art. 1092 del Código Civil y Comercial** y del **Art. 1 de la Ley de Defensa del Consumidor (LDC)**, deberemos aplicar el régimen consumeril para poder exigirle a la empresa el cumplimiento de sus deberes como proveedor.

Esto implicaría – siguiendo la temática de esta ponencia – que al momento de intimar al consumidor, la empresa informe de manera clara y precisa el monto por el cual se promueve el cobro de la deuda, absteniéndose de utilizar cualquier medio que le otorgue la apariencia de reclamo judicial.

En suma, la empresa deberá cumplir con el deber de buena fe, ya que el hecho de que el consumidor este en deuda no es causal para que este reciba un trato distinto ni que se lo ponga en una situación vergonzante, vejatoria o intimidatoria.

IV.- JURISPRUDENCIA LOCAL

A continuación, voy a mencionar dos fallos que me resultaron interesantes para abordar este tema, ambos de la Excelentísima Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, sala 2da de la Ciudad de Mar del Plata:

1.- **"VOLKSWAGEN S.A. DE AHORRO PARA FINES DETERMINADOS C/ FERNANDEZ MARIA ESTELA S/ EJE. PRENDARIA, 20/09/16"** (...) Ahora bien, la Resolución 366/02 establece que la posibilidad de modo que si al momento de promoverse la ejecución prendaria el "grupo" continúa vigente, el acreedor podrá incluir en la liquidación final la actualización del monto consignado en el certificado original, pero sólo hasta la fecha límite de subsistencia del grupo. A la inversa, si la liquidación abarca períodos mucho más extensos (vgr. cuando ha transcurrido largo tiempo de trámite judicial que supera el de vigencia del grupo), la liquidación debe limitar el ajuste del importe de la cuota parte que pudieran producirse por razón de cambios en el precio del bien a la fecha final de vigencia del grupo, y a partir de allí, sólo podrán calcularse los intereses (argto. esta Cámara, Sala III, causa n° 156.838 RSD 157 del 5-8-2014)(...).

2.- **"CIRCULO DE INVERSORES S.A.DE AHORRO PARA FINES DETERMINADOS C/ IGLESIAS DIEGO MARTIN S/EJECUCION PRENDARIA, 02/11/17"** (...) entendemos que la defensa

introducida por la ejecutante a fs. 217/20 al manifestar que "todos los grupos mantienen su vigencia mientras se encuentre en mora algunos de los integrantes" no es de recibo pues el propio artículo 9.1.4.1 del Cap. II de la Res. 26/2004 establece que en el balance técnico de liquidación de grupo "se determinará el porcentaje de morosidad del grupo a la fecha de finalización del mismo en forma explícita, analítica y numérica. Es decir que, contrariamente a lo sustentado, el grupo puede finalizar aún con la existencia de adjudicatarios morosos. (...) "

V.- CONCLUSIONES

1.- El contrato de ahorro para fines determinados bajo la modalidad de "grupos cerrados" es complejo y es necesario un mayor control en el normal desarrollo del mismo para evitar problemas (en favor de la empresa).

2.- En el caso de la cuota pura, solo se podrá actualizar hasta la última cuota del plan de ahorro (momento en el que el grupo deja de estar vigente).

3.- La mora de uno de los ahorristas no es causal para que el grupo continúe vigente luego de la última cuota.

4.- Luego de la finalización del grupo, solo corresponde imputar los intereses que resulten del monto adeudado.

5.- La deuda debe estar informada de forma clara y precisa, indicando todo lo que sea necesario para que el ahorrista pueda ejercer su defensa.

6.- La empresa debe abstenerse – de oficio- de compulsar el cobro de deuda sin contemplar las leyes mencionadas en esta ponencia.

7.- La empresa debe abstenerse – de oficio- de darle apariencia de reclamo judicial al cobro extrajudicial.

8.- Siempre que el encuadre lo permita, debe aplicarse la regulación de la Ley de Defensa del consumidor para imponer los principios que lo rigen y exigir el cumplimiento de las obligaciones que recaen sobre el proveedor.

La protección de Usuarios de Servicios Financieros en los Proveedores de Servicios de pagos

Dr Rodriguez, Martiniano
Colegio Público de Abogados de la Capital Federal

Sumario: I. Introducción; II. Proveedores de Servicios de Pagos; III. Las Fintech ante la UIF; IV. Protección de Usuarios de Servicios Financieros desde la perspectiva de las Fintech; V. Fallo: LFM c/ Mercado Libre SRL s/ ordinario; VI. Conclusión; VII. Propuesta; Bibliografía Utilizada.

I. Introducción.

Vivimos en un mundo de constante avance tecnológico, donde distintas innovaciones han llegado para solucionar y ayudar a nuestra sociedad. Una solución son las “Fintech”, que ofrecen servicios financieros mediante sus plataformas digitales y que han venido a revolucionar las finanzas tradicionales del sistema bancario, tanto a nivel usuario particular como empresarial.

En nuestro país, existen 56 Proveedores de Servicios de Pago, de las cuales 32 ofrecen servicio de Billetera Digital Interoperables, demostrando claramente que ya no se trata de una moda pajera financiera.

La experiencia internacional, nos indica que las “Fintech” es el principio del nuevo sistema bancario, lejos del descredito al sistema tradicional, crisis financiera, crecimiento tecnológico y la generación millennials.

Varias preguntas al respecto: ¿que entendemos por “Fintech”? ¿De dónde viene la palabra “Fintech”? ¿Son las “Fintech” una solución al problema financiero “tradicional”? Empecemos por la segunda pregunta, la palabra no es más que un juego de dos palabras: Finance and Technology, es decir, finanzas y tecnologías.

Respecto a la primer pregunta, un poco ya lo venimos respondiendo en esta introducción, sobre que las “fintech” son aquellas plataformas que ofrecen servicios financieros mediante dispositivos tecnológicos.

Sobre la tercer pregunta, debemos primeramente remitirnos al año 2008, donde se generó la crisis económica mundialmente conocida como “Crisis de las Hipotecas Subprime³⁰”³¹ y vulgarmente conocida como “Crisis de las Hipotecas Basuras”, llevo a que muchas pymes o clientes particulares no tuvieran acceso a líneas de créditos para financiar sus necesidades debido a la gran burocracia que debieron aplicar para ser otorgados, y que de allí surgen las primeras fintech como una solución a esta necesidad que había entre la sociedad.

En nuestro país, es necesario tener presente que luego de la crisis del 2001-2002, conocida como la “Crisis del Corralito y Corralón” aplicada por los Presidentes de la Nación Fernando de la Rúa y Eduardo Duhalde, llevo a que muchas personas no solamente descrean en el sistema bancario argentino, sino que también queden afuera de dicho sistema hasta el día de

³⁰ Hipotecas subprime, fue un mercado secundario de préstamos hipotecarios, en donde con las hipotecas otorgadas se generó un fideicomiso financiero a los fines de generar más capacidad prestable por parte de las entidades financieras hasta llegar al punto de otorgar estos préstamos a usuarios sin requerir garantía alguna como contraprestación y sin análisis crediticio previo, provocando un gran riesgo financiero para las propias entidades.

³¹ Crisis económica producida principalmente en los mercados financieros de EEUU, producto de la desconfianza hacia los productos con garantía hipotecaria y llevo a la quiebra y disolución de un gigante del mercado en aquel momento como fue Lehman Brothers.

hoy, motivo agigantado durante la pandemia de Covid-19 en donde muchas de las personas que trabajan y cobran por fuera de una cuenta bancaria, se vieran perjudicados al no poder seguir cobrando por dichos trabajos, como también se vieron perjudicadas las pymes.

Ante esta necesidad que surgió durante la pandemia, las fintech que ya venían en crecimiento en la Argentina, fue nuevamente una solución para estos sectores, permitiéndoles cobrar por la venta de sus servicios o bienes y de alguna forma introducirlos de manera indirecta al sistema bancario argentino, generando un debate sobre si hay relación de consumo entre los usuarios de estas plataformas y los proveedores de las mismas y si le son aplicables las normas pertinentes a los derechos del consumidor y la protección a los usuarios de servicios financieros.

Es por ello que, en el presente trabajo, vamos a tratar de explicar como las normas respecto a la protección de usuarios de servicios financieros se aplican a estas plataformas y que dice la jurisprudencia respecto de esto, en el fallo “L. F. M. c/ Mercado Libre S.R.L. s/.

Pero antes de entrar en detalles respecto a la temática principal, debemos conocer si el Banco Central de la República Argentina (en adelante BCRA), regula a estas “Fintech” y que nominación jurídica le da al respecto”

También se debe recurrir a las normas de Prevención de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo que dicta la Unidad de Información Financiera (en adelante UIF) respecto a las “Fintech”, y si estas son sujetos obligados y que nos determina la ley 25.246.

II. Los proveedores de servicio de pagos.

a. Cuestiones generales.

El BCRA enmarca a los proveedores de servicios de pagos (en adelante PSP), bajo la figura de aquellas que tienen por objetivo establecer las mismas reglas que sin ser entidades financieras, cumplen una función en la provisión de servicio de pago, y que por lo tanto compitan.

Para que esto sea así, las PSP deberán observar las reglas que desarrollen la provisión de pago bajo el sistema nacional de pagos³²; en el cual están comprendidos todos los instrumentos de pagos regulados por el BCRA, así también las infraestructuras de mercado financiero y los esquemas de pago necesario para su funcionamiento.

Estas infraestructuras y esquemas incluyen tanto a los pagos minoristas, como también todas las transferencias de fondos o pagos de alto y bajo valor respecto a las transferencias mayoristas entre sí y el BCRA.

Pero, ¿qué se entiende por proveedor de servicio de pago? Para el BCRA en el texto ordenado sobre esta temática, las describe como toda aquella persona jurídica que, sin ser entidades financieras cumplan alguna función dentro del sistema de pago minorista en el marco del sistema nacional de pagos.

Con esto, el BCRA establece la creación de un registro público en donde todas las personas jurídicas que deseen operar como proveedores de servicios de pagos, se deberán inscribir para que puedan operar como tales.

b. Exclusiones para ser proveedor de servicio de pago.

El BCRA determinó que no podrán operar como PSP, todas aquellas sociedades que no se encuentren constituidas regularmente en el país o las que se hayan constituido en el

³² Conformado por instrumentos, procedimientos y métodos de transferencias de fondos y que tiene como fin garantizar la circulación de dinero entre los diversos partícipes del sistema financiero, sean bancarios u otros organismos participantes.

extranjero, pero no ha cumplimentado con lo previsto en la Ley 19.550, “Ley General de Sociedades” sobre la inscripción en el Registro Público de Comercio³³.

Tampoco podrán ser las personas jurídicas que bajo análisis de la Comisión Nacional de Valores (en adelante CNV) operen con mercado.

También se incluyen como excepción para operar a las personas jurídicas cuyos accionistas sean personas comprendidas en el artículo 10 de la Ley 21.526 sobre Entidades Financieras incisos a), b), d), e) o f)³⁴, o que tengan antecedentes por condena de delitos dolosos contra la propiedad, administración pública, orden económico y financiero, secretos y privacidad, etc.

Serán exceptuadas de este punto las acciones adquiridas que no superen el umbral del 20% del capital o el derecho a voto.

c. Funciones a cumplir.

El BCRA determina que los proveedores que deseen operar en el país, deberán proveer de cuentas de pagos a los fines de que tengan la posibilidad de hacer débitos y créditos dentro de un esquema de pagos.

Estas cuentas deben ser en moneda nacional, es decir en pesos, y deben estar totalmente libre respecto a la disponibilidad de los fondos.

d. Registro de Proveedores de Servicio de Pago y Registro de Billeteras Digitales interoperables.

Todos los proveedores de servicio de pago que deseen operar como billetera digital o como red de transferencias, deberán inscribirse en el Registro de Proveedores de Servicios de Pagos habilitado por la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias (en adelante SEFyC).

Para ello, deben ingresar a la página web de la AFIP donde se tramitan el usuario y contraseña necesarias para realizar la inscripción correspondiente ante la página web del BCRA, en la cual se debe adjuntar la siguiente documentación e información: copia del contrato social o estatuto junto a la constancia de inscripción ante autoridad de aplicación; denominación de la persona jurídica y maca comercial; CUIT; domicilio legal y especial; representantes legales; responsables de seguridad de datos; responsables para régimen informativos; para quienes cumplan servicio de billetera digital deberán especificar si el servicio permite el pago con códigos QR y detallar como se instrumentaran esos pagos; etc.

Cumplido con la solicitud para ser proveedor, recibirán un número de trámite de forma electrónica.

Satisfecho con todos los requisitos, la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiaria les otorgará un certificado de inscripción y un número en el registro de proveedores de servicios de pagos.

Una vez que tengan la inscripción finalizada, estos proveedores deben dar cumplimiento al régimen informativo establecido, dar acceso a sus instalaciones y documentación a personal de la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias.

³³ Inspección General de Justicia en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la Dirección Provincial de Personas Jurídicas en el ámbito de Provincia de Buenos Aires como ejemplos.

³⁴ Son los afectados por inhabilidades o incompatibilidades con el art 265 de LGS; inhabilitados para ejercer cargos públicos; inhabilitados para ser titulares de cuentas corrientes, hasta 3 años de haber cesado dicha medida; los inhabilitados por el inc. 5) del art 41 de la LEF; los declarados por la SEFyC como responsables por irregularidades en el gobierno y administración en entidades financieras.

En el caso de la parte demandada del fallo en cuestión, la misma se encuentra inscripta no solamente como proveedor de servicio de pago, sino también como billetera digital:

- Como PSP se encuentra inscripta bajo el código proveedor N° 33535, Mercado Libre SRL, denominación comercial “Mercado Pago”, CUIT 30-70308853-4, categoría: “Proveedor de Servicio de Pago que ofrece Cuenta de Pago”

- Como billetera digital interoperable³⁵ se encuentra inscripta bajo el código proveedor N° 36502, Mercado Libre SRL, denominación comercial “Mercado Pago”, CUIT 30-70308853-4.

-

e. Administración de fondos.

La normativa detalla sucintamente que los fondos que realicen los clientes deberán estar disponibles en todo momento, con carácter inmediato ante su requerimiento en caso de ser necesario. Para ello, es necesario la implementación de sistemas donde se puedan identificar a e individualizar los fondos de cada cliente.

f. Transparencia.

Por último, la normativa hace mención que para los casos de publicidad los proveedores de servicios de pagos deben hacer mención a que solo se limitan a ofrecer servicios de pagos y que no están autorizada por el Banco Central de la República Argentina a operar como entidad financiera.

También deben mencionar que los fondos depositados no constituyen depósitos en una entidad financiera, ni que están garantizados de acuerdo a las normativas correspondientes aplicables a los depósitos en entidades financieras.

Respecto al fallo a mencionar, estas leyendas toman mucha relevancia para el tribunal ya que lo someten al principio de primacía de la realidad, a lo fines de saber si mercado libre cumple con dicho principio o no para poder determinar la responsabilidad en los hechos denunciados y que fueron motivo del litigio.

III. Los Proveedores de Servicios de Pago ante la Unidad de Información Financiera.

a. Aspectos generales.

Otro punto que se debe analizar previamente, es respecto a si los proveedores de servicios de pago deben ser sujeto obligados ante la Unidad de Información Financiera (UIF).

Como respuesta a esto, debemos decir que existen dos normas que determina y obliga a los proveedores de servicio de pago a ser sujetos obligados. La primera de ella es la Ley 25.246, donde en su artículo 20 inc. 8) describe a las empresas emisora de cheques de viajero u operadoras de crédito u compra.

La ley también en el artículo 20 bis establece el deber de informar como obligación legal de los sujetos obligados dentro de su ámbito de actuación y de poner a disposición de la Unidad de Información Financiera toda la documentación recabada de sus clientes, en base lo

³⁵ Son aquellas que, mediante aplicación en un dispositivo móvil o sitio web permiten pagos con transferencias (PCT) tomando fondos de una cuenta bancaria o no, mediante la lectura de un código QR

establecido por el artículo 21 bis³⁶ inc. 1) apartado a)³⁷, como también informar las conductas sospechosas de personas jurídicas o humanas ante la existencia de una situación que pueda configurar un hecho u operación sospechosa de lavado de activo o financiación al terrorismo.

Asimismo, el artículo 21 determina que los sujetos obligados están sujetos a las obligaciones de recabar de sus clientes, requirentes o aportantes documentos que prueben fehacientemente su identidad, persona jurídica, domicilio; informar cualquier hecho u operación sospechosa independiente del monto de la misma; abstenerse de relevar al cliente o a terceros las actuaciones que se realicen en actuación a la ley.

b. Resolución N° 76/2019.

La segunda norma, es la resolución de la UIF N° 76 del año 2019 donde en su artículo 1°, se determinó los lineamientos para la gestión del riesgo de lavado de activos y de cumplimiento mínimo para los sujetos obligados que son operadores del sector de tarjeta de crédito, emisores de cheques de viajero, debiendo adoptar y aplicar procedimientos y controles.

Respecto al tema que nos toca, el artículo 2) en su inciso c) determina que estos proveedores son aquellos agregadores, agrupadores o facilitadores de pagos que sean personas humanas, jurídicas o estructuras legales sin personería jurídica, donde mediante un contrato con el adquirente, proporcionan a sus clientes, a través de una plataforma o sistema, el servicio de procesamiento y/o liquidación de pagos de las tarjetas reguladas por la presente norma a través de diversos medios, ya sea en contexto de medios de pago presencial como no presencial.

Con todo esto y mencionando a la parte demandada del fallo a mencionar más adelante, podemos decir que Mercado Libre, bajo la marca comercial “Mercado Pago”, es un sujeto obligado ante la UIF debido a que se encuentra alcanzado por estas dos normas mencionada previamente.

La resolución en su art 2 inc. d), y en consonancia a la protección de usuarios de servicios financieros, define al cliente como toda persona humana, jurídica o estructura legal sin personería jurídica, que establece una relación contractual de manera ocasional o permanente de carácter financiero, comercial o económica con los sujetos obligados, que en nuestro caso serían los agrupadores, agregadores o facilitadores de pagos.

c. Registro de sujetos Obligados.

El artículo 21 bis inc., 2) de la ley 25.246, determina que todos los sujetos obligados deben registrarse ante la Unidad de Información Financiera.

Pero, ¿cómo se encuentra inscripto ante la UIF? La respuesta a esto es que se encuentra inscripta como Mercado Libre SRL, CUIT 30-70308853-4 y están inscripto bajo los sujetos de “Empresas emisoras de cheques de viajero u operadoras de tarjetas de crédito o de compra - Operadoras o Emisoras de Tarjetas de Crédito o de Compra” y “Sector Seguros - Agentes Institorios³⁸”.

³⁶ El artículo en cuestión considera como cliente a todas las personas humanas o jurídicas, patrimonio de afectación, u otras estructuras jurídicas, y quienes actúen por cuenta y orden de éstas; con los cuales se establezca, de manera ocasional o permanente, una relación contractual de carácter financiero, económico o comercial

³⁷ El apartado a) describe que los clientes sean identificados mediante información y documentación conforme a las normas que dicte la UIF, y que se puedan obtener de ellos o fuente confiable e independiente la veracidad de su contenido.

³⁸ Agente Institorio es un auxiliar en la actividad aseguradora, de quienes se les aplican las normas del mandato. Deben inscribirse ante la Superintendencia de Seguros de la Nación (SSN).

IV. Protección de Usuarios de Servicios Financieros.

a. Aspectos generales.

Como primer paso, no debemos olvidar la importancia de nuestra carta magna, que en su artículo 42 nos establece los derechos de los consumidores y usuarios de bienes y servicios, respecto a la seguridad, protección, información adecuada y trato digno³⁹.

El segundo paso y que tampoco debemos dejar afuera, es la ley 24.240 de Defensa al Consumidor y Usuarios, en donde se establece el gran marco regulatorio del art 42 de nuestra Constitución Nacional y determina cuales son los derechos y obligaciones que tienen un consumidor y un proveedor al momento de adquirir un bien o servicios bajo la relación de consumo⁴⁰

Ahora sí, entrando al tema principal de este trabajo, el BCRA regulo bajo un texto ordenado titulado “Protección de los Usuarios de Servicios Financieros”, todas las medidas que deben tomar las entidades bancarias y proveedores de servicios de pagos a los fines de que evitar abusos hacia los usuarios de dichos servicios.

Para ello, definió al usuario de servicio financiero como aquella persona humana o jurídica que en beneficio propio o de su grupo familiar o social y en carácter de destinatarios finales hacen uso de los servicios ofrecidos por los sujetos obligados.

Asimismo, en el punto 1.1.2 determina quienes serán los sujetos obligados y mas precisamente en el punto 1.1.2.4 menciona a las empresas no financieras emisoras de tarjeta de crédito y/o compra.

Esta norma, establece como criterio general que los sujetos obligados deben considerar y resolver fundadamente los reclamos que planteen los usuarios respecto con los servicios que ofrecen y/o prestan.

Las actuaciones que realicen estos sujetos, estarán supervisadas por el Banco Central de la República Argentina, donde en caso de que se presenten incumplimientos serán pasible de sanciones.

b. Los nuevos sujetos obligados.

Como ampliación a lo que ya hemos mencionado en el punto anterior, el BCRA durante el mes de septiembre del corriente año, mediante la *Comunicación “A” 7593*, determino quienes pasaran a integrar la nómina de ser sujetos obligados descripta en el Texto Ordenado “Protección de los Usuarios de Servicios Financieros”.

Estos nuevos sujetos serán los “Proveedores de Servicios de Pago que Ofrecen Cuentas de Pago” (en adelante PSPCP) y los “Proveedores de Servicios de Pago con función de cuenta de iniciación y prestan servicio de billetera digital” (en adelante PSI).

c. Derechos que ostentan lo usuarios de servicios financieros.

La normativa en cuestión, el Banco Central de la República Argentina determina que los usuarios de servicios financieros en una relación de consumo, tienen derechos a la protección de su seguridad e intereses económicos; recibir información clara, suficiente y veraz; libertad de elección; trato digno y equitativo.

Dicha normativa, determina que los sujetos obligados tienen la obligación de arrojar las acciones necesarias para el cumplimiento efectivo de estos derechos para todos los usuarios y potenciales usuarios, respecto a los servicios ofrecidos de forma que sean en condiciones igualitaria su acceso.

³⁹ Bajo el marco de una relación de consumo.

⁴⁰ Vinculo jurídico generado entre las partes que adquirieron un bien o servicio.

Si vamos al fallo en cuestión, encontramos que Mercado Libre SRL bajo su denominación Mercado Pago es un sujeto obligado por este texto ordenado, ya que es una empresa no financiera emisora de tarjeta de crédito y/o compra, como ya se mencionó con anterioridad justamente.

En otro punto, adelantando la temática del fallo, los usuarios tienen derecho a la protección de su seguridad e intereses económicos, donde los sujetos obligados, en este caso los proveedores de servicios de pago, tienen la obligación de garantizar dicho derecho a todos los usuarios, sean actuales o potenciales.

Por último, en lo que respecta a derechos de los usuarios y usuarias, es necesario retomar la Comunicación "A" 7593 mencionada con anterioridad; en la cual se determinó que en pos de ampliar los derechos de aquellos usuarios y usuarias que tengan capacidades diferentes, los proveedores de servicios financieros que ofrezcan cuenta de pago o cuenta de iniciación deberán cumplimentar con las exigencias establecidas por la Comunicación "A" 7517 del mes de mayo del año 2022.

Pero, ¿qué nos dice esta comunicación? Esta comunicación, en su comienzo fue dirigida exclusivamente a las entidades financieras y que con la difusión de la comunicación 7593, incorporo a las PSPCP y PSI en donde se las obligo a que en sus aplicaciones de dispositivos móviles o sitio web tengan las siguientes funciones:

- Reproductor de texto a voz.
- Toda comunicación que contenga imagen, deben tener un texto alternativo posible de ser reproducido de texto a voz.
- Cumplir con las "Pautas de Accesibilidad de Contenido Web 2.0"⁴¹ dispuesto por la Oficina Nacional de Tecnologías de Información (ONTI), para tener sitios web de acceso más fáciles para usuarios y usuarias con capacidades diferentes o restringidas.
- Capacitar al personal sobre discapacidad y lenguas de señas argentina (LSA).
-

d. Servicios de atención a los usuarios.

La norma del Banco Central respecto a esta temática, determina que los sujetos obligados deben establecer el servicio respecto al tratamiento y resolución de consultas y reclamos que presenten los usuarios de servicios financieros, observando las normas vigentes en materia de protección a los usuarios, a los fines de adoptar las acciones que reduzcan su reiteración.

Para ello deberán mencionar a un responsable de atención al usuario, donde el directorio o autoridad equivalente de los sujetos obligados nombre al titular y un suplente como responsable a los fines de que asegure la atención adecuada de los usuarios de servicios financieros.

Entre sus funciones, estos responsables deberán dar curso a los reclamos originados por los usuarios o aquellos que les trasladen desde el Banco Central; atender los requerimientos relacionados con situaciones que hubieran generado acciones legales, sean iniciada por el sujeto obligado o los usuarios.

Los responsables entre otras funciones, además deberán administrar y mantener actualizado el registro centralizado de consultas y reclamos; registro de reintegro de importes; registro de denuncias en instancias judiciales y administrativas de defensa al consumidor.

Asimismo, los responsables deberán elevar al directorio o autoridad equivalente con un periodo trimestral las consultas y reclamos recibidos, intervenciones requeridas por denuncias

⁴¹ Accesibilidad en termino visuales, auditivas, físicas, del habla, cognitivas, relativas al lenguaje, aprendizaje y cognitivas.

tramitadas ante instancia judicial o administrativa en defensa al consumidor, reintegro de importes realizados.

Por otro lado, los sujetos obligados deberán contar con un manual de procedimientos donde se expliquen los pasos y recaudos para la atención de las consultas reclamos de realicen los usuarios.

El manual debe ser aprobado por el directorio o autoridad equivalente, donde le deben dar conocimiento previo a la auditoria interna y al directivo de responsable de atención a los usuarios de servicios financieros, dejando constancia en actas de dicha autorización.

V. Caso: L.F.M c/ Mercado Libre SRL s/ ordinario.

Los hechos remiten a que el actor, el sr. LFM, se encontraba trabajando como conductor para la aplicación "Beat" en donde una noche de julio del año 2021 se sube un pasajero para que lo lleve hacia villa "La Carcova", ubicada en el Partido General San Martin, Provincia de Buenos Aires.

Al llegar al lugar, este pasajero le roba sus pertenencias y le exige, mediante violencia, que le haga entrega del patrón de desbloqueo de la aplicación "Mercado Pago", dándose así a la fuga posteriormente.

Ante estos hechos, el actor vuelve a su casa rápidamente para hacer ejercicio de bloquear la cuenta con dicha aplicación y se encuentra que se habían realizado dos transferencias con un monto de \$100.000 y otra de \$5.000 a una cuenta del Banco Provincia a nombre de David Jesús González, además de una recarga telefónica por un importe de \$700.

Luego de haber realizado el correspondiente bloqueo, se dirige a la comisaria de José León Suarez para hacer la correspondiente denuncia policial. Salido de allí, realiza la denuncia ante Mercado Pago, de lo cual resalta la imposibilidad de encontrar un número telefónico y que solo se puede realizar la misma mediante el llenado de un formulario. Al no recibir ninguna novedad, realiza un nuevo reclamo y en el mismo le responden que no son responsables por los hechos sucedidos.

Esto le llevo al actor a la conclusión de que la aplicación cuenta con un fácil acceso a la cuenta, pero un difícil acceso para hacer un bloqueo de la misma, lo cual representa una fragilidad en sus sistemas de seguridad.

Que a pesar de realizar las denuncias correspondientes ante Mercado Libre y no tener respuestas satisfactorias respecto al recupero de su dinero, ya que las transferencias se habían realizado sin su consentimiento, el actor se presenta ante la Dirección de Comercio y Defensa al Consumidor de la Municipalidad de San Martín.

En dicha dirección, se fija una audiencia para llegar a una conciliación entre las partes, donde en la primera de estas, los representantes de Mercado Libre no se comparecen. Se fija una segunda audiencia donde el actor ratifica nuevamente los hechos sucedidos y se presentan los representantes de Mercado Libre, quienes confirman que dichas transferencias se habían realizado a la cuenta mencionada anteriormente y que no hay ofrecimiento posible.

Como no hay un posible acuerdo entre las partes, el director decide realizar un auto de imputación contra Mercado Libre, quien realiza el descargo pertinente sobre los hechos y su imputación, dejando la resolución final a la autoridad municipal competente.

En los considerandos, se entiende que las supuestas las operaciones fueron realizadas en un hecho delictivo y que, por lo tanto, se enmarcan bajo una relación de consumo financiera generada entre el actor y la demandada a través de un CVU que da la billetera digital; ya que la denuncia se origina por las dos transferencias realizadas y que están debidamente desconocidas por el actor, aportando la documentación del destinatario de dichos fondos y la recarga de celular al día siguiente.

Que de acuerdo al artículo 42 de la Constitución Nacional, el art 5 de la ley 24.240 y las normas del banco central determinan la obligación de los proveedores de servicios de pago a brindar la seguridad necesaria para la protección de los usuarios; por lo que se entiende que Mercado Libre, bajo sus servicios de pago y cobro, no ha brindado las medidas necesarias para prevenir los daños hacia el actor, existiendo hoy en día tecnología suficiente para mejorar las cuestiones de seguridad.

Respecto a las medidas de seguridad del consumidor y protección económica que menciona el artículo 42 de nuestra constitución, la Corte Suprema en el fallo “Ledesma” (331:819) determinó que la seguridad es un valor que debe guiar a los proveedores de aquellas actividades que se vinculen con la vida o salud de las personas. Mismo sintonía tomó el alto tribunal en el fallo “Uriarte” (333:203), en donde se profundizó aun más dicho deber de seguridad al sostener que las empresas tienen el deber de extremar las previsiones necesarias para el cumplimiento estricto de las leyes en amparo de las posibles víctimas.

También, hay que mencionar que Mercado Libre, en su marca “Mercado Pago”, contiene la leyenda de que “ofrece servicios de pagos y que no está autorizada por el Banco Central de la República Argentina para operar como entidad financiera”. Para este tribunal, hay que resaltar el PRINCIPIO DE PRIMACIA DE LA REALIDAD⁴², que determina la naturaleza verdadera de las conductas y que para poder determinarla se consideraran las situaciones y relaciones económicas que efectivamente se realicen; por lo que bajo este principio el servicio brindado por Mercado Libre va más allá de una mera intermediación, ya que no solo brinda soporte para pagos virtuales, sino que permite recibir fondos, pago de servicios, poseer CVU, gestionar préstamos mediante “Mercado Crédito”. Dejando así evidente que la empresa demandada debe cumplir con todas las medidas referidas a la protección de los usuarios financieros a los fines de proteger la intangibilidad de los activos que son depositados por los usuarios del sistema.

Para ello, se pueden tomar otras medidas que podrían ser la utilización de IA para analizar el comportamiento de los usuarios de servicios financieros, sistemas de alerta temprana donde el usuario reciba información mediante mail, mensaje para verificar fehacientemente la identidad de dicho usuario y la posibilidad de retener los fondos de transferencias por un plazo a los fines de evitar posibles fraudes y futuros daños.

Tampoco hay que dejar de lado, que el avance de la tecnología ha generado en los usuarios una hipervulnerabilidad respecto a esta, dejando a las empresas que brindan el servicio de billetera digital, elevar su estándar de responsabilidad ya que se tratan de profesionales colectores de fondos.

Esto nos permite entender la condición débil que recae sobre el actor, caracterizada por la ausencia de conocimientos y que se relaciona con el error, por lo que Mercado Libre debe asumir con dicho error.

En su defensa Mercado Libre sostiene que sus sistemas de seguridad no han sido violentados, por lo que deja en voluntad de los usuarios, robustecer las medidas de seguridad que la plataforma de Mercado Pago contiene; generando una carga indebida para los usuarios que son la parte más débil de la relación de consumo frente a la vulnerabilidad tecnológica que enfrentan.

Por esto, se entiende que la responsabilidad por parte de Mercado Libre es objetiva, basándose en el factor objetivo de reparar los daños que se ocasionen mediante los riesgos que generan este tipo de actividad y que no son de fácil control para los usuarios; generando hacia

⁴² Principio muy utilizado en los litigios referidos Derecho Laboral, donde permite al juez que en los supuestos de discordancia entre la práctica y las normas darle prioridad a los hechos que está analizando.

la demandada no solo la obligación de informar a los usuarios en materia de seguridad, sino también el deber de seguridad es independiente respecto a la información brindada.

Además, se debe destacar que la responsabilidad es objetiva, porque sin la existencia de la billetera digital el daño a los intereses del actor no se hubiera producidos.

Ante todo, lo expuesto, se resolvió condenar a Mercado libre por los fundamentos que se mencionaron; imposición de multa por un importe de \$100.000; reparación del DAÑO DIRECTO al actor por un importe \$105.700, al cual deberán agregarse los intereses devengados según Tasa Activa para Operaciones de Descuento a 30 días del Banco de la Provincia de Buenos Aires, computándose desde la fecha del perjuicio; pago de la tasa de justicia por un valor de \$1.500.

VI. Conclusiones.

Como conclusiones de este trabajo, debemos destacar la importancia de la protección de los usuarios ante las Fintech, la cual debe ser mayor ante los avances constantes de la tecnología, debido a que los usuarios son considerados como sujetos de hipervulnerabilidad ante el uso de estas tecnologías.

Esta protección, principalmente debe ser ejercida por aquellos proveedores de servicios de pago que tengan una billetera digital que mediante CVU permitan hacer pagos y recibir cobros a dichas cuentas, a los fines de proteger los intereses económicos de los usuarios que utilicen dichas plataformas.

Que la existencia de estas plataformas tecnológicas, ha generado una nueva actividad riesgosa para quienes la utilicen, dejando de lado el beneficio que pueden tener para la sociedad su utilización. Para ello, las empresas que provean dichos servicios deberán contar con las herramientas necesarias para que su seguridad sea lo mas eficiente posibles y así evitar un daño a los usuarios, como también dar una respuesta lo más rápido posible que pueden sufrir estos usuarios.

Para que los reclamos tengan un resultado positivo y que los mismos sean los menos posible, es necesario contar con una multicanalidad de recepción de los mismos; donde los mismos sean concentrados y analizados para que sirvan como datos para mejorar dichos servicios y evitar fallas en su seguridad.

Otro punto a mencionar como conclusión, es que Mercado Libre no cuenta con números telefónicos para hacer reclamos, sino que los mismo solo pueden realizarse mediante la aplicación o sitio web; manifestando así que no hay una multicanalidad efectiva para la recepción de los reclamos que puedan hacer los usuarios de Mercado Pago.

En relación con este punto, es necesario resaltar que quienes están adentrado en las cuestiones de derecho bancario y protección a los usuarios de servicios financieros, sabemos que el BCRA cuenta con registros sobre responsables de atención a los usuarios, que tienen como fin el velar por el cumplimiento de los derechos del usuario consagrados en nuestra Constitución, y que si vamos al caso traído en este trabajo, podemos descubrir que Mercado Libre solo informo a sus responsables de atención a los usuarios en el registro de responsables para proveedores no financieros de créditos y no en el registro de responsables de atención a usuarios para empresas no financieras emisoras de tarjetas y/o compra; lo cual genera una gran contradicción ya que Mercado Libre no esta inscripto en el registro como proveedor no financiero de crédito, pero si esta inscripto en los registro como proveedor de servicios de pagos y en el de billeteras digitales interoperables bajo la marca comercial "Mercado Pago".

VII. Propuesta.

Para finalizar, creo y considero que el próximo paso en lo que respecta a la protección de los usuarios de servicios financieros que utilizan las plataformas Fintech o billetera digital interoperables, es que estas puedan ser partes del Seguro de Garantía de los Depósitos⁴³, administrado por SEDESA⁴⁴, con el propósito de que en los casos de que aquellas Fintech que no puedan devolver los fondos de los usuarios en tiempo y forma, puedan ser cubiertos por dicho seguro a los fines de que no haya un perjuicio para aquellas personas que son usuarios de estas plataformas, ampliando así el espectro de derechos que ostentan estos sujetos bajo la relación de consumo originada con la creación de una cuenta para poder operar con dichas plataformas.

Ahora, esto nos llevaría a las siguientes preguntas: ¿Qué pasaría con la Fintech que no pudo cubrir con los fondos de los usuarios? ¿Cómo se recupera la cobertura realizada por SEDESA? La respuesta a estas, es que la Fintech pasaría a un estado de liquidación, donde sus activos serían puestos en fideicomiso a los fines de que, al ser vendidos, lo recaudado pase a integrar el Fondo de Garantía de los Depósitos.

BIBLIOGRAFIA UTILIZADA:

- Manuelito, Sandra y Otros; La Crisis de la subprime en Estados Unidos y la regulación y la supervisión financiera: lecciones para América Latina y el Caribe; CEPAL; Santiago de Chile; 2009.
- Constitución Nacional; Capitulo Segundo; Nuevos Derechos y Garantías; artículo 42.
- Ley 24.240, Derechos del Consumidor y Usuarios.
- Banco Central de la República Argentina; Texto Ordenado, Protección de los Usuarios de Servicios Financieros.
- Banco Central de la República Argentina; Texto Ordenado, Proveedores de Servicios de Pagos
- Banco Central de la República Argentina; Registro de Proveedores de Servicios de Pagos
- Banco Central de la República Argentina; Registro de Billeteras digitales interoperables.
- Banco Central de la República Argentina; Comunicación "A" 7593.
- Banco Central de la República Argentina; Comunicación "A" 7593.
- Ley 25.246; Prevención de Lavados de Activos y Financiación al Terrorismo; artículo 20, inc. 8), artículo 20 bis, artículo 21); 2000
- Unidad de Información Financiera; Resolución N° 76 del año 2019.
- Juzgado Municipal de Faltas de San Martín, Sala/Juzgado II; L. F. M. c/ Mercado Libre S.R.L; 03/02/2022; <https://aldiaargentina.microjuris.com/>
- Banco Central de la República Argentina; Registro de responsables de Atención al Usuario de empresas no financieras emisoras de tarjetas de crédito y/o compra
- Banco Central de la República Argentina; Registro de responsables de Atención al Usuario de República otros proveedores no financieros de crédito
- Unidad de Información Financiera; Registro de Sujetos Obligados.
- Morea, Adrián Oscar; Radiografía del Principio de Primacía de la Realidad.

⁴³ Sistema de Seguro de Garantía de Depósitos Bancarios creado por la Ley 24.485 en el año 1995 bajo la figura de fideicomiso titulado "*Fondo de Garantía de los Depósitos*", a los fines de cubrir el riesgo de los depósitos bancarios.

⁴⁴ Seguro de Deposititos SA, creado especialmente por el Decreto Reglamentario N° 540/85 a los fines de que sea el fiduciario del "*Fondo de Garantía de los Depósitos*"

- Ley 24.485; Sistema de Seguros de Garantía de los Depósitos Bancarios, 1995.
- Decreto Reglamentario N° 540/95; Creación del Fondo de Garantía de los Depósitos y SEDESA.

La regulación de honorarios en amparos de salud en la justicia ordinaria

Por Abog Larsen, Lucila⁴⁵
Colegio de Abogados de Azul

La incorporación del art. 20 bis por la Ley 15.016, en la Ley de Amparo de la Provincia de Buenos Aires N° 13.928, y la Ley N°14.967 de Honorarios Profesionales de Abogados y Procuradores de la Provincia de Buenos Aires.

En materia de amparos en la Jurisdicción de la Provincia de Buenos Aires, más específicamente en lo que tiene que ver con la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes, rigen actualmente la Ley N° 13.928 (a la que se incorporó mediante la Ley 15.016 de Apremio - Juicios - Ley Arancelaria, promulgada en enero del año 2018, el art. 20 bis) y la Ley 14.967 de Honorarios de Abogados y Procuradores (promulgada en octubre de 2017), bajo la cual se regulan los honorarios de los profesionales en los procesos judiciales que tramitan ante la Justicia Ordinaria de la Provincia de Buenos Aires.

Estas dos Leyes, tienen un punto de conflicto respecto a la regulación de honorarios en la actuación de los letrados. La Ley 13.928, a partir de la incorporación del art 3 de la Ley 15.016 establece un tope regulatorio, que desvaloriza la tarea realizada. Teniendo presente la importancia de la regulación de honorarios para los profesionales, siendo los mismos de carácter alimentario y el sustento para quienes ejercemos esta profesión, es mi intención en adelante, realizar un análisis pormenorizado del conflicto existente entre las normas citadas.

La Ley N°14.967 establece en su art. 49: “En las acciones de inconstitucionalidad, procesos de amparo, de habeas data o habeas corpus, si la cuestión tuviese contenido económico se aplicará la escala del artículo 21º, con un mínimo de cincuenta (50) Jus. Igual mínimo se aplicará en el caso de que la acción no tenga contenido económico.” .

Pese a ello, mediante la Ley 15.016, de Honorarios de los Profesionales “Ley de Apremio-Juicios - Ley Arancelaria”, se ha incorporado en la Ley de amparos N° 13.928 el artículo 20 bis: “En estos procesos los honorarios de primera instancia se regularán hasta un máximo de veinte (20) Jus establecidos en la ley arancelaria. En los procesos de amparo por mora los honorarios de primera instancia se regularán en la única cantidad de cinco (5) Jus” .

Esta segunda ley, que si bien regula la misma materia no derogó expresamente el art. 49 de la Ley 14.967, determina un máximo de 20 jus arancelarios, teniendo presente para ello - según los fundamentos expuestos - algunas cuestiones que resultan erróneas, y parecieran ser un intento injustificado de desvalorización de la labor de los profesionales.

En principio los fundamentos invocados expresan: “...resulta necesario establecer los honorarios en el proceso de amparo regulado por la Ley 13.928, no previsto expresamente en la Ley Arancelaria vigente” .

⁴⁵ Abogada. Delegada de la Comisión de la Abogacía Joven de Azul. Vocal de la Comisión Provincial de la Abogacía Joven COLPROBA. Completo sus estudios secundarios en Paris, Francia. Egresado de Abogada en la Universidad FASTA Sede Tandil

Este argumento parece desconocer a la Ley 14.967 que en su artículo 49 establece los honorarios a regular por la actuación profesional en procesos de amparo, cuyo mínimo establecido es el de 50 jus arancelarios.

En este sentido, cabe destacar que la ley de honorarios profesionales, es anterior a la sanción de la Ley 15.016 que incorporó la regulación de honorarios en la Ley 13.928.

De lo antedicho, puede advertirse el desconocimiento del legislador al momento de la redacción, de la ley de mayor relevancia en regulación de honorarios de la Provincia de Buenos Aires. Esto resulta curioso si consideramos que esta Ley marcó un nuevo paradigma en materia de regulación y protección de honorarios.

En segundo lugar, se utiliza como fundamento que “Una tutela judicial real y efectiva requiere equilibrar razonablemente las erogaciones de las costas del proceso de conformidad con el artículo 15 de la Constitución Provincial (...).”

Pareciera que en un deliberado intento por liberarse de las responsabilidades que pudieran desprenderse de los procesos de amparos contra la Provincia de Buenos Aires o sus instituciones, el legislador argumenta el desmedro en la retribución de la labor de los profesionales abogados y abogadas, en un “equilibrio razonable de las costas del proceso”.

En miras de ello utiliza el art 15 de la Constitución Provincial como fundamento. Sin embargo, el mencionado artículo reza: “La Provincia asegura la tutela judicial continua y efectiva, el acceso irrestricto a la justicia, la gratuidad de los trámites y la asistencia letrada a quienes carezcan de recursos suficientes y la inviolabilidad de la defensa de la persona y de los derechos en todo procedimiento administrativo o judicial.

Las causas deberán decidirse en tiempo razonable. El retardo en dictar sentencia y las dilaciones indebidas cuando sean reiteradas, constituyen falta grave.”

Si bien el artículo de referencia garantiza el acceso irrestricto a la justicia, la gratuidad y la asistencia letrada a quienes carezcan de recursos suficientes, no libera de responsabilidad a los justiciables, ni reduce de forma alguna los honorarios previstos por ley, a percibir de los abogados y abogadas actantes.

Si realmente se hubiera dado la importancia que merece la norma constitucional, se hubiese evaluado a aquellos ciudadanos que resultan justiciables en este tipo de procesos. Quienes recurren a un proceso de amparo - y en particular amparos de salud - son personas que han agotado las vías administrativas para el cumplimiento de sus derechos fundamentales, o quienes no cuentan con los recursos para auto-satisfacer sus necesidades.

Esta Ley, con una regulación de honorarios tan baja, configura un desincentivo para que los y las abogadas trabajemos en procura de los intereses colectivos e individuales fundamentales; esta cuestión ha llevado a que los justiciables deban acudir a profesionales que aseguren la remuneración de su trabajo en forma anticipada, por lo que solicitan sumas de mayor cuantía para el inicio de los procesos; o que consideren como un imposible el acceso a la justicia para la resolución de sus problemas, derivando ello en la imposibilidad de acceso a derechos y garantías fundamentales.

Como puede advertirse, no solo la Ley 15.016 no encuentra fundamento en el art 15 de la Constitución Provincial, sino que además impide que las garantías allí consagradas se concreten.

El tercer y último argumento vertido dicta: “La Convención Americana de Derechos Humanos con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional) asume en su artículo 25 los principios de efectividad y sencillez para este tipo de procesos ante los jueces y tribunales competentes.”

Argumentar el recorte de honorarios en los principios de efectividad y sencillez pareciera un absurdo. Al igual que marque en el análisis del fundamento precedente, en nada impide la efectividad y la sencillez del proceso de amparo, la regulación decente de honorarios profesionales.

Asimismo, debemos tener presente que la regulación de honorarios, debe ser independiente del derecho que con la labor profesional se intenta proteger. Ya lo deja claro la Ley 14.967, teniendo presentes aquellos procesos que no tienen apreciación pecuniaria. Si nuestra labor fuera retribuíble en función del valor económico del derecho que le asiste a nuestros clientes, el trabajo en algunas áreas del derecho sería poco o nulamente redituable. Pero además, este fundamento desconoce la labor profesional de los y las abogadas, “extra-expediente”. Quienes habitualmente patrocinamos amparos de salud, realizamos muchas gestiones con las obras sociales, los prestadores médicos, las ortopedias y laboratorios, etc. Reducir de esta forma los honorarios, resulta desconocer todo el trabajo profesional. Y si bien el Art. 16 de la Ley 14.967, entre los requisitos a tener en cuenta por los Magistrados para la regulación de honorarios establece: “a) El monto del asunto, si fuera susceptible de apreciación pecuniaria. b) El valor, mérito y calidad jurídica de la labor desarrollada. c) La complejidad y novedad de la cuestión planteada. d) La responsabilidad que de las particularidades del caso pudiera haberse derivado para el profesional. e) El resultado obtenido. f) La trascendencia de la resolución a la que se llegare, para casos futuros. g) Las actuaciones esenciales establecidas por la ley para el desarrollo del proceso y las actuaciones de mero trámite. h) La trascendencia económica y moral que para el interesado revista la cuestión en debate. i) La posición económica y social de las partes. j) El tiempo empleado en la solución del litigio, siempre que la tardanza no fuera imputable para al profesional.” , habitualmente no todos ellos son tenidos en cuenta para la tarea a realizar. Es normal en las sentencias de Cámara, que se tenga en cuenta para la valorización únicamente las instancias de actuación y el cumplimiento de la medida cautelar, dejando de lado, la complejidad de los procesos, la trascendencia de la resolución obtenida, y la trascendencia económica que habitualmente tienen los procesos de amparo que llevamos adelante, y que motivan a los justiciables a su presentación.

Actualmente, y de acuerdo a los datos recabados, tanto los Juzgados como los Tribunales que intervienen en primera instancia, regulan honorarios según la Ley 14.957, es decir en el mínimo de 50 jus arancelarios. Pese a ello, estas resoluciones son habitualmente apeladas por honorarios altos, resultando en la instancia superior reducidos los honorarios regulados, muchas veces a 16 a 18 jus arancelarios, según la actividad desarrollada por el profesional, teniendo presente las instancias de actuación procesal. Tal reducción pocas veces se encuentra fundamentada. Generalmente se atribuye a las instancias del proceso tramitadas, o a la resolución del conflicto en función del cumplimiento de las medidas cautelares solicitadas, medidas que muchas veces son cumplidas luego de varios apercibimientos, e imposición de astreintes, todo ello trabajo del profesional que no se ve reflejado en la regulación de honorarios.

Sumado a la reducción de honorarios que los Órganos superiores suelen realizar en función de la mencionada ley, sus resoluciones también hacen caso al planteo de supuesta indexación que implicaría la actualización del jus arancelario. Según esta posición, el art. 54 de la Ley 14.967 importaría un “reajuste” de los honorarios, lo que resultaría inconstitucional respecto de la prohibición de indexar. Por ello, una vez que las actuaciones retornan a primera instancia, se obliga al pago de los honorarios determinados en Cámara, al valor del jus en el momento de la regulación, generalmente en sentencia de primer grado, esto es, no menos de 3 meses desde el momento de la regulación de honorarios. De esta manera, los profesionales no

cuentan siquiera con la actualización del valor del jus arancelario que si se aplica en otros procesos judiciales por imperio de la Ley de Honorarios Provincial.

Para responder a esta postura es necesario tener en cuenta que la unidad arancelaria del "Jus", resulta determinada por una ley de carácter provincial que ha establecido una forma objetiva de fijación, que no azarosamente se condice con los salarios de los magistrados y magistradas.

Asimismo, es importante dar relevancia al carácter salarial y alimentario que importan los honorarios para los profesionales abogados y abogadas de la Provincia, y de la misma forma este debe ser uno de los principales aspectos que deberían tener presentes magistrados y magistradas al momento de su determinación. La regulación de honorarios debe respetar la justa retribución de la tarea desarrollada, teniendo en cuenta los parámetros establecidos por la ley que precedentemente se ha mencionado.

De acuerdo con lo que sintéticamente se ha expuesto, la situación actual respecto a las regulaciones de honorarios en materia de amparos de salud de la justicia ordinaria, es a simple vista difícil para quienes ejercemos la profesión. Planteado de esta forma se advierte que la correcta labor, aún llevando adelante esfuerzos conjuntos con los clientes ajenos a la estricta tarea del proceso judicial, nos encontramos vulnerables al conflicto normativo de las leyes que debieran garantizar y proteger también nuestros derechos e intereses.

Personalmente considero que la Ley 14.967 pondera positivamente la labor de los abogados y abogadas respecto a todas las materias, ya que fue resultado de largas discusiones y puestas en común. No obstante la incorporación de la 15.016, cuyo aporte resulta desfavorable, ya que además de no mejorar el proceso, no lo ha agilizado, y ha desprestigiado en una traducción económica mínima la labor de los profesionales del derecho, auxiliares de la justicia.

La regulación de honorarios del art. 49 de nuestra Ley 14.967 implica una retribución justa para la labor desarrollada, y se encuentra en comparación con las demás regulaciones en otras materias, entre una de las mas altas. Dejarla al arbitrio de la Ley de amparos, es un desmedro intolerable.

Por todo lo expuesto, y en miras de modificar la realidad que de alguna manera marca el destino de los procesos de amparos, es que la solución que encuentro más acertada, sería aquella que dejara sin efecto la incorporación realizada por la Ley 15.016, y utilizara como única y especial guía la Ley de Honorarios de la Provincia de Buenos Aires N° 14.967, no solo por la cuantía en que regula los honorarios en los procesos de referencia, sino porque la misma es la referencia legal para los colegas y los justiciables. Ello podría hacerse efectivo mediante el apartamiento de los magistrados de esta última incorporación que ha planteado la Ley N°15.016, pero considero de mayor efectividad, la derogación de la Ley que nos ha causado este perjuicio.

El desarrollo de los noveles en el ejercicio profesional. ¿Un camino tedioso?

Por Abog Gonzalo Ezequiel Lera.
Colegio de Abogados de Morón

“La cueva a la que tememos entrar tiene el tesoro que buscamos”.
-Joseph Campbell-

I. Introducción.

Esta redacción tiene como finalidad debatir a ciencia cierta y a modo personal, las dificultades que han, que hemos y que seguirán suscitando los noveles colegas a lo largo de los primeros años de ejercicio profesional.

A lo largo de la misma, desarrollaremos cuales son los puntos más importantes, a criterio personal, en los que centrarnos para mejorar el desarrollo profesional de un novel colega que acaba de salir de la universidad, pero no solo respecto a dicha situación en particular, sino también englobar a colegas que se han graduado y que por diferentes situaciones han tenido que continuar con un trabajo en el que ya se desenvolvían al momento de graduarse y que por determinada causa, eligen emprender el camino de ejercer la profesión de manera liberal.

Asimismo, propondremos a partir de una serie de consultas que fueran desarrolladas a noveles colegas, cuales son las mejoras que podemos encontrar en la práctica profesional vista desde un punto de vista universitario-laboral en la que el novel colega se adentrara en una aventura jurídica que, para muchos, es aún más tediosa que el simple estudio curricular. Dichos argumentos tendrán como índice general la interrelación con la que nos vinculamos a diario respecto a nuestros noveles colegas, ya sea desde el punto de vista meramente colegial o en la simple interacción cotidiana como lo es encontrarse en la vía pública y/o tribunales, facultad, etc.

II. El abogado en la sociedad. Evolución de nuestra profesión. Dificultades que se suscitan.

Sin duda alguna, nuestra carrera...la carrera de Abogacía, dota de prestigio a su alumnado desde tiempos inmemoriales, y dicha referencia se hacía notar con mucha preponderancia hace algunos años atrás, de más esta decir que si estudiabas o si te graduabas bajo el título de Abogado ingresabas automáticamente en una “elite social” por excelencia. Dicho sea de paso y no está de más, resaltar la estadística que indica que en la República Argentina, 30 de 72 Presidentes fueron abogados, por lo cual, dicho número solamente nos invita a reflexionar sobre la importancia que tenía y tiene nuestra profesión en la sociedad y lo preponderante que es la política en la vida jurídica, así como también la relevancia que tiene la economía en ella, ya sea por nuestra moneda actual y su fluctuación ante el fenómeno de la inflación, que repercute de manera directa en los bolsillos de nuestros futuros clientes al momento de percibir el cobro de un litigio judicial.

Sin embargo, hoy en día nos encontramos con las dificultades que nuestra profesión atraviesa, para hondar en detalle quiero compartir un dato, que a simple vista me resulto

alarmante y es aquel que refiere que solo el 20% del total de los alumnos que ingresan a la carrera se recibe, así como también, compartir otro dato estadístico que refleja que nuestra carrera promedia un plan de estudio de 5/6 años aproximadamente, dentro de los cuales, más del 80% de estos logra graduarse en un intervalo de 8/9 años de carrera. Estos son datos que nos invitan a reflexionar respecto a una variante en nuestra profesión, en la cual se analiza una decadencia que viene repitiéndose desde el año 2003 a nivel educación pública. A su vez, nos permite tomar un análisis más abarcativo y ejemplificador de esta problemática, ya sea analizando las dificultades que se plantean en el mercado laboral propiamente dicho en cuanto a la escasez de puestos de trabajo bien remunerados o desde el punto de vista meramente procesal respecto a las regulaciones concedidas por los tribunales en virtud de los honorarios profesionales, o las estrategias que deberá realizar el profesional para poder coordinar un plan de pagos de un determinado cliente, algo que es y será importante para nuestro novel colega una vez matriculado para ejercer esta profesión, pero que a pesar de ello, no será el único escollo que deberá atravesar a lo largo de esta brillante carrera pero ardua profesión.

Por lo expuesto, dentro de esta redacción tomaremos aquellas opiniones consultivas y conclusiones a las que podemos arribar una vez que hayamos tomado conciencia de que para ejercer la profesión, no solamente debemos mirar el factor económico, a pesar de que es sumamente relevante, sino que también debemos poner foco en las dificultades con las que todos los colegas y/o futuros colegas salen de nuestra cuna de enseñanza y aprendizaje que es la universidad, ya sea pública o privada, sin distinciones, pero que juega un papel sumamente importante en aquel rol que buscamos al poder cambiar el paradigma que modificó a título reciente, lo que años atrás era no solo una profesión de suma relevancia societaria, sino también una profesión que permitía que el profesional pueda disponer de su propio negocio, el estudio jurídico, el cual se transmitía de generación en generación y que era el sustento económico y orgullo de la familia, algo así como la pyme familiar.

III. El novel abogado durante la culminación de su etapa universitaria.

Como ya detallamos en el capítulo anterior, la Abogacía tiene ciertas relevancias sumamente puntuales desde lo político-económico, siendo una de las profesiones más elegidas históricamente por el alumnado promedio, quizá desde su siempre y perdurable estatus social así como también desde la perspectiva laboral y económica priorizada en poder disponer de una salida laboral inminente, ya sea en el ambicioso desarrollo de una firma de abogados propia o ejerciendo bajo dicho rol para entidades públicas o privadas tales como las empresas multinacionales con asiento en nuestra República Argentina. Puntualmente, quiero determinar el enfoque de este capítulo en el arduo camino universitario del joven abogado recientemente graduado, un camino muchas veces lleno de incertidumbres, de algunas certezas y con otro tanto de desilusiones y alegrías sin olvidar la continua preparación, dedicación y esfuerzos que lo han llevado a lo largo de cada escollo que se traduce en la meta de aprobar los parciales y finales que se superpongan.

El mercado laboral será sin lugar a dudas el punto culmine de la incertidumbre que sumergirá a este novel colega durante un tiempo prudente, en el que solamente su deseo y mera intención de progreso serán preponderantes para su futuro. Desde allí podemos diferenciar dos claros puntos que diferencian a los estudiantes graduados de derecho, aquellos que ya tienen una estructura sólida en donde sostenerse profesionalmente o aunque no la tuviesen, desean emprender el muchas veces, largo y tedioso camino del asentamiento del estudio jurídico propio.

Sin embargo, también están aquellos que desean realizar su camino desde el lado de la justicia, detrás del mostrador como se suele decir o bien, utilizando su título de abogado para poder ejercer en alguna empresa nacional o multinacional, en el estado y/o en la educación pública o privada.

Como verán, los caminos son amplios y las posibilidades, ilimitadas, pero hay algo determinante que es lo que se comparte entre todos aquellos que se gradúan y salen a la realidad laboral con el título de Abogado bajo el brazo, con mayor énfasis dentro de esta redacción y a mi criterio, en aquellos que van a dedicarse a ejercer la profesión de manera liberal o respecto de aquellos otros, que busquen una vacante en el departamento de legales de un estudio jurídico ajeno o empresa y es nada más y nada menos que la mera incertidumbre que los invade y que se traduce en dificultad con la que el promedio de noveles se gradúa y es aquello que le permitirá valerse como profesionales del derecho totalmente autónomos desde el momento en que se matriculan en un colegio profesional, logrando el ejercicio al tomar sus propias causas.

Los graduados se pueden distinguir según sus posibilidades laborales, algunas más claras que otras. Sin embargo, en este caso, esa diferenciación también vuelve a marcarse notoriamente al momento de decidir su matriculación, ya que muchas veces prefieren ser pacientes y no precipitarse sobre la matriculación temprana, lo que en muchos casos es producto de esa incertidumbre que los invade y por ello prefieren tomar experiencia en otros lugares a fin de poder sentir una seguridad propia en sus conocimientos, permitiendo un mejor desarrollo laboral para su futuro.

A pesar de ello, esto también nos conlleva a una serie de dificultades que atentan en la práctica cotidiana de la profesión y que involucra de lleno a nuestros noveles, y se traduce en el mercado paralelo del ejercicio de la profesión que se centra en un abuso de confianza sobre aquellos que denotan esta cualidad de “recién recibidos” y que por encontrarse en esta famosa etapa de aprendizaje, pueden ser más solubles al momento de aceptar una propuesta laboral por debajo de las condiciones normales, sin dejar de lado la precarización monetaria de los sueldos o bajas participaciones por porcentaje, poniendo en muchos casos la firma, respecto de aquellos noveles profesionales ya matriculados, pero que aún se encuentran en este estado de formación profesional y del cual, muchos otros se abusan.

IV. Ideas y opiniones formadoras. Conclusiones finales.

Fundamentando lo detallado, quiero argumentar el epicentro de este texto, indicando mi sana crítica, la cual reviste un carácter constructivo, respecto al modelo educativo que se desarrolla en las facultades de Derecho, entiendo que quizá pueda darse por no aggiornarse en las necesidades actuales de los noveles colegas que se gradúan o quizá por una falta de estadística en este tema, pese a ello, estoy en condiciones, atento este profundo análisis, de plantear una propuesta a dicha problemática, y es la posibilidad de que alumnos y graduados de la facultad de derecho de cualquier universidad pública o privada, así como también aquellos colegas recientemente matriculados en alguno de los colegios, foros o asociaciones de abogados, tengan seminarios que refieran el ejercicio puntual y básico de los puntos más importantes a tener en cuenta del ejercicio profesional, permitiendo una interrelación con aquellas materias troncales que refieren a la práctica profesional, algo así como una agregado subsidiario al programa de estudio de tales materias.

Sin embargo, esta propuesta también está conformada por un acceso remoto e ilimitado a una base de datos, con articulación entre el ColProBA y las universidades, que reviste una similitud al Portal de Autogestión, donde dichos alumnos/graduados/noveles matriculados podrán disponer de talleres interactivos básicos sobre el ejercicio profesional puntual y en caso de dudas significativas, un asistente virtual que permita recepcionar la misma y que pueda ser canalizada por esa vía.

De esta manera, podremos contribuir en las dudas puntuales y directas de los colegas, quienes muchas veces a pesar de tener los contactos de personas involucradas en el colegio o de participar en las comisiones, no se animan por uno u otro motivo a desenvolver todas las dudas e inquietudes que acarrear, las cuales en más de una ocasión suelen ser porque sienten que se gradúan de la universidad sin tener los conocimientos que ellos requieren al momento de ejercer.

Por todo ello, y como referí anteriormente respecto a la educación universitaria, hay que remarcar que muchas veces los colegas, no disponen de esta enseñanza tan puntual y básica, quizá por una reformulación y análisis preciso que deba realizarse sobre los planes de estudio y/o programas de cada materia en la que, propuestas como las referidas ut supra, en la conjunción del derecho procesal electrónico y el derecho procesal específico, pero paralelo al que se ve desde una mirada doctrinaria o académica, sino visto más bien desde el grueso del asunto, hacen a la ecuación perfecta que el profesional recientemente graduado necesita para poder salir con un horizonte distinto y poder valerse por sí mismo, al menos desde el punto de vista del conocimiento adquirido en la casa madre de estudios, lo cual le permitiera afrontar otra perspectiva de la profesión y hasta reduciría considerablemente el abuso laboral que muchas veces sufren los noveles colegas.

Luego de este exhaustivo análisis, notando estas características propias con las que muchos colegas se gradúan en una carrera que como dijimos anteriormente, sufrió un duro revés con el pasar de los años, pero que sin embargo sigue siendo la carrera más elegida por el estudiante promedio que quiere ser un profesional el día de mañana, no podríamos quedarnos alejados de la realidad en la que generaciones y generaciones seguirán padeciendo y en la que nosotros como colegas abocados a mejorar el ejercicio de nuestros noveles abogados, debemos poner énfasis en distintos puntos que puedan mejorar dicho “camino tedioso” en el que los noveles colegas deben ahondar cuando egresan de la universidad.

Para finalizar, quiero destacar que esta problemática no solo nos compete como región, sino que es un fenómeno que se viene gestando a nivel global. Prueba de ello, acompañare al presente algunos Tweets que reflejan lo que consideran muchos socios directivos de estudios jurídicos, asociaciones y/o personalidades jurídicas relevantes en Europa, más precisamente en España.



Oscar Fernández León @osc... · 55s
Creo que el comienzo conlleva no una, sino un cúmulo de dificultades. La falta de clientes y la dificultad en su captación; el minutar y, sobre todo, cobrar; la falta de autoestima profesional (inseguridad), etc. No obstante, la práctica facilita el aprendizaje y todo es superable



Juan Ospina @Juango_Ospina · 6min
Hola! Infinitos: no saber redactar, no conocer bien el procedimiento, el trámite de recursos, el juicio oral... y cuando emprendes; todo se complica aún más, pagar los gastos, créditos, los clientes y llegar a fin de mes! Animo y a perseverar en esta difícil pero bonita profesión!



Deia Rodríguez Vestalía As... · 17min
Sin duda alguna la ausencia de prácticas que sirvan para aprender de verdad.
Como emprendedora, las escasas o nulas ayudas públicas y por parte de colegios profesionales.



JURIS URJC @juris_urjc · 10 min

En respuesta a @todojuristas
@SrDanigmas y 20 más

Como estudiantes, nuestro gronito de arena: ausencia en los planes de estudios de materias esenciales para formar auténticos profesionales, falta de compromiso o intentos de desaliento por parte de algunos docentes, prácticas de 40h/semanales sin remunerar...



Mª Eugenia Gay @MariaEug... · 12 min

La #Abogada Joven se enfrenta a los difíciles inicios de abrirse hueco en un mercado altamente competitivo. Por ello, es fundamental una firme apuesta por la formación continua que se centre en el aprendizaje de cuestiones prácticas para un correcto ejercicio de la profesión.



Cristina Lara @cristinalara1989

En respuesta a @todojuristas @SrDanigmas y 16 más

En los inicios nada es fácil. No se conoce el oficio, alguien te tiene que enseñar, y eso es una lotería. Además en las facultades no nos enseñan ciertas habilidades que son imprescindibles en el día a día. Por cuenta propia lo más difícil la captación de clientes, sin duda.

Comentario a la Resolución 1358/06 de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en relación a la competencia de los Juzgados de Paz en la acción de amparo y su incidencia en los honorarios de las Defensorías Ad Hoc.

Por Abog RICCI, Carolina⁴⁶.

Colegio de Abogados del Departamento Judicial de Mercedes

SUMARIO: I. Introducción - II. Esencia de los amparos - III. Juez competente para entender en los amparos - IV. Declaración de incompetencia de los Jueces de Paz para entender en los amparos por la Resolución 1358/06 SCBA - V. Inconvenientes que trae en la regulación de Defensorías Ad Hoc – VI. Conclusión – VII. Propuestas

A mi abuela, Norma Esther Fantaguzzi.

I. Introducción

La presente ponencia tiene por objeto visualizar la compleja aplicación práctica del artículo 1° de la Resolución 1358 del año 2006 de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. El cual trae aparejada la declaración de incompetencia de los Jueces de Paz en las acciones de amparos que se deducen ante sus Juzgados. Ello además de ser violatorio al artículo 3 de la Ley Provincial 13.928 y al artículo 20 inciso 2 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, trae consecuencias en cuanto a la regulación de honorarios profesionales por el desempeño en el cargo de Defensor Ad Hoc.

II. Esencia de los amparos

El amparo, tal como lo conocemos hoy, encontró su origen los casos “Siri”⁴⁷ y “Kot”⁴⁸. Ambos fueron el punto de partida en nuestro país para tener un proceso donde reclamar actos lesivos del Estado, o de particulares contra derechos y garantías constitucionales.

Así se conformó un sistema dual, dado por la Ley Nacional 16.986 (actos lesivos del Estado), sancionada el 18 de Octubre 1996, y por la Ley Nacional 17.454, que aprobó el 20 de Septiembre de 1967 el texto del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (artículo 321⁴⁹ de dicho cuerpo)

Este sistema fue unificado en el artículo 43⁵⁰ de la Constitución Nacional con la reforma del 1994. De esta manera, se consagró el derecho de toda persona a reclamar

⁴⁶ Abogad, matriculada en el Colegio de Abogados del Departamento Judicial de Mercedes y en la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata. Abogada del Niño. Docente universitario para la Universidad Tecnológica Nacional

⁴⁷ CSJN, “Siri, Ángel c/ Diario Mercedes s/acción de amparo”, del 27 de Diciembre de 1957. Fallo:239:459

⁴⁸ CSJN, “Kot, Samuel S.R.L s/habeas corpus”, del 5 de Septiembre de 1958. Fallo: 241:291

⁴⁹ Art. 321 CPCCN – “Será aplicable el procedimiento establecido en el artículo 498: (...) 2) Cuando se reclamase contra un acto u omisión de un particular que, en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta algún derecho o garantía explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución Nacional, un tratado o una ley, siempre que fuere necesaria la reparación urgente del perjuicio o la cesación inmediata de los efectos del acto, y la cuestión, por su naturaleza, no deba sustanciarse por alguno de los procesos establecidos por este Código u otras leyes, que le brinden la tutela inmediata y efectiva a que está destinada esta vía acelerada de protección (...)”.

⁵⁰ Art. 43 CN.- “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en

contra un acto ilegal o arbitrario, sea perpetrado por una autoridad pública o un sujeto particular, que violen derechos con resguardo constitucional, y/o con respaldo en tratados y convenciones sobre derechos humanos.

Relacionar el proceso con la Constitución significa incluir garantías inalterables que se vinculan con el debido proceso, a partir del cual se modifica la lucha entre las partes del procedimiento común, para ponderar las posiciones jurídicas y los hechos, con base en un litigio de interpretación pura. Es un modelo que trabaja con dos principios básicos.

El primero, el proceso debe ser rápido y expedito, a cuyo fin el juez debe buscar en el derecho interno cuál es la vía judicial más idónea. El segundo principio comprende que, localizada aquella, se resolverá si el amparo propuesto como tal debe funcionar con la ley reglamentaria de la jurisdicción, o en su caso, decidir si esa comparación para encontrar el mejor remedio constitucional (borro esta coma) tiene otros estándares que no son la mera elección del juicio.

Dicho esto, cuando el tribunal radica un proceso de amparo, la competencia es la que define el procedimiento a sustanciar, y en nuestro país, cada provincia tiene una Constitución que define la protección de los derechos y una ley reglamentaria del amparo que no suele ser idéntica a la norma federal.

Así en la Provincia de Buenos Aires, encontramos la Ley 13.928 sancionada el 27 de Noviembre del 2008. Igualmente, la interpretación que realice el juez competente no puede ser entendida sin tener a la vista la Resolución 1358/06 de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

III. Juez competente para entender en los amparos

La competencia puede ser definida por Lino Enrique Palacio como *“la capacidad o aptitud que la ley reconoce a un juez o un tribunal para ejercer sus funciones con respecto a una determinada categoría de asuntos o durante una determinada etapa del proceso”*⁵¹. La competencia entonces es la medida de la jurisdicción.

Así podemos distinguir, competencia por razón del territorio, por razón de la materia, por razón del grado. Es decir, hay tres criterios para clasificarla: espacial, objetivo y funcional respectivamente. Esto es: la circunscripción territorial asignada por la ley a la actividad de cada órgano judicial; la naturaleza de la causa; y la índole de las funciones que cumplan los jueces que intervienen en las distintas causas.

En materia de amparos, el artículo 20 inciso 2) segundo párrafo de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires reza *“el amparo procederá ante cualquier juez”*⁵².

forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva (...).

51 “Manual de Derecho Procesal Civil”, de Palacio Enrique Lino, Abeledo Perrot 19ª edición, año 2009, página 192.

52Art. 20 CPBA: “(...) 2- La garantía de Amparo podrá ser ejercida por el Estado en sentido lato o por particulares, cuando por cualquier acto, hecho, decisión u omisión proveniente de autoridad pública o de persona privada, se lesione o amenace, en forma actual o inminente con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, el ejercicio de los derechos constitucionales individuales y colectivos. El Amparo procederá ante cualquier juez siempre que no pudieren utilizarse, por la naturaleza del caso, los remedios ordinarios sin daño grave o irreparable y no procediese la garantía de Habeas Corpus. No procederá contra leyes o contra actos jurisdiccionales emanados del Poder Judicial. La ley regulará el Amparo estableciendo un procedimiento breve y de pronta resolución para el ejercicio de esta garantía, sin perjuicio de la facultad del juez para acelerar su

En sintonía con lo anterior, la Ley Provincial 13.298 en su artículo 3 mantiene el principio de territorialidad y dispone que “*será competente cualquier Juez o Tribunal letrado de primera o única instancia*”⁵³. Mencionamos que conserva aquel porque en razón del territorio será competente el juez del lugar donde hecho, acto u omisión que por medio del amparo cuestionaremos tiene o pudiera tener efectos.

En relación a la letra exacta de los artículos mencionados de la Constitución Provincial y de la ley bonaerense 13.298, la expresión “*cualquier juez*” o “*cualquier tribunal*” de los artículos mencionados, implica no hacer distinción alguna en razón de la materia.

Será por tanto competente para entender en la acción rápida y expedita de amparo, tanto un juez civil, un juez de paz, un juez de garantías en lo penal, un juez de familia, un tribunal oral en lo criminal, un tribunal de trabajo. Siempre y cuando se trate del juez competente en razón del territorio.

Ha primado el criterio de la amplitud de competencia, fiel al sistema de control de constitucionalidad difuso que impera en la República Argentina conforme los artículos 30, 31 y 116, Constitución Nacional.

Si mencionamos que uno de los principios del amparo es la de ser proceso de ser rápido y expedito, que no haya discriminación en razón de la materia obedece a que las controversias por cuestiones de competencia sean desalentadas y excepcionales.

La inteligencia de la normativa descripta debe ser analizada en forma conjunta con una normativa de jerarquía inferior a la Constitución Provincial y a la Ley Local.

El 14 de Junio del año 2006, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, dictó la resolución 1358/06 por la cual pretendió organizar el régimen de ingresos y asignación de Juzgados o Tribunales para entender en los amparos. Resolución que el 16 de Agosto del mismo año fuera modifica a través de la 1794/06. Años más tarde, el 15 de Abril de 2009, revalidada a través de las Resolución n°957/09.

Por voto mayoritario de los jueces integrantes para aquel año del Máximo órgano de justicia bonaerense⁵⁴, se dispuso que el sorteo en materia de amparo se hará entre todos los órganos jurisdiccionales de primera instancia o instancia única, de los fueros civil y comercial, penal, laboral, familia, menores y contencioso administrativo, unipersonales o colegiados (artículo 1 Resolución 1358/06⁵⁵).

trámite, mediante formas más sencillas que se adapten a la naturaleza de la cuestión planteada. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión. (...)”

53 Art. 3 Ley 13.928: “En la acción de amparo será competente cualquier Juez o Tribunal letrado de primera o única instancia con competencia en el lugar donde el hecho, acto u omisión cuestionados tuviere o hubiese de tener efectos. Cuando se interpusiera más de una acción por un mismo hecho, acto u omisión, entenderá el que hubiere prevenido”.

54 Voto de los Sres Jueces: Roncoroni, Francisco Héctor; Soria, Daniel Fernando; Negri, Hector; Genoud, Luis Esteban y Kogan, Hilda.

55 Art. 1 Res 1358/06 (texto según RC 1794/06): “El ingreso y asignación de las acciones de amparo se sujetará al régimen de la presente. La Receptoría General de Expedientes de cada departamento judicial deberá efectuar el sorteo entre todos los órganos jurisdiccionales de primera instancia o instancia única, de los fueros civil y comercial, penal, laboral, familia, menores y contencioso administrativo. En las sedes descentralizadas de Olavarría Tandil y Tres Arroyos dicha actividad será desarrollada por las Oficinas de Mandamientos y Notificaciones. Los Juzgados de Paz Letrados, los Tribunales del Trabajo de Avellaneda, Bragado, Lanús y San Miguel y los Tribunales de Menores de Berazategui, Florencio Varela y Moreno, entrarán igualmente en el sorteo sólo en la medida de su competencia territorial (...)”.

En los fundamentos que dan origen a la Resolución 1358/06, más precisamente en el párrafo tercero, la propia SCBA señala que *“el art. 20 inciso 2° de la Constitución Nacional consagra una regla amplia de competencia en el sentido que cualquier juez de primera instancia puede conocer y decidir en el ámbito de la acción de amparo, sin que quepa efectuar distinción alguna en razón de la materia, ni función de la índole del tribunal al que le toque intervenir”*.

La aplicación sencilla que en la letra parece tener el articulado mencionado, en la práctica podemos observar que esto no es así.

IV. Declaración de incompetencia de los Jueces de Paz para entender en los amparos por la Resolución 1358/06 SCBA

Los jueces de Paz tienen una competencia territorial determinada por los límites del Partido correspondiente a su departamento judicial sobre el cual se asienta conforme artículo 59⁵⁶ de la Ley Provincial 5827.

Pero si hablamos de la competencia de estos en razón de la materia, conforme el artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, entienden en asuntos de variada naturaleza: de familia, civiles, comerciales. Incluso en lo que son habeas corpus. Otra garantía que se presume rápida y expedita a los fines de tutelar la libertad física. Es decir, cuya esencia es similar a la del amparo. La diferencia sustancial radica en el derecho que se pretende tutelar con cada una de las vías procesales.

Entonces conforme la materia, el Juez de Paz, no solo será de primera instancia, dentro de su competencia territorial, sería competente para entender y decidir en la acción rápida y expedita del amparo. Del mismo modo en que lo es para un habeas corpus.

Tal inteligencia es la que surge de la lectura de los artículos 20 inciso 2) de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y el artículo 3 de la Ley 13.928.

Incluso la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires, no menciona qué jueces de primera o única instancia tienen competencia para entender en los amparos. Porque la misma surge de la normativa descripta en el párrafo anterior. Es decir, cualquier juez es competente para entender en tal vía.

Sin embargo, a la hora de accionar como patrocinantes o Defensores ad hoc mediante el amparo, solemos leer proveídos por los cuales los Jueces de Paz Letrado se declaran incompetentes con fundamento en las Resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires descriptas: 1358/06, 1794/06 y 957/09. Ello sin perjuicio del dictado de la medida cautelar peticionada, conforme el asunto que se trate, que pudiere realizar conforme el artículo 196 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires.

Distinto y no objeto de la presente, es la declaración de incompetencia por pertenecer a la justicia federal.

Empero, cuando se procede al sorteo por la Receptoría General de Expedientes, ese amparo puede volver al entendimiento y decisión del Juez de Paz que se declaró incompetente con anterioridad.

La letra explícita del artículo 1 de la Resolución 1358/06 parece dejar fuera de la competencia para entender en las acciones de amparo a los Jueces de Paz. Solo en su párrafo segundo realiza una salvedad para ciertos Juzgados de Paz Letrados o Tribunales de Trabajo, a saber: Bragado, San Miguel, Tribunales de Menores de Berazategui, Florencio Varela, Moreno, Avellaneda-Lanús. Pero solo en la medida de su competencia territorial. Esto limitada

56 Art. 59 Ley 5827 (según Ley 10.751): “Cada Juzgado de Paz estará a cargo de un (1) Juez Letrado Titular, cuya competencia territorial estará determinada por los límites del Partido en que se asienta (...)”.

a la circunscripción de su partido. Quienes ingresan el sorteo que realiza la receptoría general de expedientes. No obstante, nos encontramos con que igualmente se declaran incompetentes.

La reflexión que amerita el artículo 1° de la Resolución 1358/06 entra en contradicción con los propios fundamentos que motivaron su dictado. En ellos, el propio Máximo Tribunal Provincial señala en aquellos que la expresión contenida en el artículo 20 inciso 2) de la Constitución no hace discriminación ni por la materia ni la función o índole del juez o tribunal. Basta se trate de primera o única instancia, sin importar la materia que sea de su adjudicación ordinaria o cotidiana para entender en un amparo.

Textualmente ha considerado que *“(...) esta Suprema Corte ha resuelto que los artículos citados consagran una regla amplia de competencia en el sentido de que “cualquier juez” (art. 20.2, cit.) “de primera instancia” (art. 4º cit.) para conocer y decidir en el ámbito de la acción de amparo, sin que quepa efectuar distinción alguna en razón de la materia ni función de la índole del tribunal al que le toque intervenir (doctr. causas B.67.530, “Maciel”, res. del 11-II-04 y B.66.059, “Bonetti”, res. 16-VI-04, entre otras)”*.

Parte de un reconocimiento amplio en materia de competencia, para luego mediante su artículo primero reducirlo y dejar fuera de ella a jueces de primera instancia, como son los Jueces de Paz Letrado.

También hay una colisión normativa jerárquica. Por orden de prelación normativa, una resolución de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires se encuentra en un nivel inferior a una ley provincial, y aún más en relación a la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

Se puede advertir que por medio de la Resolución 1358/06, la intención del Máximo Tribunal Provincia fue buscar organizar la distribución de acciones de amparos que se inicien en cada una de las Departamentales. No cabe duda de ello, cuando en aquella alega *“la necesidad de organizar los sorteos correspondientes a los amparos deducidos ante la justicia provincial”*.

Sin embargo, su aplicación en la práctica dejó de ser una cuestión meramente organizativa. Terminó regulando cuestiones de forma reglamentadas por una Ley Provincial. Esto es la competencia de los Juzgados de Paz en las acciones de amparo. Siendo totalmente contradictorio a lo ordenado por la legislación local y por el cuerpo legal supremo local.

Las declaraciones de incompetencia innecesarias, como las que estamos tratando en la presente ponencia, ocasionan un dispendio jurisdiccional que, aunque sea en forma mínima dilatan una acción cuya esencia es la de ser rápida. Si el fin de la Resolución 1358/06 fue evitar aquellas, en cierto modo las terminó acentuando.

A lo cual se suma que la Ley Provincial 13.928 es de orden público. Derivado a partir del proceso de constitucionalización por su consagración en el artículo 20 de la Constitución Provincial. Lo que significa un procedimiento de tutela de derechos fundamentales, no solo consagrados en normativa nacional. Sino también supranacional.

Entonces un Juez de Paz Letrado reúne las condiciones que la normativa constitucional provincial y la ley local mencionadas exigen para determinar la competencia de los jueces en los amparos. Por tanto, la Resolución 1358/06 (ampliada por la 1794/06 y ratificada por la 957/09) no otorga a los Jueces de Paz razones suficientes para invocar incompetencia alguna en materia de acción de amparo.

Frente a la deducción de aquella en forma directa, es competente para entender dentro de los límites de la territorialidad que su localidad le impone, por ser de primera instancia. Porque su materia, o la multiplicidad de materias que abarca su conocimiento no interesa a la Ley Provincial ni a la Constitución Nacional.

V. Inconvenientes que trae en la regulación de Defensorías Ad Hoc

Lo descripto nos invita a realizar una serie de reflexiones sobre las consecuencias que la declaración de incompetencia de los jueces de Paz Letrado tiene sobre el sistema de Defensorías Ad Hoc regulado por los artículos 91⁵⁷ de la Ley Orgánica del Poder Judicial Bonaerense 5827 y Acuerdo 2341/89 de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

De público y notorio es entre los colegas de la Provincia de Buenos Aires, que, en la Justicia de Paz Letrado, se otorgan beneficios de litigar sin gastos en materia de amparos. Sobre todo, en materia de salud. Conlleva a la designación de Defensores Ad Hoc.

Ello apareja una perturbación para los justiciables, quien, por cuestiones ajenas a su voluntad, se ven obligados al cambio de letrado, ya que no pueden continuar ante el Juez competente con el letrado ad hoc que le fue primariamente designado. Porque el nombramiento del artículo 91 de la Ley 5287 es únicamente para intervenir ante el Juzgado de Paz que nos hubiere desinsaculado para desempeñar tal cargo. Concorre a nuestro estudio depositando su confianza en nosotros cuando de antemano conocemos que no podremos acompañarlo a lo largo de su proceso. Incluso ocasiona dispendio jurisdiccional.

Pero al mismo tiempo acarrea un inconveniente en la regulación de honorarios profesionales. Nuestra función como Defensor Ad Hoc se limitará únicamente a lo actuado por la intervención en el Juzgado de Paz que nos designó

El Juez de Paz se declara incompetente. En consecuencia, no podrá entonces tener poder de decisión alguna, salvo en lo que respecta en la medida cautelar que se pudiere peticionar atendiendo a las circunstancias del caso (legitimado por el artículo 196 del Código Procesal Civil y Comercial mencionado).

Por tanto, no podrá resolver en lo atinente a la regulación de honorarios por nuestro desempeño como Defensores Ad Hoc. Pero el Juez competente tampoco podrá hacerlo. Porque no tiene incidencia alguna sobre nuestra actuación como tales. Tal situación presenta un vacío legal que no puede ser subsanado por el artículo 17 de la Ley 14.967, por la especial regulación que poseen los honorarios de los Defensores Ad Hoc conforme la Acordada 2341/89.

VI. Conclusión

Entonces podemos concluir que la aplicación práctica de la Resolución 1358/06 trae aparejados severos problemas que involucran a varios actores del sistema de justicia. Su intención de mejorarlo, no hace más que desorganizarlo. No solo complejiza al justiciable, sino que también atenta contra los honorarios profesionales. Son evidentes las contradicciones que acarrea dicha Resolución: Jueces de Paz que se declaran incompetentes cuando no lo son; dispendio jurisdiccional que podría evitarse; justiciables con sensación de incertidumbre; vulneración a nuestro derecho alimentario.

Ello, además de ir en contradicción de lo dispuesto por una normativa jerárquicamente superior.

57 Art. 91 Ley 5827 (14.365): "Cuando se requiera la intervención del Defensor de Pobres y Ausentes o del Asesor de Incapaces, el Juez de Paz Letrado procederá a desinsacular un letrado de la lista que al efecto confeccionarán anualmente los Colegios de Abogados Departamentales para cada partido, con los Abogados que voluntariamente se inscribieren para desempeñar tales funciones, constituyendo domicilio en las ciudades cabeceras de los partidos en los que deseen *hacerlos (...)*".

En tal sentido se hace necesario avanzar en un diálogo entre quienes conforman el servicio de justicia de la Provincia de Buenos Aires, en busca de solucionar estos inconvenientes en pos de un mejor servicio judicial. Para todas las aristas del mismo: jueces, abogados y justiciables.

VII. Propuestas

Es por lo expuesto, que proponemos:

i) Encomendar al Consejo Superior del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires a que arbitre los medios necesarios para estudiar y hacer un relevamiento de los Juzgados de Paz Locales de la Provincia de Buenos Aires, sobre los alcances de las declaraciones de incompetencia de los Jueces de Paz Letrados.

ii) Encomendar a las autoridades correspondientes del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, una mesa de diálogo con la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, a los fines de derogar la Resolución 1358/06, o en su defecto, acordar una regulación especial por el desempeño de los Defensores Ad Hoc en las acciones de amparo.

Ejecución de Honorarios y Cuestiones Prácticas

Por Abog Axel Ivan Sanchez
Colegio de Abogados de Lomas de Zamora

Ponencia: Los y las profesionales de la Abogacía tienen una participación necesaria para el adecuado servicio de justicia de un estado democrático que debe ser respetado y protegido por todos sus actores. Los honorarios profesionales y su normativa tienen el objetivo de dignificar y jerarquizar el ejercicio de la abogacía asegurando una íntegra y justa retribución. Es por ello que resulta tan importante de que los y las colegas cuenten con las herramientas necesarias para defender el valor de su trabajo.

1.- Introducción:

Los honorarios son la contraprestación que reciben los profesionales independientes por el ejercicio de su profesión, incluyéndose la actividad en el ámbito procesal judicial que se presumen onerosas.⁵⁸

En la Provincia de Buenos Aires los honorarios de abogados y procuradores están regulados por la Ley 14967. En su primer artículo establece dos aspectos muy importantes, reconoce su carácter de alimentario y de orden público, todo ello dada la necesaria participación de los abogados y abogadas para el adecuado servicio de justicia.

En principio las remuneraciones por los trabajos profesionales se regirán por los contratos particulares que acuerden los letrados con sus clientes, el cual podrá ser acreditado antes o después de iniciado el juicio. En el hipotético caso de que no se acrediten dichos documentos la ley establece escalas para determinar los honorarios, teniendo en cuenta el valor económico del asunto y los trabajos realizados.

Para la regulación de honorarios se tendrá en cuenta el monto del asunto si tuviera apreciación pecuniaria, el valor y calidad jurídica de la labor del profesional, la complejidad y novedad de la cuestión, la responsabilidad que toma el o la profesional a partir del caso, el resultado obtenido, la trascendencia de la resolución conseguida para casos futuros, la posición económica de las partes y el tiempo empleado en la solución del litigio

Más allá de eso, los abogados y abogadas no tienen libertad plena para realizar contratos en relación a sus honorarios. En el supuesto de que realicen contratos en los cuales se establezca una retribución por los trabajos superior a la escala máxima establecida por la ley, el juez deberá ajustar los honorarios a regular a estos máximos.

Los convenios de honorarios, no podrán exceder de una tercera parte, ósea el 33%, del monto que perciba el beneficiario del trabajo profesional, por todas sus instancias, cualquiera sea el resultado de la litis y el número de acuerdos celebrados. Existen varias excepciones, por ejemplo cuando el profesional participe del resultado aleatorio del juicio, tome a su cargo los gastos correspondientes a la actuación procesal, y la obligación de responder por las costas causídicas, podrán comprender hasta el cincuenta (50) por ciento del resultado del juicio, por todas sus instancias siempre y cuando el juicio sea de resultado aleatorio. En el caso de cuestiones previsionales, laborales o de índole alimentaria se podrá convenir honorarios hasta un 20% del monto que perciba el beneficiario.

Asimismo, establece mínimos, y es nulo todo contrato realizado por abogados y procuradores que reduzca las proporciones mínimas establecidas en el arancel fijados por esta

⁵⁸ Pesaresi-Passarón, Honorarios... cit. p.53.

ley, así como toda renuncia anticipada total o parcial de los honorarios no regulados, atento al carácter de orden público de la ley.

Por último, la ley establece la denominación “Jus” como la unidad de valor del honorario profesional, que representa el uno por ciento (1%) de la remuneración total asignada por todo concepto al cargo de Juez de Primera Instancia de la Provincia de Buenos Aires, con quince (15) años de antigüedad, incluido el básico, permanencia, bloqueo de título y todo otro tipo de bonificaciones, compensaciones, gratificaciones o adicionales.

2.-Oportunidad:

¿En qué momento puede el profesional solicitar la regulación de los honorarios?

Cuando el profesional se apartare de un proceso o gestión, o el juicio estuviere sin impulso procesal o inactivo por más de 1 año por causas ajenas a su voluntad, podrá solicitar regulación provisoria de honorarios, la que se efectuará teniendo en cuenta las etapas y labor profesional cumplida.

Dicha regulación provisoria se efectuará en el mínimo de los honorarios que le hubiere podido corresponder al peticionario, sin perjuicio que al dictarse la sentencia el juez se pronuncie determinando la regulación definitiva por toda la actuación del profesional, y estará a cargo de su representado o patrocinado, el que podrá subrogarse y repetir contra el condenado en costas la cantidad abonada.

En el caso de que el profesional acredite los contratos celebrados con su cliente El profesional podrá solicitar regulación de sus honorarios de acuerdo al arancel en cualquier estado del juicio. El pedido de percepción contra el cliente importará la resolución “ipso iure” del contrato.

Lo normal, es esperar a la sentencia definitiva de primer instancia. En el art. 163 inciso 8 del CPCC se establece que la misma deberá contener el pronunciamiento sobre costas, la regulación de honorarios y, en su caso, la declaración de temeridad o malicia en los términos del artículo 34°, inciso 6. En la ley 14.967 existen varios procesos que tienen una regulación expresada en JUS, por ejemplo el divorcio para el cual se establecen 40 JUS. En el caso de los procesos susceptibles de apreciación pecuniaria, se establece que los honorarios del abogado serán fijados entre el diez (10) y el veinticinco (25) por ciento de su monto. Más allá de la utilización de esta escala para valorar los trabajos, los honorarios siempre deben estar expresados en la unidad de valor “JUS” teniendo en cuenta el valor vigente en pesos al momento de la sentencia.

Para los casos en los que se regulen honorarios en pesos, y no en JUS, se recomienda la presentación de recurso de aclaratoria, acompañando una liquidación expresando la cantidad de JUS que representa dicha suma.

3.- Inicio de la Ejecución de Honorarios:

Es común que, fundados en el vínculo que uno genera con sus clientes, al representar sus intereses y obtener soluciones satisfactorias para ellos, pueda consensuar con ellos el cumplimiento de los honorarios.

En el caso del incumplimiento de los honorarios por parte de un cliente ingrato o de un condenado en costas renuente a aceptar su derrota, debemos llevar adelante el procedimiento de ejecución de sentencia.

Para ello, debemos primero notificar personalmente por cedula o cualquier otro medio fehaciente, a cargo del profesional, la resolución en el que se regulan los honorarios y las costas. Dicha notificación debe contener transcripción del art. 54 Ley 14967, bajo pena de nulidad.

Las regulaciones de honorarios son apelables dentro del término de cinco días, en el caso de que se apele la Alzada resolverá los recursos dentro del término de diez días de recibido el expediente. Una vez que haya quedado firme el auto regulatorio los honorarios deberán abonarse dentro de los diez días.

La regulación judicial firme, constituirá título ejecutivo contra el condenado en costas y solidariamente contra el beneficiario de las tareas.

El próximo paso es iniciar el procedimiento de ejecución de sentencia, el/la profesional tiene el derecho a elegir como reclamar dichos honorarios. Tiene la opción de hacerlo en el mismo expediente en el que se regularon honorarios o en incidente separado.

Es importante resaltar que el proceso de ejecución de honorarios profesionales está exenta del pago de todo gravamen fiscal, tasa de Justicia, contribución, aportes previsionales, bono de la Ley N° 8480, como también de toda tasa que existiere para contestar pedidos de informes y/o diligencias en cualquier organismo público o privado, sean de orden, municipal, provincial y nacional, ello, sin perjuicio de incluirlos en la liquidación definitiva a cargo del obligado al pago. Podremos presentar el inicio de la ejecución, solicitar informes o trabar medidas sin cargo alguno.

Cada opción tiene sus beneficios, si llevamos adelante dicho procedimiento en el mismo expediente el reclamado va a contar con domicilio electrónico constituido, si iniciamos un incidente separado puede resultar mucho mejor para la organizaron del estudio y los pagos.

En la presentación inicial debemos acompañar copia de la cedula y los autos regulatorios, solicitaremos las medidas cautelares y elegiremos la unidad de valor sobre la cual reclamaremos los honorarios.

El art. 54 Ley 14967 establece que el/la profesional puede optar por reclamar los honorarios expresados en la unidad arancelaria Jus prevista en esta ley, con más un interés del 12% anual o reclamar los honorarios regulados convertidos al momento de la mora en moneda de curso legal, con más el interés previsto en el artículo 552 del Código Civil y Comercial de la Nación, que establece que devengan una tasa de interés equivalente a la más alta que cobran los bancos a sus clientes, según las reglamentaciones del Banco Central, a la que se adiciona la que el juez fije según las circunstancias del caso.

Considero que la mejor opción para mantener el valor de los honorarios es la opción a) del art 54 Ley 14967 en la que se reclama los honorarios expresados en la unidad arancelaria Jus prevista en esta ley, con más un interés del 12% anual. Vamos a analizar esta situación con el siguiente planteo:

Supongamos el 5 Septiembre del 2021, hace un año, iniciamos el reclamo de honorarios por el total de 40 JUS por los trabajos realizados en juicio de Divorcio. El Jus en dicha fecha tenía un valor de \$3.127, por lo que multiplicado por 40 da como resultado la suma de \$125.080

Si hubiésemos reclamado los honorarios en pesos debido a la tasa activa del Banco Provincia el capital se mantendría en \$125.080 y devengaría intereses por \$ 85.155,89, con Tasa acumulada:68,08 % y en la actualidad contaríamos con la suma de \$ 210.235,89 entre capital e intereses.

Por el otro lado, si hubiésemos reclamado los honorarios en JUS al día de hoy contaríamos con la suma de \$259.257, de los cuales \$231.480 serían de capital y \$27,777 de intereses por el 12% anual.

Iniciado el reclamo, a partir del primer auto se ordenaran los embargos y la notificación al demandado. Debemos notificar al demandado por el término de 5 días para que oponga

excepciones. Si el demandado no se presenta, podremos constituirlo el rebeldía y solicitar sentencia de transe y remate.

Luego se presenta liquidación siguiendo la opción elegida al comienzo de la demanda, se solicita regulación de honorarios por esa etapa procesal y se solicita giro hasta el efectivo cumplimiento de la totalidad de las sumas.

Es importante destacar que la ejecución de honorarios al ser una etapa procesal diferente devenga honorarios también, los cuales serán establecidos entre el diez (10) y el veinticinco (25) por ciento del monto total reclamado pero debemos recordad que la regulación mínima por los trabajos profesionales de los abogados y las abogadas es de 7 JUS.

4.- Conclusión:

El juicio de ejecución de honorarios no es un juicio complejo, pero tiene pequeños detalles que son muy importantes porque pueden modificar el resultado final del reclamo. Se puede promover en el mismo expediente o por incidente separado, en pesos o el Jus, pero más allá de todo considero que es importante que los abogados y las abogadas cuenten con las herramientas necesarias para defender el valor del ejercicio de la Abogacía y la dignidad de la profesión.

5.-Propuesta:

Solicito se eleve al Consejo Superior del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires la siguiente propuesta:

- Se inste a la Fundación de Ciencias Jurídicas y Sociales del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires a que lleve adelante capacitaciones, orientadas hacia la Abogacía en general, respecto a los honorarios profesionales.

Abogacía Joven, presente y futuro. Reflexiones sobre un espacio vital para la Colegiación

Por Abog Vero, Leandro .

Colegio de Abogados del Departamento Judicial Mercedes

Sumario: 1. Introducción – 2. Abogacía Joven - 3. Lineamientos y Reflexiones. – 4. Conclusiones – 5. Propuesta final

*“Si caminas solo, llegarás más rápido.
Si caminas acompañado, llegarás más lejos”.*
Proverbio chino.

I. Introducción.

Siendo esta mi última ponencia como integrante pleno de la matrícula joven bonaerense quiero dejar plasmadas distintas reflexiones y sentires, que tienen como principal objetivo, empapar a quién se encuentra leyendo estas líneas en los alcances, fines, problemáticas, esperanzas, desasosiegos y otros bemoles que hacen a la praxis de quienes comienzan a dar sus primeros pasos no solo en la profesión, sino que también en el “mundo” de la colegiación, específicamente en las Comisiones de Abogacía Joven.

Debo advertir, en forma previa, que es una tarea muy compleja poder describir en los párrafos siguientes una labor que se viene realizando en forma ininterrumpida por más de treinta años.

Sin perjuicio de lo expresado en el párrafo anterior, a continuación, intentaré plasmar qué entendemos por Abogacía Joven, cómo es su organización y señalar los distintos puntos de encuentro que tiene la Abogacía Joven dentro del territorio bonaerense, nacional e internacional, las principales áreas de interés de este tipo de Comisiones, y abordaré ciertas directrices en lo que entiendo, serán los desafíos y un posible el escenario de un mañana no tan lejano.

II. Abogacía Joven.

a) Definición y alcance.

Al sancionarse la Ley 5177, que regula el ejercicio de la abogacía en todo el territorio provincial, no se estipuló la categoría de abogado/a joven desde la óptica legislativa.

El surgimiento de este tipo de Comisión se da dentro de las esferas de los Colegios de Abogados, como Comisiones asesoras de los Consejos Directivos, en el marco de distintos antecedentes históricos que ameritarían la redacción de un artículo que dejaré para otra oportunidad.

Igualmente, dentro de las Normas de Ética Profesional (NEP), en el Art. 37, podemos encontrarnos con una referencia a quienes comienzan a transitar el ejercicio profesional, y el referido precepto sostiene que la Abogacía Joven: “... ha(n) de utilizar en los primeros tiempos del ejercicio de la profesión, como convenientes y en algunas circunstancias como necesarios, el consejo y la guía de abogados antiguos de su Colegio, quienes deben prestar esta ayuda desinteresadamente y del modo más amplio y eficaz. La omisión en reclamarlo por parte del abogado nuevo, será estimada al considerarse las transgresiones en que incurra. Asimismo, la

negación de auxilio en la medida en que deba esperarse lo preste el abogado requerido, constituirá falta susceptible de sanción disciplinaria”.

Vemos aquí plasmada la envergadura que tuvo, tiene y tendrá la importancia de generar, desde la colegiación, un escenario propicio para favorecer la inserción profesional.

b) Comisiones de Abogacía Joven departamentales.

Estos espacios de encuentro y diálogo dicen presente en los diferentes puntos de la provincia, del país y del planeta. Su función, misión y trascendencia varían dependiendo de cada uno de los marcos normativos que regulan su vida cotidiana.

Empero, me atrevo a afirmar que los denominadores comunes que signan a las Comisiones de Abogacía Joven, son el sentido de vocación, el altruismo y la apertura al diálogo; los cuales deben necesariamente estar presentes para que la Comisión cumpla con su principal cometido, apuntalar a quienes comienzan a ejercer la profesión de abogado/a.

Dentro de los roles más importantes destaco el de organización de talleres con tintes académicos (resaltando, en la gran mayoría de los casos, la faz práctica en los denominados “Cursos de Iniciación Profesional”); elaboración de propuestas relacionadas con servicios y/o problemáticas que se presentan en la relación matriculado/a – Colegio y/o matriculado/a- Organismos Judiciales; relevamiento de las principales dificultades que aquejan a quienes comienzan a transitar el ejercicio profesional; contribuciones al fortalecimiento de la imagen institucional; confección de documentos y/o formularios útiles para el ejercicio profesional; fortalecimiento de la camaradería y el fomento de la necesaria interrelación personal en quienes - si ya no lo son - en un corto plazo ser transformarán en “dirigentes” de la colegiación.

Como se puede apreciar, intenté realizar un somero listado de los principales alcances que, a mi humilde entender, no pueden faltar al momento de trabajar codo a codo entre abogados/as jóvenes en pos de fortalecer el espacio descrito, entendido como un puntal permanente para cualquier matriculado/a joven de su Colegio.

c) Comisión de Abogacía Joven bonaerense.

En ese sentido, surgió hace aproximadamente treinta años la Comisión que hoy nos convoca - denominada originariamente como de “Jóvenes Abogados” -, la cual, recientemente cambió su denominación por una cuestión de inclusión e igualdad de los diferentes tipos de géneros existentes en la actualidad.

Este espacio se rige por el último Estatuto aprobado por la Circular N° 5278 del Consejo Superior del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires (COLPROBA) el 28 de septiembre del 2007.

En su Art. 2 señala cuales son los requisitos para integrar la Comisión provincial: estar matriculado/a en uno de los Colegios departamentales bonaerenses, no tener más de 35 años, ni más de 7 años de ejercicio profesional desde su primera matriculación y haber sido designado/a como Delegado/a por su Colegio departamental.

A su vez, estipula cómo va a integrarse dicho espacio y cómo van a ser las reuniones que deberán celebrarse.

En primer lugar, el Art. 6 indica que la Mesa Directiva estará compuesta por los siguientes cargos: Presidente/a, Vicepresidente/a, Secretario/a, Prosecretario/a; tres Vocales titulares y dos Vocales suplentes; todos/as deberán ser de distintos Colegios.

En segundo lugar, la Comisión bonaerense se reunirá en pleno, según el Art. 3, como mínimo en cuatro reuniones anuales. Por otro lado, también se celebran reuniones “abiertas”

de la Mesa Directiva, todo lo anterior, en diferentes puntos del territorio provincial.

En este tipo de reuniones - basándose en un ámbito signado por la camaradería -, se debaten propuestas, proyectos o cursos de acción destinados, fundamentalmente, a la mejora del ejercicio de la abogacía y/o cuestiones transversales íntimamente relacionadas con la inserción profesional en jornadas que se realizan usualmente los días sábados desde la mañana hasta finalizar la tarde.

En tercer orden, no podemos soslayar el evento que nos convoca, las denominadas "Jornadas Académicas", que conforman un espacio único para la abogacía provincial dado que, por un lado, permite a la matrícula joven comenzar a transitar el campo de las Ciencias Jurídicas, y, por otro lado, en base a la temática y la impronta que ostentan, brindan a las dirigencias actuales, novísimas propuestas con temas de suma vanguardia.

Además de las reuniones detalladas previamente, se organizan y se realizan en conjunto con el COLPROBA y/o la Fundación de Ciencias Jurídicas y Sociales (CIJUSO) y/o otros entes, jornadas orientadas a la capacitación práctica a cuestiones transversales dentro de todo el territorio bonaerense.

No puedo dejar de resaltar que, incluso en tiempos de plena pandemia, esta Comisión continuó su labor organizando actividades virtuales de capacitación y/o encuentros orientados a la contención y abordaje de las principales dificultades ocasionadas por un escenario excepcional, que marcó un antes y un después en el ejercicio de la abogacía en todos los puntos del planeta.

d) Comisión Nacional de Abogacía Joven de la Federación Argentina de Colegios de Abogados (FACA).

Este espacio de encuentro nacional se enmarca dentro de la Federación Argentina de Colegios de Abogados, una centenaria institución que nuclea a distintos Colegios, Consejos, Foros y Asociaciones de la Abogacía, manteniendo presente la defensa de nuestra profesión a lo largo y a lo ancho de la Argentina.

La Comisión Nacional también tiene su estatuto marco, que fuera aprobado muy recientemente, en XXX, aportando una nueva identidad y sentido.

Entre su articulado, me permito destacar la valiosa diversidad que presenta el ámbito de desempeño de la Comisión dentro de sus facultades y atribuciones propias, manteniendo un vínculo necesario y permanente con la Mesa Directiva de la FACA.

Por otro lado, para ser integrante como Delegado/a de la Comisión, se deberá contar con hasta 35 años de edad o 7 años de ejercicio desde la primera matrícula, (teniendo como límite, lo que ocurra primero) de cualquiera de los entes que forman parte de la FACA.

Las reuniones serán mínimo cinco Reuniones Plenarias al año y un congreso cada dos años, los que siempre deberán realizarse en la sede de un Colegio, Consejo, Asociación y/o Foro perteneciente a la FACA, procurándose la posibilidad de participación de todas las regionales (Art. 21), reafirmando el compromiso federal sobre el cual se apoya la FACA.

En cuanto a la dinámica que presenta este espacio nacional es muy particular atento que en cada una de las jurisdicciones que la conforman atienden a un contexto local y, a veces, regional, muy específico. Esto hace complejo, a veces, el abordaje y tratamiento de ciertas problemáticas y/o el alcance que detenta la Comisión Nacional.

Por ello, es de destacar la labor que realizan quienes integran dicho espacio, recorriendo usualmente grandes distancias y poniéndose enteramente a disposición en pos de trabajar por la abogacía joven nacional e intentando vislumbrar y abordar las principales problemáticas que aqueja a la abogacía joven de todo el país.

Desde lo personal estimo que deberá avanzarse sobre las cuestiones de seguridad social e impositivas de cada una de las jurisdicciones, y, en ese intercambio, articular propuestas

a nivel local; continuar trabajando por el fortalecimiento de la Colegiación con jornadas nacionales e internacionales abiertas a la Abogacía Joven Nacional; fomentar las buenas prácticas para el ejercicio de la abogacía; entre otras no menos importantes.

e) Comisiones de Abogacía Joven en el plano internacional.

Aquí destaco, en primer lugar, la creación y presencia de la Comisión de Jóvenes Abogados del Consejo de Colegios y Órdenes de Abogados del MERCOSUR (COADEM), conformada por representantes de la FACA, de la Orden de Abogados de Brasil (OAB), del Colegio de Abogados de Paraguay y del Colegio de Abogados del Uruguay.

En otro orden, existe la Confederación Española de la Abogacía Joven (CEAJ), la cual es señera en propuestas para fortalecer la inserción profesional y detenta una gran presencia en las distintas políticas colegiales de ese país y celebra un Congreso bienal muy relevante.

A su vez, en el mismo continente, destaco la Comisión de Abogacía Joven del viejo continente: “European Young Bar Association”, con gran injerencia en la Unión Europea.

A nivel estrictamente internacional, existe desde 1962 la AIJA (Association Internationale des Jeunes Avocats) o “International Association of Young Lawyers”, orientada a colegas con 45 años o menos.

En estos últimos dos casos, se tratan de espacios que ofrecen “membresías” y usualmente están conformados por letrados/as del “derecho corporativo” y muy pocas veces lo integran colegas con Estudios Jurídicos de menor envergadura o en términos poéticos, artesanales.

III. Lineamientos y reflexiones.

Apoyándome fundamentalmente en las distintas vivencias y/o la experiencia recabada en todos estos años de participación en las distintas Comisiones de Abogacía Joven, quiero dejar plasmadas distintas reflexiones y/o aportes que tienen como principal finalidad dimensionar la importancia de mantener viva la llama de la juventud, en los Colegios de Abogados, pero también en cualquier institución.

Así quiero destacar la necesidad y la importancia de la renovación y posibilidad de “dejar crecer” al otro/a, dado que la aparición de nuevas caras, necesariamente se traduce en la incorporación de nuevas miradas e interpretaciones que vienen a contribuir a modificar una realidad que muchas veces terminamos entendiéndola como “dada” o una especie de dogma.

Otro aspecto fundamental es trabajar incansablemente para la construcción de equipos de trabajo, apoyados en la repartición y delegación de tareas y en la confianza necesaria para construir un ámbito saludable y alejado de cualquier pretensión estrictamente individual. Es por ello que no está demás repetir que “estamos para iluminar y no solo para brillar”.

No es menos importante el necesario acompañamiento real (y no únicamente discursivo) que debe existir por parte de las autoridades de cada una de las entidades que de no apostar por el crecimiento y la presencia de jóvenes entre las filas de la institución, terminará esta última seguramente, aislada del contexto actual que transitamos, con el riesgo de no cumplir las distintas funciones que hacen a su esencia.

En otro orden de ideas, cabe advertir también que está más que claro que en los últimos tiempos (y no hace falta ir muchos años atrás), se han suscitado profundas modificaciones que, como mencioné más arriba, plantean nuevos escenarios, en los cuales las relaciones sociales se redefinen y surgen situaciones que requieren un abordaje desde novísimas “fórmulas” o caminos que aún no fueron transitados. Esto permite a la Abogacía Joven detentar un rol mucho más preponderante y que su voz sea escuchada con más atención.

A su vez, las distintas Comisiones de Abogacía Joven, a mi entender, deberán tener en

cuenta que, para modificar cualquier aspecto de nuestra realidad, es necesario no quedarse en la “queja permanente”, sino que, una vez advertida la situación no deseada, se debe delinear institucionalmente un curso de acción en concreto, en otras palabras, una propuesta para llevar al plano de los hechos.

Claramente, cualquier participación que realicemos en el ámbito colegial, nos demandará dedicación y esfuerzo. Ese “tiempo”, usualmente se lo limitamos a otros aspectos y/o actividades vitales de nuestras vidas como la familia, trabajo, actividades de esparcimiento, entre otras.

Lo expresado en el párrafo anterior debe servir para que se revalorice y destaque el esmero empleado por los y las dirigentes actuales. Incluso, tiene que ser una motivación permanente, apoyada en la imprescindible vocación de servicio, sabiendo que la participación que realicemos transformará el servicio de justicia brindado a la sociedad y que, según mi opinión, no hay nada más loable que “trabajar”, en forma desinteresada, por los y las colegas.

Finalmente, y en lo que respecta a la Comisión que actualmente presido con mucha honra y estima, entiendo que su Estatuto deberá modificarse a fin de incorporar las distintas modificaciones en cuanto a su acepción, otorgarle perspectiva de género a su redacción y también analizar las misiones y funciones que detenta la Comisión.

IV. Conclusión.

Como corolario de estas breves reflexiones atinentes a poner en palabras la incansable labor que despliegan jóvenes abogados y abogadas, creo más que necesario invitar a sumarse a las Comisiones de Abogacía Joven.

La participación en este tipo de ámbitos deviene esencial en pos de fortalecer la inserción profesional, mantener viva la llama de la colegiación, y también, para hacer de la abogacía una herramienta de transformación social y profesional.

Es vital que las Comisiones de Abogacía joven estén abiertas a la participación de cualquier colega y también sean receptivas de cualquier propuesta que llegue a su esfera, para que con el paso del tiempo sigan diciendo “presente” en todos los puntos del planeta.

V. Propuesta.

I) Encomendar al Consejo Superior del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires a continuar fortaleciendo la política institucional de apoyo al sostenimiento y labor de la Comisión de Abogacía Joven bonaerense y de las distintas Comisiones de Abogacía Joven departamentales.

II) Encomendar a los Colegios de Abogado/as departamentales el permanente acompañamiento institucional y operativo para la labor de las Comisiones de Abogacía Joven departamentales.

III) Sugerir a la Comisión de Abogacía Joven bonaerense trabajar en la actualización de su Estatuto.

VI) Redoblar los esfuerzos y el compromiso de la dirigencia de la Abogacía Joven en la defensa del libre y digno ejercicio profesional, en la optimización del servicio de justicia, en fortalecer la inserción profesional y los postulados de la Colegiación.

El patrocinio único en los divorcios por presentación conjunta

Por Abog Ludmila Irupe Ayala Colegio de Abogados de Capital Federal y Abog Sebastian Marza Colegio de Abogados de Moron.

Sumario: I. Introducción.- II. Jurisprudencia.- III Doctrina.- IV. Legislaciones que prevén el patrocinio único.- V. Conclusión.

I. Introducción

El divorcio es una de las causales de disolución del matrimonio previstas en nuestro régimen. Así lo establece el art. 435 de nuestro Código Civil y Comercial de la Nación que expresa *“ARTÍCULO 435.- Causas de disolución del matrimonio. El matrimonio se disuelve por: a) muerte de uno de los cónyuges; b) sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento; c) divorcio declarado judicialmente”*.

Hasta el 31 de julio del 2015 rigió en nuestro país el Código Civil de Vélez Sarsfield y su régimen de *“divorcio-sanción”* de forma que sólo podía ser decretado judicialmente sobre la base de alguna de las causales o hechos enunciados por la ley. Dichas causales se fundaban exclusivamente en la culpa de uno de los esposos.

Si bien con la reforma introducida por la ley 17.711 se incorporó el art. 67 bis de la Ley de Matrimonio Civil admitiendo que el divorcio se decretase a petición conjunta de los esposos sin que medie culpa exclusiva de alguno de los cónyuges, se requería la existencia de causas graves que hiciesen imposible la vida en común.

Asimismo la ley 23.515 agregó causas invocables por uno de los esposos que, aunque no necesariamente implicaban culpa del otro, hacían referencia a situaciones como trastornos de conducta derivados de las alteraciones mentales, alcoholismo o drogadicción (art. 203), y también a la separación de hecho (art. 204) siendo causales para solicitarla: el adulterio, el atentado contra la vida del cónyuge o de los hijos, la instigación al delito, injurias graves y el abandono.

En la actualidad, y con la sanción de nuestro Código Civil y Comercial de la Nación, los cónyuges no tienen que exponer las razones por las cuales deciden no continuar unidos en el matrimonio. Si bien es cierto que siempre hay una causa, ella pertenece al ámbito íntimo de los cónyuges y por lo tanto queda por fuera de la esfera judicial.

Este nuevo régimen no sólo simplifica el divorcio en los aspectos de fondo sino que también lo hace en el ámbito procesal dado que, en consonancia con la falta de causa, el proyecto de vida en común puede extinguirse por decisión conjunta de los cónyuges o por uno de ellos, estableciendo el art. 437 una doble vía para petitionar el divorcio: unilateral (petitionado por uno de los cónyuges) o bilateral (petitionado por ambos cónyuges).

En ambos casos la petición debe ser acompañada por una propuesta o convenio regulador sobre los efectos del divorcio y aunque pueda darse el supuesto de que no se arribe a un acuerdo en el convenio, los conflictos que surjan con relación a todos o algunos efectos derivados del divorcio (alimentos, atribución de la vivienda, compensación económica, cuidado personal de los hijos, etc.), de ninguna forma deben retrasar el dictado de la sentencia de divorcio y la consecuente ruptura del vínculo matrimonial. Se trata hoy de un proceso extra contencioso cuya finalidad es la disolución del vínculo matrimonial.

Dicho esto, nos preguntamos: Si dos cónyuges petitionan su divorcio y la propuesta de convenio regulador es conjunta sin que medie discrepancia alguna ¿Es posible el patrocinio de

un solo letrado? Pensamos que sí es posible, pero en determinados casos muy concretos y por ello a continuación analizaremos varios aspectos.

II. Jurisprudencia

Diversas resoluciones se han pronunciado en ambos sentidos, algunos a favor y otros en contra. Incluso antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, el tema de la presentación de un único letrado en un divorcio petitionado de forma conjunta fue planteado en reiteradas oportunidades. Así por ejemplo la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil sostuvo que *“debe mantenerse en el marco de los procesos de divorcio, incluso aquellos por presentación conjunta, el requerimiento de asesoramiento y patrocinio de dos letrados para garantizar de mejor forma el derecho de defensa de las partes que, como se dijo, tiene raigambre constitucional”*. Asimismo hace hincapié en que *“el Art. 10 de la ley 23.187, que regula el ejercicio de la abogacía en la Capital Federal, establece que queda expresamente prohibido a los abogados representar, patrocinar y/o asesorar simultánea o sucesivamente, en una misma causa intereses opuestos”*⁵⁹. Este criterio es el que predomina en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires.

Sin embargo, en algunos lugares de nuestro territorio argentino los Tribunales de Familia se han pronunciado a favor. En Formosa por ejemplo se dijo que *“nada obsta que un mismo abogado patrocine a los esposos, porque ambos coinciden en el objeto de la litis, pero de suscitarse alguna controversia éste no podrá continuar representando a uno u otro”*⁶⁰. En Mar del Plata se ha dicho que *“los cónyuges tendrán sus razones para ocurrir a la justicia con el patrocinio de un único letrado, y en tanto no se perciba algún vicio de la voluntad o manejos fraudulentos o engañosos, imponer la obligatoriedad del patrocinio independiente no hará otra cosa que crear un escollo más, a la ya delicada situación por la que atraviesan los esposos”*⁶¹.

Muy recientemente dos resoluciones en el fuero Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires se han pronunciado a favor. Por un lado la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora ha dicho que *“el Código Civil y Comercial de la Nación regula el instituto del divorcio en los artículos 437 y 438, en los cuales si bien establece diferentes requisitos y ciertas pautas referidas al proceso, nada estatuye en torno a la necesidad de que el patrocinio letrado deba ser individual. A ello puede agregarse que de los propios Fundamentos del Anteproyecto del Código surge como un elemento esencial del nuevo proceso de divorcio el respeto por la autonomía de la voluntad de los solicitantes”*⁶².

Por otro lado, y en el mismo sentido, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Morón ha resuelto que *“Teniendo en cuenta el nuevo diseño del proceso de divorcio, y abordando la cuestión del patrocinio letrado único, autorizada doctrina no ha visto -en principio- objeción desde el punto de vista de la admisibilidad de la petición de divorcio para que con ello se dicte una sentencia que decrete el divorcio y, por qué no, homologue el acuerdo al que se hubiese*

⁵⁹ EXPTE. N° 85.837/2013/CA1 – JUZG. 38 “I., L.A Y V. L., C s/ DIVORCIO Art. 215 CODIGO CIVIL. Tipo de Fallo: R Sala: E Recurso N°: E085837 Fecha: 04-12-13 Juzgado 38.

⁶⁰ Causa: “S., A.J. c/S., E. s/Div. por la causal objet.” -Sentencia No 89/10- de fecha 11/03/10; voto de la Dra. Viviana Karina Kalafattich-Juez de trámite.

⁶¹ CÁMARA DE APELACIÓN CIVIL Y COMERCIAL - SALA SEGUNDA. "J. C. A. Y OTRO/A S/ DIVORCIO POR PRESENTACIÓN CONJUNTA". Mar del Plata, 21 de junio de 2018.

⁶² Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora. Sala I. R. A. G. y otro/a Divorcio por presentación conjunta. Fecha: 19-oct-2021. Cita: MJ-JU-M-134916-AR MJJ134916.

arribado y, con mucha mayor razón, si no existieren importantes efectos del divorcio que debieran ser regulados por los cónyuges” y que “Dado que el CCyCN apunta a la resolución pacífica de las cuestiones familiares -arts. 706 y ccdtes. CCivCom- es prácticamente el paradigma de la pacificación el hecho de que dos personas, que tuvieron un vínculo en común, concurren juntas a disolverlo, arreglando sus cuestiones y procurando que ello se de en un marco de armonía y con la menor erogación monetaria posible”. Asimismo, y este punto nos interesa en particular, aclara que “La cuestión dependerá, indudablemente, de las circunstancias del caso (art. 171 Const.Pcial.) y de la eventual existencia, o no, de intereses contrapuestos de acuerdo con lo que pueda deducirse de las constancias de la causa”.⁶³

III Doctrina

En cuanto a las posturas doctrinarias, lo admitieron (en tanto no surgiera controversia entre los esposos) Borda, Mizrahi y Zannoni, entre otros y lo negaron Belluscio, Azpiri, Escribano, Brodsky y Sosa, entre otros.⁶⁴

Entre quienes lo niegan se dijo que el hecho de que ambos esposos coincidan en todos sus requerimientos ante el juez no significa que no existan intereses contrapuestos y se entendió así que la presentación con un único letrado “*resulta contraria a las normas que reglamentan el ejercicio de la profesión de abogado, y también a las de índole constitucional*”.⁶⁵ Asimismo Belluscio señalaba que “esta última es la solución acertada no sólo porque al acuerdo inicial puede seguir la controversia, sino también porque cada uno de los cónyuges debe ser aconsejado independientemente, lo que no puede hacer un único abogado”.⁶⁶

Por otro lado el Dr. Mauricio Luis Mizrahi entiende que la actividad profesional de asesoramiento que brinda un abogado a los esposos, que de mutuo y común acuerdo acuden a él cuando deciden divorciarse “*constituye una muy valorable labor y, a veces, un elemento determinante para que no se agudicen los conflictos y se logre acordar sobre todos los efectos del divorcio*”. Este autor sostiene que “*es cierto que lo convenido entre los cónyuges, reflejado en el escrito de presentación conjunta, suele ser el resultado de transacciones y concesiones recíprocas, pero ello en absoluto afecta una correcta labor profesional que, como bien se ha puntualizado, tiene en estos casos una naturaleza de composición extrajudicial*”.⁶⁷

Un argumento de Mizrahi, reiteradamente citado por la jurisprudencia a favor de la intervención de un solo letrado es que no es lícito que los tribunales intervengan en la libre determinación de los personas mayores y capaces para ocurrir a la justicia con el patrocinio de un único letrado, sosteniendo que los cónyuges tendrán sus razones para hacerlo y en tanto no se perciba algún vicio de la voluntad o manejos engañosos o fraudulentos, imponer la obligatoriedad del patrocinio independiente no hará otra cosa que crear un escollo más a la ya delicada situación por la que atraviesan los esposos.

⁶³ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Morón. M.G. D. Y P. V. R. | divorcio por presentación conjunta. Fecha: 2-ago-2022. Cita: MJ-JU-M-138046-AR | MJJ138046.

⁶⁴ GAGGIA, Romina (2021) ¿Puede intervenir un solo abogado para ambas partes?. Microjuris.com Recuperado el día 29, de mes noviembre, de año 2021.

⁶⁵ VELOSO, Sandra F., en RIVERA, MEDINA Julio César (2014). En t. II, "Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Ubicación: La Ley.

⁶⁶ BELLUSCIO, Augusto Cesar. En t. I, “Manual de derecho de familia” (7ma edición, 2002), Ubicación: Astrea.

⁶⁷ MIZRAHI, Mauricio Luis. “El divorcio, sus efectos y el trámite procesal” (2017). Publicado en LA LEY 07/08/2017.

Finalmente nos ha llamado mucho la atención su planteo al decir que si la pareja tiene decidido que un solo abogado los asista y patrocine, así lo van a hacer y que de aparecer el nombre y la firma de otro profesional solo para cumplir con el rito, sólo tendría carácter meramente figurativo. Coincidimos absolutamente con que esto se ve reflejado en la práctica de los estudios jurídicos de manera que, si se admitiera el patrocinio de un solo abogado, ello contribuiría a lo que el autor llama “*un mayor sinceramiento en la actuación judicial*”.

III. Legislación que prevé el patrocinio único

Esta discusión respecto de la procedencia o no de la intervención de un único letrado en un divorcio por presentación conjunta ha quedado al margen en la legislación de la Provincia de Córdoba.

Resulta novedoso que en su Código de Procedimiento de Familia, modificado por la ley 10.305 acepte en su art. 94 que el divorcio bilateral se presente en un mismo escrito con un único patrocinio letrado; por supuesto, en tanto se acompañe una sola propuesta reguladora de los efectos del divorcio.

Dicha norma establece que “*Divorcio bilateral. Los cónyuges deben petitionar el divorcio en un mismo escrito, adjuntando el convenio regulador sobre sus efectos como así también los elementos en que se funde. El escrito puede ser patrocinado por un único abogado.*”

Recibida la petición, el juez dictará sentencia de divorcio y homologará los efectos acordados, previa intervención al Ministerio Público Fiscal y vista al Pupilar, si correspondiere. Los cónyuges pueden presentar distintas propuestas reguladoras, en este caso con patrocinios letrados diferenciados. En tal supuesto, el juez dictará la sentencia de divorcio y convocará a una audiencia en el plazo de veinte (20) días, previa valoración de los elementos adjuntados por las partes y sin perjuicio de las facultades que le son reconocidas por la ley a esos efectos.

Las partes deben comparecer a la audiencia personalmente, excepto en cuestiones de naturaleza patrimonial. El juez debe intentar la solución consensuada de los aspectos relativos a los efectos del divorcio que no hayan sido acordados.

Si se logra acuerdo el juez lo homologará en la misma audiencia, y si fuere parcial lo hará con esa extensión, previa intervención del Ministerio Público Pupilar, si correspondiere. En ambos casos el juez puede rechazar los pactos que no superen el control de legalidad o afecten de modo manifiesto los intereses de los integrantes del grupo familiar.

Si no hay acuerdo, total o parcial, las cuestiones pendientes deben ser resueltas por el juez, de conformidad al trámite que corresponda según la materia”.

Se observa en este caso que el patrocinio de un único letrado:

1. Procede para el caso de que los cónyuges petitionen el divorcio en un mismo escrito con un solo convenio regulador.
2. Descarta el patrocinio único cuando las partes acompañan propuestas reguladoras distintas.
3. Y pone en cabeza el juez la potestad de rechazar los pactos que afecten de modo manifiesto los intereses de los integrantes del grupo familiar, por lo que ejerce un importante y activo control de legalidad en el proceso.

V. Conclusión.

En vista de la evolución normativa que tuvo como resultado el establecimiento del régimen de divorcio incausado que hace lugar a un proceso extra contencioso cuya única

finalidad es extinguir el vínculo matrimonial y, habiendo hecho este recorrido jurisprudencial y doctrinario que se ha expedido a favor de la participación un solo letrado cuando el divorcio es peticionado de forma conjunta, estamos firmemente convencidos de que ello es posible y su aplicación en casos concretos permitiría múltiples ventajas entre las cuales destacamos la de evitar los altos costos que acarrea la intervención de dos abogados.

Si bien se podría alegar que si alguna de las partes no pudiera solventar la intervención de otro letrado podría acudir a un patrocinio gratuito, entendemos que, si existe la posibilidad de solucionarlo con la participación de un solo profesional, con ello contribuiremos a no sobrecargar la labor de estos patrocinios que están al servicio de la comunidad para casos de real necesidad.

Mientras muchos se preguntan ¿por qué no instaurar un trámite administrativo como sucede en otros países? nosotros nos preguntamos ¿por qué no podemos pensar en una presentación conjunta con patrocinio único si ya tenemos la posibilidad?

Entendemos que es un proceso que debe seguir en manos de la justicia porque somos los abogados quienes estamos capacitados para determinar en qué casos es posible realizarlo o no.

Sostenemos que la presentación de un único letrado en una petición de divorcio por presentación conjunta es viable pero entendemos que ello sólo debe ser aplicado a casos concretos.

No podemos reducir la labor de los abogados de analizar minuciosamente cada caso en particular conforme a las reglas de ética profesional, a simples requisitos que se impongan en un eventual trámite administrativo o notarial.

Debemos defender nuestro rol de asistencia letrada en la etapa previa a la presentación del divorcio y trabajar en conjunto con los jueces y tribunales de familia para que con su labor en la etapa de control de legalidad de todos los aspectos que se presenten en cada caso en particular, logremos un proceso ameno, rápido y simplificado que garantice de la mejor manera los derechos de los ciudadanos a dar fin al vínculo matrimonial.

VI. Bibliografía

- HERRERA Marisa (2015). En Capítulo V – Divorcio, “Manual de Derecho de las Familias”. Ubicación: Abeledo Perrot.

- GAGGIA, Romina (2021) ¿Puede intervenir un solo abogado para ambas partes?. Microjuris.com Recuperado el día 29, de mes noviembre, de año 2021.

- VELOSO, Sandra F., en RIVERA, MEDINA Julio César (2014). En t. II, "Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Ubicación: La Ley.

- BELLUSCIO, Augusto Cesar. En t. I, “Manual de derecho de familia” (7ma edición, 2002), Ubicación: Astrea.

- MIZRAHI, Mauricio Luis. “El divorcio, sus efectos y el trámite procesal” (2017). Publicado en LA LEY 07/08/2017.

La capacitación en perspectiva de niñez y adolescencia como mandato legal-convencional.

Por Abog Luisina Arce

COLEGIO DE ABOGADOS DEL DEPARTAMENTO JUDICIAL DE JUNÍN.

SUMARIO:

I. Introducción. — II. La idea de un nuevo paradigma: el de la plena efectividad. — III. ¿Qué implica hablar de perspectiva de niñez y adolescencia?— III. La obligada capacitación. — IV. Conclusiones. — V. Propuestas.

I. Introducción

Hablar de la obligada capacitación en perspectiva de niñez y adolescencia o perspectiva de infancia, equivale a repensar la intervención en aquellos asuntos en que estén involucrados niñas, niños y adolescentes, en clave de derechos humanos. Esta particular formación no sólo alcanza a abogados del niño, sino también a todas las personas que desempeñen sus labores en las tres esferas del estado y cuyas actuaciones puedan incidir (directa o indirectamente) en la vida de niñas, niños y adolescentes.

En este sentido, así como se establece la obligación en cuanto a la capacitación en perspectiva de género, indispensable por cierto, debemos también poner el foco en la efectividad de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

Es por ello que este artículo expondrá la necesidad de un nuevo paradigma en materia de niñez y adolescencia y, además, los principios legales convencionales en materia de perspectiva de infancia que tornan ineludible la capacitación.

II. La idea de un nuevo paradigma: el de la plena efectividad.

Puede entenderse a la perspectiva de infancia como un mandato legal convencional nacido a la luz del cambio de paradigma que trajo consigo la Convención sobre los Derechos del Niño y que se sustenta fundamentalmente en un principio rector: “el interés superior del niño”.

Es sabido que a partir de este hito normativo el viejo modelo tutelar se vió desplazado por un sistema de promoción y protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Esto significó abandonar la idea del niño objeto de protección para convertirse en un auténtico sujeto de derechos.

Además de la consagración de nuevos derechos, la Convención en su artículo cuarto, establece la garantía de efectividad con el objeto de tornar operativas las disposiciones que integran su cuerpo normativo. Así, establece: “Artículo 4. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional”.

No obstante, en la práctica podemos observar que este nuevo paradigma no ha logrado

total efectividad y que aún quedan resabios del antiguo modelo tutelar. En particular se observa un arraigado adultocentrismo, tanto en la toma de decisiones en lo que respecta a la vida de niñas, niños y adolescentes, como así también en lo relativo a prácticas diarias tales como el lenguaje utilizado, por ejemplo, el término “menor”.

Cabe entonces repensar este accionar a la luz de un tercer paradigma: el de la plena efectividad a través de la puesta en práctica de la perspectiva de niñez y adolescencia.

III. ¿Qué implica hablar de perspectiva de niñez y adolescencia?

Partiendo de la base del postulado anterior, hablar de perspectiva de niñez y adolescencia implica poner en jaque prácticas adultocéntricas, paternalistas y tutelares, para dar paso al paradigma de la plena efectividad. Aquí, la mirada estará puesta exclusivamente en el niño, en su singularidad y en el ejercicio de sus derechos conforme a la evolución de sus facultades.

Para ello será necesario quitar el velo adultocéntrico que cubre al Derecho como ciencia, resaltando la importancia de los siguientes principios, cuya causa fuente son tanto la normativa interna como los tratados internacionales de derechos humanos: a) interés superior de niñas, niños y adolescentes; b) el derecho a ser escuchados y que su opinión sea tenida en cuenta; c) el acceso a una justicia adaptada; d) la utilización de lenguaje adecuado; e) la revalorización de niñas, niños y adolescentes como personas; f) la obligada perspectiva interseccional.

a) - Como ya se había adelantado, la perspectiva de niñez y adolescencia se funda en el principio del Interés Superior del Niño consagrado expresamente en el art. 3, párr.1, de la mentada Convención que dispone que, “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

A la par de este artículo, debe mencionarse su instrumento interpretativo, es decir, la Observación General N° 14 del Comité de los Derechos del Niño. El Comité habla específicamente de que la aplicación de este principio exige la adopción de un enfoque de derechos y hace hincapié en un concepto holístico de desarrollo, apuntando al bienestar del niño en todas las esferas de su vida.

Asimismo, señala la triple acepción que ostenta el interés superior del niño: como derecho sustantivo, como principio jurídico interpretativo y como norma de procedimiento. Acerca del primer concepto, cabe destacar la aplicabilidad inmediata del principio que se traduce por lo tanto en una obligación para los estados. La segunda acepción refiere a aquellos supuestos en los que una norma reconoce más de una interpretación, por lo que siempre se estará a aquella que mejor satisfaga los derechos de la niña, niño o adolescente. Y, la tercera noción, que conlleva una evaluación previa a la toma de decisiones relativas a un niño, a un grupo de niños o a ellos en general, acerca de las repercusiones que esa decisión acarreará.

Por otra parte, corresponde mencionar que este principio también encuentra recepción en la normativa interna del derecho argentino, a nivel nacional a través de la ley 26.061 y provincial en la ley 13.298 .

De lo dicho hasta aquí puede concluirse que, el Interés Superior del Niño, como principio legal-convencional, será la consideración primordial en la toma de decisiones concernientes a niñas, niños y adolescentes y la llave para tornar efectivos sus derechos.

b) - El derecho de toda niña, niño y adolescente a ser escuchado y que su opinión sea tenida en cuenta es complementario del principio desarrollado anteriormente. Esto es así ya que el Comité establece expresamente que “la evaluación del interés superior del niño debe abarcar el respeto del derecho del niño a expresar libremente su opinión y a que esta se tenga debidamente en cuenta en todos los asuntos que le afectan” .

Vale aclarar que el Comité distingue entre el derecho de cada niño a ser oído individualmente y, el derecho a ser escuchado que tiene un grupo de niños en su conjunto. Por ejemplo, los niños de un barrio.

Otra particularidad de este principio radica en el rol protagónico que la Convención otorga a los niños como verdaderos ciudadanos, ya que ellos pueden ejercer este derecho, no estando obligados a hacerlo. Es decir, los Estados tienen la obligación de asesorar a toda niña, niño y adolescente acerca de su derecho a expresar su opinión, pero queda en cabeza de éstos últimos ejercitarlo o no.

Además, los Estados deben garantizar que todos los niños, niñas y adolescentes sean escuchados de conformidad con sus especiales particularidades, la evolución de sus facultades, reforzando esa garantía cuando aquéllos tienen dificultades para expresar sus opiniones (v. gr. niño con alguna discapacidad). Asimismo, el Comité también hace referencia a niños muy pequeños, víctimas de delitos penales o bien niños pertenecientes a alguna minoría, donde esa garantía de escucha debe estar reforzada. Para ello deben buscarse mecanismos de escucha aptos de acuerdo a cada niño, lo cual implica además la capacitación de los operadores que ejercen ese rol de oyentes activos.

c)- El acceso a una justicia adaptada tiene su basamento en el principio de igualdad y no discriminación y supone que toda niña, niño o adolescente pueda acceder a una justicia adecuada según sus particularidades.

Las 100 reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, establecen a la edad como uno de los factores que tornan dificultoso el ejercicio de los derechos ante la justicia. De igual forma disponen que “todo niño, niña y adolescente debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo” .

Vale aclarar que si a la edad se le suman otras vulnerabilidades, por una aplicación de la perspectiva interseccional, deberá haber un mayor esfuerzo por parte de los Estados en garantizar ese acceso a la justicia.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho en el caso “VRP., VPC y otros Vs. Nicaragua” que, “la debida diligencia reforzada implica la adopción de medidas especiales y el desarrollo de un proceso adaptado a las niñas, niños y adolescentes con miras a evitar su revictimización”. En este sentido, desarrolló criterios a tener en cuenta que necesariamente deben ser aplicados desde una perspectiva de niñez y adolescencia: i) el derecho a la información relativa al procedimiento, así como los servicios de asistencia jurídica, de salud y demás medidas de protección disponibles; ii) la asistencia letrada, gratuita y proporcionada por el Estado, de un abogado especializado en niñez y adolescencia, con facultades de constituirse en calidad de parte procesal, oponerse a medidas judiciales, interponer recursos y realizar todo otro acto procesal tendiente a defender sus derechos en el proceso; iii) el derecho a ser oído, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, que conlleva un criterio reforzado de celeridad; iv) el derecho de la niña, niño o adolescente víctima a participar en el proceso penal, en función de su edad y madurez, y siempre que no implique un perjuicio en su bienestar biopsico-social. Para ello, deben realizarse las diligencias estrictamente necesarias y evitarse la presencia e interacción de las niñas, niños y adolescentes con su agresor; v) generar las

condiciones adecuadas para que las niñas, niños y adolescentes puedan participar de forma efectiva en el proceso penal mediante las protecciones especiales y el acompañamiento especializado; vi) la entrevista deberá llevarse a cabo por un psicólogo especializado o un profesional de disciplinas afines debidamente capacitado en la toma de este tipo de declaraciones de niñas, niños y adolescentes. La Corte resaltó que varios países han adoptado, como una buena práctica, el uso de dispositivos especiales como la Cámara de Gesell o Circuitos cerrados de televisión (CCTV) que habilitan a las autoridades y las partes a seguir el desarrollo de la declaración de la niña, niño o adolescente desde el exterior, a fin de minimizar cualquier efecto revictimizante; vii) las salas de entrevistas otorgarán un entorno seguro y no intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado, que les brinde privacidad y confianza; viii) el personal del servicio de justicia que intervenga deberá estar capacitado en la temática, y ix) deberá brindarse asistencia inmediata y profesional, tanto médica como psicológica y/o psiquiátrica, a cargo de un profesional específicamente capacitado en la atención de víctimas de este tipo de delitos y con perspectiva de género.

d)- El lenguaje crea realidad. Por lo tanto, el cambio de paradigma debe estar acompañado por un lenguaje acorde a la concepción de niña, niño o adolescente como sujeto de derechos.

Un vocablo arraigado, incluso en la práctica judicial diaria, es el término “menor”. Esta expresión alude a una situación de inferioridad respecto de alguien a quien se considera “mayor”, desenmascara una relación de poder instalada y reproducida en la sociedad.

Por otro lado, esta terminología ha sido utilizada para denominar a aquellos niños, niñas y adolescentes en situación de “riesgo”, tal como se los denominaba. De hecho, es uso y costumbre en el ámbito penal, el llamar menores a niños, niñas y adolescentes. Esto obedece a la herencia del sistema tutelar, en cual precisamente se distinguía entre niños y menores, éstos últimos eran quienes debían ser tutelados porque eran considerados potenciales delincuentes.

Por ello, el cambio de paradigma requiere una correcta denominación que obedezca al género y a las diferentes etapas de desarrollo: niñas, niños y adolescentes.

Quizás sea hora de que muchas instituciones se adecúen al sistema de promoción y protección de derechos o, a lo que llamamos paradigma de la plena efectividad, cambiando su denominación por otra acorde a esta realidad.

e) La revalorización de niñas, niños y adolescentes como personas implica dejar de lado la idea de que son seres humanos preparándose para la edad adulta o, como suele escucharse, los niños son el futuro.

Niñas, niños y adolescentes son personas con características, deseos y vivencias propias, que se encuentran en constante desarrollo y que, por tal motivo, requieren de un plus de protección por parte de los adultos. Esta dirección y orientación que ejercen los adultos irá disminuyendo a medida que niñas, niños y adolescentes vayan adquiriendo mayores competencias.

En este sentido, el Instituto de Investigaciones Innocenti de Unicef establece tres marcos conceptuales a tener en cuenta para comprender la evolución de las facultades del niño. En primer lugar, una noción evolutiva de dichas facultades, que conlleva comprender en qué medida la realización de los derechos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño, promueve el desarrollo y la autonomía de los niños. En segundo lugar, una noción emancipadora, que conlleva el traspaso de competencias de los adultos hacia niñas, niños y adolescentes a medida que éstos últimos van adquiriendo mayores aptitudes. Y, en tercer lugar, esta noción protectora a la que ya se ha hecho referencia, que supone no perder de vista que niñas, niños y

adolescentes se encuentran en un proceso de desarrollo de sus facultades, por tanto deben recibir una protección que irá disminuyendo progresivamente.

Otro aspecto para cuestionar es la consideración de la niñez y la infancia como un proceso universal, que no tiene en consideración la diversidad de factores que influyen en la evolución de las facultades de niñas, niños y adolescentes. Esto es, analizar la evolución de las facultades y el desarrollo según el contexto, la cultura y la sociedad a la cual pertenecen.

Hasta aquí, lo que quiere dejarse en claro, es que revalorizar a niñas, niños y adolescentes como personas, sujetos plenos de derecho, requiere tener en cuenta su singularidad y las particularidades de su desarrollo.

f) La perspectiva interseccional es otra herramienta con la que necesariamente debemos trabajar si de niñez y adolescencia se trata. Así como sostenemos que el desarrollo de niñas, niños y adolescentes dependerá de múltiples factores, la herramienta de la interseccionalidad permitirá dar cuenta de la heterogeneidad de la niñez y la adolescencia.

El Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Infancia y Adolescencia de la Suprema Corte de la Nación de México, establece que “el género, la raza, la identidad cultural, la discapacidad, la identidad y expresión de género, la orientación sexual, la creencia religiosa, el origen nacional, etcétera, deben ser identidades respetadas y protegidas en condiciones de igualdad y no discriminación”, haciendo referencia a la interseccionalidad como herramienta de análisis. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha hablado expresamente de interseccionalidad por primera vez, en el fallo “González Lluy y otros vs. Ecuador”, donde determinó que confluyeron múltiples factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación, asociados a la condición de niña, mujer, persona en situación de pobreza y persona con VIH. Por ello, si bien la interseccionalidad ha sido un término con origen en los movimientos feministas, resulta aplicable a niñas, niños y adolescentes como grupos heterogéneos que pueden estar alcanzados por múltiples factores de vulnerabilidad.

IV. La obligada capacitación

Los principios expuestos hasta aquí deben ser aplicados para hacer plenamente efectivos los derechos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño y en las leyes que rigen en la materia. Cada caso concreto deberá analizarse bajo los estándares de la perspectiva de infancia y adolescencia. Para ello será requisito sine qua non contar con la formación específica que permita cuestionar las prácticas adultocéntricas y trabajar conforme al nuevo paradigma.

En nuestro país, la ley Micaela establece la capacitación obligatoria sobre perspectiva de género y violencias por motivos de género, para todas las personas que se desempeñan en cualquier nivel en los tres poderes del estado.

En este mismo sentido, no podemos perder de vista que las relaciones desiguales de poder también alcanzan a las infancias y las adolescencias. El adultocentrismo, paternalismo y tutelarismo enraizados, imponen esta idea de dominación de los adultos por sobre niñas, niños y adolescentes, bajo esta concepción que los invisibiliza y los sujeta a las decisiones de los adultos.

Todo lo expuesto hasta aquí acerca de que implica la perspectiva de infancia y adolescencia, hace surgir la necesidad de capacitación de todos los actores que intervienen en los procesos y asuntos que conciernen a niñas, niños y adolescentes.

Pensemos en el peso que tiene la labor que desarrolla, por ejemplo, un letrado que patrocina a un progenitor en un proceso de régimen de comunicación conflictivo.

¿Bastará con el título universitario de graduado en derecho para intervenir en dicho

proceso? A primeras luces, la respuesta deviene afirmativa. No obstante, si tenemos en cuenta que en dicha conflictiva familiar el primer perjudicado será el niño o niña, resulta indispensable que quien intervenga lo haga bajo los parámetros de la perspectiva de infancia y adolescencia. Esto conlleva una obligada capacitación en la materia, que permita trabajar durante el desarrollo del proceso aplicando los principios básicos que hacen a este nuevo paradigma de la efectividad.

En especial, debe considerarse que ante la vulneración de derechos de niñas, niños y adolescentes, quienes intervienen en el proceso de restitución de aquellos, deben aplicar todas aquellas prácticas subjetivantes que coadyuven a una recomposición de su subjetividad.

Volviendo al ejemplo práctico mencionado, entendemos que, para intervenir en asuntos en los que niñas, niños y adolescentes estén involucrados, no basta con la obtención del título de abogado y matriculación en el correspondiente colegio profesional. Además de dichos requisitos, es deber de los profesionales intervinientes el contar con una capacitación en perspectiva de infancia y adolescencia, que permita el análisis de los principios desarrollados y su aplicación en el caso concreto. Creemos que involucra a la responsabilidad profesional de los letrados que intervienen en dichas cuestiones con total desconocimiento de los parámetros indicados.

VI. Conclusión.

Hablar de perspectiva de infancia y adolescencia equivale a hablar de Derechos Humanos y llevar al plano de la efectividad los derechos enumerados en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la legislación interna.

Para esto, debemos abandonar definitivamente aquellos resabios del modelo tutelar y actuar conforme al sistema de promoción y protección de derechos de niñas, niños y adolescentes.

La niñez pensada en clave de Derechos Humanos, implica la revalorización de niñas, niños y adolescentes como personas con características propias, en proceso de evolución de sus facultades y desde una mirada interseccional.

La aplicación del interés superior del niño, la garantía de todo niño, niña y adolescente de ser escuchado, el acceso a una justicia y utilización de lenguaje adecuados, requieren tener presentes esta heterogeneidad que caracteriza a la niñez y a la adolescencia. Sólo así se garantizará que estas pautas sean aplicadas de acuerdo a la singularidad de cada niño y en cada caso concreto.

Estos enunciados no son meras declaraciones. Constituyen principios legales-convencionales a aplicar cada vez que se interviene en un asunto en el cual estén involucrados los derechos de niñas, niños y adolescentes. Y, esta aplicación, requiere necesariamente la capacitación de los efectores intervinientes, cuya versación en perspectiva de infancia y adolescencia, marcará la diferencia y equivaldrá a darle plena vigencia al paradigma de la plena efectividad.

VII. Propuestas

a) Trabajar desde Colproba, en conjunto con la Comisión de Abogado del Niño, en un proyecto de ley que establezca la capacitación obligatoria en perspectiva de infancia y adolescencia.

b) Elaborar, también en forma mancomunada, un protocolo de actuación en asuntos que conciernen a niñas, niños y adolescentes, con perspectiva de infancia y adolescencia.

c) Instar a los letrados que intervienen en el fuero de familia a repensar sus prácticas

y capacitarse en perspectiva de infancia y adolescencia.

Audiencias en el Fuero de Familia: su celebración cuando existen denuncias previas por violencia de género

Por Abog Lara Fueyo Vuillermoz..
Colegio de Abogados de Mar del Plata

En el presente trabajo abordaré el problema de las audiencias-presenciales o virtuales- que se fijan por parte de los Juzgados y Tribunales de Familia, cuando hay denuncias previas por violencia de género.

Si bien en los juicios sobre violencia familiar no se fijan audiencias, sino que se dictan medidas cautelares y se acompaña prueba, lo cierto es que comúnmente hay otros expedientes conexos en los cuales intervienen las mismas partes. Estos expedientes suelen ser de alimentos, régimen de cuidado personal de hijos, comunicación parental, divorcio, entre otros.

Entonces encontramos supuestos en los cuales, por ejemplo, hay una restricción de acercamiento vigente del agresor hacia la mujer en el marco de un juicio de violencia familiar, y se encuentran estas mismas partes citadas para una audiencia en un expediente de alimentos. Aquí vemos cómo se le otorga una medida cautelar pero como contrapartida se la somete a una exposición innecesaria con su agresor que nuevamente la pone en peligro.

Esta incongruencia del sistema judicial conlleva una revictimización o victimización secundaria hacia la mujer. “Como victimización secundaria se consideran los daños de dimensión psicológica o patrimonial que sufre la víctima como consecuencia de la falta de la adecuada asistencia e información por parte del sistema de la Justicia”⁶⁸.

A mi parecer, es inconcebible que una mujer que acude a la justicia en busca de proteger su seguridad física y psíquica, sea sometida por el mismo sistema a una audiencia con su agresor.

A continuación analizaré las distintas normativas, cuestionamientos y tendencias actuales en el tema.

La normativa convencional internacional

Me interesa examinar sintéticamente la normativa internacional que podemos aplicar en la normativa judicial argentina.

Resulta aplicable la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, 1979), ratificada por nuestro país en el año 1985 y la cual actualmente tiene rango constitucional.

La Recomendación General Nro. 19 de la CEDAW, establece en su artículo 1 un aspecto que los Estados deben considerar: “La violencia contra la mujer es una forma de discriminación que inhibe gravemente la capacidad de la mujer de gozar de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre”

Es necesario entonces establecer en qué consiste la violencia contra la mujer. Para ello debemos recurrir a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer -más conocida como la Convención Belém Do Pará- ratificada por nuestro país en 1996.

Esta Convención establece, en su primer artículo, que por violencia contra la mujer se debe entender cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.

⁶⁸ Dominguez Vela, María. 2016. “Violencia de género y victimización secundaria”. Revista Digital de Medicina Psicosomática y Psicoterapia. Volumen VI. Número 1, pp 11.

Por su parte, el artículo 4, indica que: "Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos (...) Estos derechos comprenden, entre otros: b. el derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral(...)".

Incorporando estos lineamientos al presente caso de estudio, sostengo que el inciso b del artículo 4 se incumple con el sometimiento de la mujer a una audiencia con su agresor. Es decir, la mujer ve vulnerado su derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

Esta Convención también prevé que la magistratura tiene un deber de debida diligencia consistente en la prevención de hechos de violencia contra la mujer so pena de incurrir en violencia institucional y responsabilidad internacional del Estado.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resuelto: "En este sentido, el Tribunal ha establecido que los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con la debida diligencia. En particular, deben contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias. La estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y, a la vez, fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva"⁶⁹

El Poder Judicial Argentino no se ha ajustado a los requisitos de las Convenciones Internacionales ya que en la prevención falla.

La normativa argentina

Como marco normativo nacional, resulta de aplicación la Ley 26.485 "Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales" (2009).

En su art. 28 establece que "El/la juez/a interviniente fijará una audiencia, la que deberá tomar personalmente (...). Quedan prohibidas las audiencias de mediación o conciliación".

Entonces aquí vemos como en el marco de un juicio por violencia, las audiencias de conciliación o mediación están prohibidas. Pero en expedientes conexos, no se aplica esta disposición. Si el fundamento de esta prohibición está en la protección de los derechos de la mujer, debería también aplicarse para los casos conexos en los que intervienen las mismas partes.

Dentro de la provincia de Buenos Aires resulta de aplicación la Ley de violencia familiar N°12.569 (2001), la cual en su artículo 2 indica que "también se aplicará cuando se ejerza violencia familiar sobre la persona con quien tenga o haya tenido relación de noviazgo o pareja o con quien estuvo vinculado por matrimonio o unión de hecho". A su vez se indican cuestiones procedimentales como la presentación de las denuncias y fundamentalmente se incorporan las medidas cautelares de aplicación en los casos de violencia.

La regulación de forma y de fondo aplicable a los casos donde existe o existió violencia familiar es escueta. No prevé la situación de que pueden existir causas conexas a un juicio de violencia. Por lo tanto, ante la falta de regulación del sistema de audiencias en este sentido, podemos decir que existe un vacío legal al respecto.

Audiencias ¿presenciales o virtuales?

Cabe ahora preguntarnos si existen diferencias entre la audiencia presencial y la virtual, en casos en donde hubo o hay violencia de género.

⁶⁹Caso V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 08/03/2018. Serie C No. 35053. Recuperado de "Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N°4: Derechos Humanos y Mujeres". 2018.

Desde ya adelante que mi postura es que no hay diferencia, ya que en ambos casos se lesiona gravemente los derechos de la mujer.

El art. 28 de la Ley 26.485 analizada anteriormente, contiene una disposición importante para el juez/jueza interviniente sobre las audiencias en un expediente de violencia: “En dicha audiencia, escuchará a las partes por separado bajo pena de nulidad (...)”.

Si tomamos con criterio y perspectiva de género este artículo y hacemos una interpretación sistémica de la ley, el término “por separado” debería interpretarse como en lugares diferentes o en salas distintas si se realiza virtualmente. Ello teniendo en cuenta que el espíritu de la norma fue la protección de la mujer. Por lo tanto, sería incongruente que se aplique sólo a los juicios por violencia familiar y no a los conexos.

Considero que la celebración de estas audiencias amedrenta la salud psíquica de la sobreviviente o víctima de violencia de género.

Poco se tiene en cuenta el padecimiento psicológico que conlleva la violencia de género durante el transcurso de un juicio. Más aún si el agresor ha ejercido o ejerce sobre la mujer violencia psicológica, la cual “es la que causa daño emocional y disminución de la autoestima o perjudica y perturba el pleno desarrollo personal o que busca degradar o controlar sus acciones. Este tipo de violencia erosiona la integridad psíquica de la mujer (...)”⁷⁰

No es una solución que durante la audiencia virtual se desactive la cámara del agresor. El solo hecho de escuchar su voz activa en la mujer que ha sufrido violencia una pauta de alarma. Esto provoca consecuencias negativas inmediatas en la mujer: puede paralizarse, recordar circunstancias de violencia o causarle un malestar de gran magnitud.

Pensemos que actualmente este es el escenario que se evidencia. A continuación, analizaré la intervención de distintos agentes.

Los agentes intervinientes

Abogadas y abogados

El trabajo de las abogadas y abogados en estos casos es fundamental y debe necesariamente estar atravesado por la perspectiva de género.

La debida formación en este sentido permitirá un trabajo más empático, contextualizado y acorde a las exigencias de un caso donde está involucrada la violencia de género en cualquiera de sus tipos.

Es menester que las abogadas y abogados conozcan y utilicen herramientas que los lleven a obtener las medidas necesarias para salvaguardar la salud física, psíquica y moral de las mujeres en situación de vulnerabilidad.

Para ello se debe escuchar a la mujer y contextualizar su situación. Además se debe prever que quizás acarreen otras necesidades más allá de un reclamo judicial específico y que deban articular otros.

Trabajadoras y trabajadores judiciales

La violencia de género puede provenir de agentes del Estado. A raíz de ello, se dictó la Ley 27499, más conocida como “Ley Micaela”.

Esta ley estableció la capacitación obligatoria en género y violencia de género para todas las personas que se desempeñan en la función pública.

⁷⁰Ministerio de Salud de la Prov. de Buenos Aires. “Violencias por razones de género. Lineamientos para el abordaje integral en el sistema sanitario de la Provincia de Buenos Aires” Tomo I, pp 25.

“Es por ello que la perspectiva de género debe estar presente en todas las actuaciones de la administración de justicia: desde la atención de la víctima y sus familiares, durante la tramitación del procedimiento judicial, hasta los pronunciamientos a los que se arriben”⁷¹.

Los agentes deben identificar qué estereotipos de género se reproducen en el ámbito judicial y a partir de allí dejarlos de lado.

Por ejemplo, tener el preconceito de que las mujeres denuncian para obtener un beneficio económico, hace que los agentes judiciales le quiten importancia al trámite de las mismas e incluso las maltraten.

El acompañamiento a las denunciantes es fundamental. Se debe promover un trato digno y acorde a las necesidades de una mujer que ha sobrevivido o se encuentra en situación de violencia de género.

El tratamiento prioritario, la efectividad y rapidez en el despacho de peticiones son acciones acordes a las exigencias de estos casos.

El conocimiento que adquieran será importante en la medida en que eviten la revictimización de las mujeres.

Por ejemplo, sería un accionar correcto que en caso de realizarse audiencias presenciales, eviten que se encuentren en los pasillos de los juzgados y tribunales la mujer y su agresor, para impedir situaciones de maltrato o peligro previas al encuentro en la audiencia.

Equipo interdisciplinario

Similar análisis merece el equipo interdisciplinario que acompaña el tratamiento de los casos del Fuero de Familia.

Los profesionales que integran este equipo, siguiendo los lineamientos de la Ley provincial 12569, intervienen para determinar los daños físicos y/o psíquicos, económicos o de otro tipo sufridos por la víctima. Asimismo, podrán dar cuenta de la situación del peligro en la que se encuentra la mujer e informar sobre el medio social y ambiental de su grupo familiar.

Psicólogos, trabajadores sociales, contadores, profesionales de la salud mental, entre otros, promueven un tratamiento integral de los casos.

El rol de cada uno de estos profesionales es indispensable para llevar a cabo una administración de justicia equitativa, respetuosa de los derechos de las personas vulnerables.

En el tema que nos ocupa, la presencia ya sea virtual o presencial de un psicólogo o psicóloga ayuda a que la mujer se sienta acompañada y se le brinden herramientas para sobrellevar la situación. Asimismo podrán informar sobre si es recomendable que la mujer asista o no a estas audiencias.

Intervención de las juezas y jueces: análisis de las tendencias actuales

Actualmente el Anteproyecto del Código de Familias, Civil y Comercial⁷², establece en su redacción que el género puede ser considerado como una de las variables que motiva la declaración de una de las partes en situación de vulnerabilidad. Este reconocimiento es importante, ya que entiende que muchas veces las mujeres necesitan de una protección integral de sus derechos cuando estos son vulnerados.

Pero el Anteproyecto en análisis no prevé las situaciones en las que se coloca a la mujer víctima o sobreviviente de la violencia de género ante la presencia física o virtual de su agresor.

⁷¹Poyatos Matas, Gloria. 2018. “La justicia sin perspectiva de género no es justicia, es otra cosa”. Oficina de la Mujer y Violencia Doméstica, Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires.

⁷² Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, Agenda Participativa. “Anteproyecto de Código de Familias, Civil y Comercial.

Es decir, en los fundamentos no se evidencia una intención de reestructurar los aspectos procedimentales que lesionan los derechos de las mujeres en esta situación.

En su artículo 43 establece: “Durante el trámite del proceso, las juezas o jueces tienen los siguientes deberes: 3) Interpretar, conciliar y juzgar con perspectiva de géneros”. Su intervención en casos donde las partes han estado involucradas en situaciones de violencia de género, debe ser decisiva y éstos deben llevar un rol activo a lo largo del proceso.

“Tengo presente que, a fin de ejercer la jurisdicción en clave de género, se debe dar estricto cumplimiento a la obligación estatal de la debida diligencia (...) Y dicha debida diligencia implica la adopción de medidas de protección de manera integral, que abarquen todas las problemáticas planteadas y padecidas por la mujer que denuncia ser víctima de hechos de violencia, ya que sólo de esta forma es posible garantizar el efectivo goce del derecho de la misma a vivir una vida libre de toda violencia”⁷³.

Dentro de las facultades instructorias y ordenatorias de las juezas y jueces (art. 36 del CPCCBA y CPCCN), considero que podrían implementarse medidas tales como que las audiencias no se realicen y se resuelva con las constancias probatorias, o que se celebren utilizando dos salas separadas.

Entiendo que la tendencia actual está orientada hacia la oralidad de los procesos como principio general. Ello se fundamenta en que hace efectiva la inmediatez, la concentración de actos procesales y facilita la conciliación.

Si bien esto es cierto, no lo es menos que ante casos excepcionales el sistema puede funcionar perfectamente evitando las audiencias. Es decir, podría mantenerse el principio general de oralidad de los procesos, exceptuando aquellos casos en donde las partes son mujeres sobrevivientes o permanecen en situación de violencia de género, y su agresor.

Alternativamente, si la celebración de la audiencia es estrictamente necesaria, podrían tenerse en cuenta las recomendaciones que se utilizan en el Fuero Penal: “Las fiscalías deben solicitar al tribunal que evite el encuentro entre la víctima y el imputado antes del juicio, para lo cual se deben disponer salas de espera separadas. (...) En casos graves o cuando la víctima se encuentra en una situación de especial vulnerabilidad, previa consulta con ella, se debe solicitar al tribunal que se disponga lo necesario para evitar el contacto visual entre la víctima y el imputado durante su declaración en la audiencia. Para ello se puede recibir la declaración de la víctima por videoconferencia o Cámara Gesell(...)”⁷⁴.

Si bien en los expedientes del Fuero de Familia no hay una declaración de la víctima sino que hay audiencias conciliatorias o de vista de causa, podrían incorporarse estos lineamientos.

Es decir, podría tomarse la audiencia virtualmente distribuyendo a las partes en salas distintas: en una se encontraría la mujer y en otra la contraparte, cada uno con sus abogados o abogadas. De esta manera, la mujer podría expresarse y ser escuchada, y no vería ni escucharía a su agresor. Quien tome la audiencia puede ingresar a una sala y luego a la otra para escuchar a ambas partes, transmitir propuestas y comentarios.

Previamente, sería importante que el juez o jueza solicite un informe a los integrantes del equipo interdisciplinario para que indiquen si la situación psíquica y emocional de la mujer permiten que se presente en la audiencia o si por el contrario es recomendable que no se realice la misma.

⁷³“PB. contra C, D; R, J E, R por violencia familiar”. Juzgado de violencia familiar y de género. Tercera Nominación. Salta. Expte. N° 745.006-21. Sentencia del 15/10/2021.

⁷⁴Ministerio Público Fiscal, 2016. “Guía de actuación en casos de violencia doméstica contra las mujeres”, pp 43.

“Todos los intervinientes de los procesos judiciales (quienes ejercen la magistratura, representantes de los ministerios públicos, profesionales que integran los equipos técnicos, etc y profesionales de la abogacía) deben realizar sus resoluciones, informes, dictámenes, demandas, etc. con perspectiva de género en clave de derechos humanos”⁷⁵.

Por último, quiero remarcar que en el marco de las audiencias se deben respetar los derechos de la mujer. “Se supone que las salas de audiencias son lugares donde se respetan los derechos humanos, donde las decisiones son justas e imparciales y no se ven comprometidas por las opiniones estereotipadas de los jueces y otros prejuicios (...)”⁷⁶. Entonces, tanto en la toma de decisión de que se realicen como en el desarrollo de las mismas, la perspectiva de género debe estar presente.

Conclusiones

Hoy en día las sobrevivientes de la violencia de género acuden a la justicia en busca de resguardo de sus derechos pero el Estado falla a la hora de protegerlas. El desarrollo de audiencias entre víctima y agresor no hace más que revictimizar a la mujer y someterla a una nueva situación de peligro.

Es necesaria una reforma integral de los aspectos procedimentales de los expedientes de violencia familiar y juicios conexos, en pos de proteger el derecho de las mujeres a que se respete su integridad física, psíquica y emocional.

Los operadores del derecho deben promover la aplicación del enfoque de género en todas las instancias judiciales para lograr una administración de justicia más equitativa.

De esta manera, el tratamiento de los distintos juicios entre las mismas partes será integral y se verá atravesado por la perspectiva de género, garantizando la protección de los derechos de las mujeres sobrevivientes o víctimas de violencia de género.

⁷⁵Iturburu, Mercedes y Jáuregui, Rodolfo G.. “Perspectiva de género, derecho y familias: una breve recorrida por la jurisprudencia entrerriana” 12/07/2021. Recuperado de: elDial.com - DC2E54.

⁷⁶Ungaretti, Joaquín y Etchezahar Edgardo. 2022. Coordinador: Arena, Federico José. “Manual sobre los efectos de los estereotipos en la impartición de justicia”. Cap 2, pp 34. Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México.

Los créditos por alimentos ante la normativa concursal. ¿Es necesaria una reforma?

Por Abog Leiria Matias Ezequiel
COLEGIO DE ABOGADOS DE SAN ISIDRO

I. - Abstract – II. - Introducción - III. - Obligación alimentaria - Causales- IV. - Ley de concursos y quiebras – V. - Los créditos alimentarios frente a la normativa concursal – VI. - Propuesta

I.- Abstract

El derecho concursal y el derecho de las familias parecieran estar en polos opuestos, pero si uno analiza lo concerniente a las obligaciones alimentarias y cómo estas son vistas desde la ley de concursos y quiebras, encuentra más puntos de contacto de los esperables. Máxime si uno pone el foco en que el principal flagelo de los beneficiarios alimentarios es su cobro ante los reiterados incumplimientos por parte del obligado al pago.

Es por ello, que en la presente ponencia analizaremos los créditos alimentarios y cómo es que los mismos son receptados en la ley concursal. Para ello, partiremos de analizar lo concerniente a las obligaciones alimentarias. Luego la ley de concursos y quiebras. Finalmente, intentaremos conjugar los créditos alimentarios y la normativa concursal, con miras a dilucidar si es o no necesaria una reforma legislativa.

II.- Introducción

Una de las mayores preocupaciones en lo que respecta al derecho de las familias, gira en torno al alto grado de incumplimiento del deber alimentario en las relaciones familiares. Si bien las estadísticas se encuentran desactualizadas, el Registro de Deudores Morosos Alimentarios de la Provincia de Buenos Aires es un fiel reflejo de esa situación.⁷⁷ Tal es el grado de incumplimiento que, existe dentro de la Cámara de Diputados de la Nación, un proyecto de ley para la creación de un registro nacional de deudores morosos, que ya cuenta con media sanción por parte de la Cámara de Senadores.⁷⁸

Incluso esta situación se vio reflejada en la serie de reformas en materia alimentaria que fueron plasmadas en el Código Civil y Comercial de la Nación vigente desde agosto de 2015 tendientes a evitar la escalada de incumplimientos, como ser por ejemplo el artículo 551 del ordenamiento civil y comercial que establece que “es solidariamente responsable del pago de la deuda alimentaria quien no cumple la orden judicial de depositar la suma que debió descontar a su dependiente o a cualquier otro acreedor.” Sin embargo, no podemos dejar de resaltar que, si es necesario aplicar tantas reformas a los fines de evitar una situación reiterada, algo dentro del aparato jurídico no funciona como correspondería.

Asimismo, este grado de incumplimiento muchas veces se ve agravado por el propio ordenamiento jurídico. No existe dentro de nuestra legislación una armonía legislativa que ponga fin a las peripecias que deben soportar los beneficiarios de esas obligaciones alimentarias. Un claro ejemplo de ello es la ley de concursos y quiebras vigente tanto con el Código Civil como con el Código Civil y Comercial de la Nación, ley donde las relaciones de familia en general y los alimentos en particular tienen poca o incluso nula relevancia.

⁷⁷ Estadísticas Registro de Deudores Morosos Alimentarios de la Provincia de Buenos Aires. Disponible en [RDAM - Registro de Deudores Alimentarios Morosos | Provincia de Buenos Aires \(gba.gov.ar\)](http://RDAM - Registro de Deudores Alimentarios Morosos | Provincia de Buenos Aires (gba.gov.ar))

⁷⁸ Proyecto de ley 1133/19. Disponible en Honorable Senado de la Nación Argentina

III.- Obligación alimentaria – Causales

Previo a analizar cuales son las causas que dan origen a la obligación alimentaria, entiendo necesario intentar definir dicha obligación y sus características. Si bien en la actualidad resulta muy difícil establecer un concepto único respecto del deber de alimentos, podemos afirmar que consiste en la obligación que tiene el deudor de brindarle al acreedor todo lo necesario para su subsistencia, habitación, vestuario, educación en el caso de menores de edad y asistencia médica, basada en la solidaridad familiar. Dicha solidaridad es la que deriva de la obligación del Estado de procurar que sus habitantes tengan una vida digna, imponiendo a las personas unidas por un vínculo familiar, matrimonial o convivencial, asistir y auxiliar en caso de necesidad.

Dicha obligación, en líneas generales tiene las siguientes características:

- Es reciproca dentro de la relación parental toda vez que quien debe alimentos, luego puede solicitarlos y quien los recibía debe prestarlos. Esta característica es pura y exclusiva de la relación parental, más no de la paterno – filial por cuanto el hijo o hija mientras sean menores de edad no debe alimentos a sus progenitores.
- Es un derecho personalísimo: Se trata de una obligación de carácter estrictamente personal, lo que conlleva a que no puede transmitirse a un tercero.
- Es de orden público, en tanto no puede ser dejada de lado por voluntad de las partes.
- Es incompensable por cuanto no puede compensarse con deudas del alimentado que tengan igual causa. Esto obedece a que la obligación alimentaria tiene como fin la satisfacción de necesidades actuales.
- No puede ser objeto de trato, convenio o negocio.
- Es irrenunciable.
- Es inembargable.
- Es imprescriptible ya que es una obligación que se renueva día a día y que nace de las necesidades del alimentado.

De la lectura del Código Civil y Comercial de la Nación y de los distintos instrumentos de derechos humanos con jerarquía constitucional vemos que la obligación de prestar alimentos no obedece a una única causal. Por el contrario, la misma es multicausal y ha de depender de quien sea no solo el obligado sino también de quienes sean los beneficiarios.

La obligación alimentaria tiene su fundamento en los artículos 432 (alimentos entre cónyuges), 434 (alimentos post divorcio si se dan las causales previstas en el articulado), 455 (deber de contribución inherente a ambos regímenes patrimoniales), 537 (alimentos entre parientes), 658 y 659 (alimentos derivados de la responsabilidad parental), 666 (cumplimiento de la obligación alimentaria como consecuencia de las tareas de cuidado), 676 (obligación alimentaria del progenitor afín) y 2.509 (obligación alimentaria instituida mediante legado testamentario). Incluso la propia legislación establece que antes y/o durante la tramitación del juicio filiatorio, el juez puede disponer el pago de alimentos en favor de quien peticione la filiación.

De las distintas normas supra mencionadas se desprende que la obligación alimentaria y su respectivo crédito tienen fuente legal, convencional e incluso testamentaria. Asimismo, pueden ser producto del matrimonio, del parentesco y de la responsabilidad parental. Inclusive tras la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, se instaura una nueva fuente como es el deber asistencial del progenitor afín que reviste carácter subsidiario.

Al respecto, véase que el artículo 676 establece que dicha obligación cesa con la ruptura del matrimonio o unión convivencial, salvo que el progenitor afín haya asumido durante la vida en común el sustento del hijo o la hija del cónyuge o conviviente y la ruptura produzca en la vida

del niño, niña o adolescente un daño. Si se dan estos factores el juez o la jueza podrá fijar una cuota asistencia en favor del niño, niña o adolescente de carácter transitorio ponderándose los años de convivencia, la fortuna del obligado y las necesidades del alimentado.

Como podemos apreciar las fuentes que originan el crédito alimentario son de diversa naturaleza y todas se ven afectadas por un denominador común. El incumplimiento por parte del obligado, cuando la obligación es reclamada judicialmente. Incumplimiento que puede verse agravado si es que el obligado al pago se encuentra transitando un proceso concursal por cuanto la ley concursal como veremos a continuación no es una ley donde las relaciones familiares tengan peso.

IV.- Ley de concursos y quiebras

La ley de concursos y quiebras contempla 2 procesos. Por un lado, el concurso preventivo y por el otro la quiebra. Si bien ambos procesos tienen un objetivo en común que es la satisfacción de los acreedores, los medios empleados son distintos. El concurso preventivo tiene como objeto la superación del estado de impotencia patrimonial mediante la restructuración de la deuda previo a un acuerdo con los acreedores y homologado judicialmente. La quiebra, es una ejecución colectiva del patrimonio del deudor con el fin de con su producido satisfacer a los acreedores.

Ambos procesos se encuentran íntegramente ligados por cuanto para que ambos existan debe el deudor encontrarse en cesación de pagos. La cesación de pagos puede ser definida como la imposibilidad patrimonial para hacer frente a las obligaciones asumidas y que puede exteriorizarse por distintas vías. Asimismo, una de las sanciones que se prevé para el caso de no obtenerse las mayorías necesarias para la homologación del acuerdo preventivo, es la declaración de quiebra.

Tanto la quiebra como el concurso preventivo se rigen por los siguientes principios:

- Universalidad: Se ventilan todas y cada una de las acciones y derechos que tienen los acreedores para con los bienes del deudor.
- Unicidad: Solo puede existir un único proceso concursal dentro del territorio. Obviamente esto refiere a que no puede haber más de un proceso concursal de una persona física o jurídica en trámite al mismo tiempo.
- Oficiosidad: El rol del juez no es pasivo, sino que debe impulsar el proceso.
- Igualdad de acreedores: Prima facie todos los acreedores son iguales frente al patrimonio del deudor, por lo que, frente a la insuficiencia patrimonial, las acreencias se cancelan a prorrata.

Dado el carácter netamente empresarial que reviste la ley concursal y su inclinación hacia las personas jurídicas, las relaciones familiares, casi no se encuentran contempladas, siendo muy pocas las disposiciones que hacen referencia a la familia o sus miembros. De la lectura de la normativa se advierte la existencia de solamente 5 artículos donde las relaciones familiares están presentes o se desprenden del contenido de esos artículos.

Para la ley de concursos y quiebras, la familia y los negocios no se mezclan. Aunque como veremos en el apartado siguiente, esto no sería del todo cierto.

V.- Los créditos alimentarios frente a la normativa concursal

Si bien, como ha sostenido la jurisprudencia recientemente en los autos “H. L. B. c/ L. M. A. s/ alimentos” en trámite ante el Tribunal de Familia N° 3 de La Plata⁷⁹ los alimentos no se ven

⁷⁹ Tribunal de Familia 3 de La Plata, 28/05/2019, “H. L. B. c/ L. M. A. s/ alimentos” Disponible en <https://aldiaargentina.microjuris.com/2019/07/24/los-alimentos-no-quiebran-la-declaracion-de-quiebra-no-conlleva-el-cese-ni-la-suspension-de-la-obligacion-alimentaria-por-lo-que-no-afecta-la-posibilidad-de-embargar-el-haber-previsional/>

afectados por la declaración de quiebra ni por la presentación en concurso por cuanto de conformidad con los artículos 21 y 132 de la ley concursal no se suspenden las ejecuciones contra el concursado o fallido en su caso, muchas veces los procesos concursales son utilizados como medios para liberarse de los alimentos adeudados. Esto se debe, a que la ley concursal no contempla en materia de deudas alimentarias un sistema que brinde protección a sus beneficiarios, vedando incluso la posibilidad al cónyuge (¿al conviviente?), a los ascendientes y a los descendientes del deudor de solicitar la quiebra. Paso a explicarme.

En primer lugar, nótese que la ley concursal posee un *numerus clausus* de créditos que tienen privilegio y preferencia de pago. Dentro de estos créditos las deudas alimentarias no figuran por lo que, como sostiene Guillermo Pesaresi, “(...) se trata de un crédito quirografario (...)”⁸⁰ entonces le basta al concursado con conseguirse una serie de créditos de igual tenor (quirografarios), realizar una propuesta que por lo general consiste en quitas y esperas, obtener la doble mayoría contemplada en la ley concursal (mayoría absoluta de acreedores por categoría que representen los dos tercios del capital de dicha categoría) y de esta forma licuar los créditos consecuencia de alimentos adeudados. Sin embargo, los créditos alimentarios ostentan otro tipo de perjuicio y es que si se trata de créditos cuyos titulares son parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o adoptivos, no podrán votar al momento de decidir si se obtiene o no la mayoría.

Esto que claramente es un perjuicio para esos acreedores, ha sido pensado para que las personas excluidas no vicien la voluntad concordataria. El argumento radica en que por estar relacionados familiarmente con el concursado pueden estar en connivencia con este, ya que la ley presupone que han de priorizar su interés en favorecer al concursado por sobre el que les asiste en su calidad de acreedores. La ley concursal no contempla que estas deudas pueden ser reales y por lo tanto indirectamente se está beneficiando al deudor en desmedro de los acreedores.

Por otro lado, dentro de los artículos de la ley concursal específicos de la quiebra, la normativa solo contempla la cuestión de los alimentos en el artículo 156. Dicho artículo dispone que solo han de poderse cobrar con el producido de la quiebra aquellas deudas pre concursales, es decir aquellas cuya causa se origine con anterioridad al decreto de quiebra. Aquellas deudas posteriores a la quiebra no pueden ser reclamadas en el proceso universal y el fallido deberá seguir haciendo frente a las mismas. No existe disposición alguna que trate los alimentos en favor del fallido.

Ahora bien, el problema aquí radica en el cómo. El fallido como consecuencia de la quiebra se encuentra imposibilitado de ejercer el comercio lo que hace mermar su capacidad para hacerse de fondos, contando simplemente con aquellos provenientes de un oficio, arte o profesión. Si el oficio, arte o profesión no existen y el fallido se dedica pura y exclusivamente al comercio, durante el año de inhabilitación no podrá procurarse fondos para hacer frente a las deudas alimentarias, por lo que, si bien no se extingue la obligación alimentaria, la misma se vuelve casi de imposible cumplimiento.

Entienden las Doctoras De Cesaris, Boquin y García⁸¹ que el artículo 156 de la ley concursal es inconstitucional e inconvenional por cuanto discrimina a aquellos acreedores por deudas alimentarias que son titulares de acreencias de causa o título anterior a la quiebra pero

⁸⁰ Ley de Concursos y Quiebras. Comentarios de Guillermo Mario Pesaresi, 3ra Edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Estudio, 2018, p.151.

⁸¹ De Cesaris, María Cristina y otros, “El crédito por alimentos en la quiebra de la persona humana. Inconstitucionalidad e inconvenionalidad del art. 156 LCQ”, pp.214-220, en Graziabile, Darío, “Derecho Concursal. Perspectivas actuales”, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, DyD, 2021.

que se devengan con posterioridad, ya que entienden con acierto que el principio contemplado en el artículo 125 de la ley concursal rige para todos los acreedores. No entendiéndose entonces los motivos por los cuales quedan excluidos dichos acreedores alimentarios en franca violación del principio de universalidad, rector en materia concursal. Discrepo de esta postura, por cuanto para que exista un crédito en los términos del artículo 32 de la ley concursal, lo importante es la causa del crédito y que esta sea anterior a la presentación concursal o al decreto falencial.

Por otro lado, si analizamos las deudas alimentarias desde los privilegios contemplados en la ley concursal, advertimos nuevamente que las mismas no fueron tenidas en cuenta. Sin embargo, parte de la doctrina⁸² entiende que las deudas alimentarias no serían deudas comunes, sino que por aplicación del artículo 246 inciso 3, se les confiere un privilegio general a los gastos de alimentación del deudor y de su familia. Esto obedece a que la ley concursal no distingue por lo que el privilegio alcanza a las deudas en concepto de alimentos cuando es el deudor quien debe prestarlos.

Esta postura minoritaria se ve contrastada por la mayoría doctrinal para quienes el privilegio recae sobre los gastos por alimentación, siendo el acreedor quien provee los alimentos al deudor. Esa postura se erige bajo la premisa de que la ley concursal establece un sistema cerrado y autosuficiente en lo que a los privilegios se refiere donde la asignación de privilegios es excepcional, siendo su interpretación de carácter restrictivo debiendo el juez o la jueza adecuarse a la literalidad de la ley. Esto conlleva que los privilegios no pueden extenderse por analogía, implicancia o similitud. Para esta postura, en tanto no estar contemplada en los distintos incisos que hacen al artículo 246, las deudas por alimentos serían quirografarias.

A modo de cierre, no podemos pasar por alto que el régimen de privilegios de la ley concursal debe compatibilizarse con los tratados internacionales, ratificados por nuestra Carta Magna de conformidad con el artículo 75 inciso 22. Dichos instrumentos en cuanto reconocen derechos, lo hacen para que resulten efectivos y no ilusorios. Por ende, si tenemos esto en cuenta, las obligaciones contraídas por nuestro Estado resultarían incumplidas y los derechos allí reconocidos serían letra muerta si los créditos alimentarios se consideraran como créditos quirografarios o comunes.

VI.- Propuesta

Entonces, ¿es necesaria una reforma? La respuesta positiva se impone. Así las cosas, es que se propone **reformular el régimen de privilegios de la ley concursal para que contemple a las deudas originadas en obligaciones alimentarias con el fin de brindarles un mayor respaldo a la hora del cobro. En particular se propone la reforma del artículo 246 inciso 3 que quedaría redactado de la siguiente manera:**

ARTICULO 246.- Créditos con privilegios generales. Son créditos con privilegio general:

3) Si el concursado es persona física:

a) los gastos funerarios según el uso.

b) los gastos de enfermedad durante los últimos SEIS (6) meses de vida.

c) los gastos de necesidad en alojamiento, alimentación y vestimenta del deudor y su familia durante los SEIS (6) meses anteriores a la presentación en concurso o declaración de quiebras.

d) las deudas por obligaciones alimentarias pendientes de pago devengados antes o durante la tramitación del concurso preventivo o de la quiebra.

Bibliografía

⁸² Vasier, Lidia. "Los alimentos en los procesos concursales", Revista de Derecho de Familia, N° 38, 2007, pp.179 y ss.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte IDH N°4: Derechos Humanos y Mujeres”. 2018. Caso V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua.Sentencia del 08/03/2018. Serie C No. 35053.

- Dominguez V., María. 2016. “Violencia de género y victimización secundaria”. Revista Digital de Medicina Psicosomática y Psicoterapia. Vol. VI. N°1, pp 11.

-Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, Agenda Participativa. “Anteproyecto de Código de Familias, Civil y Comercial”. Recuperado de https://agendaparticipativa.gba.gob.ar/codigo_de_familias_civil_y_comercial

- Iturburu, Mercedes y Jáuregui, Rodolfo G. “Perspectiva de género, derecho y familias: una breve recorrida por la jurisprudencia entrerriana” 12/07/2021. Recuperado de: elDial.com - DC2E54.

- Ministerio de Salud de la Prov. de Buenos Aires. “Violencias por razones de género. Lineamientos para el abordaje integral en el sistema sanitario de la Provincia de Buenos Aires”Tomo I, pp 25.

- Ministerio Público Fiscal, 2016. “Guía de actuación en casos de violencia doméstica contra las mujeres”, pp 43.

- “PB. contra C, D; R, J E, R por violencia familiar”. Juzgado de violencia familiar y de género. Tercera Nominación. Salta.Expte.N°745.006-21. Sentencia 15/10/2021.

- Poyatos M, Gloria. 2018.“La justicia sin perspectiva de género no es justicia, es otra cosa”.Oficina de la Mujer y Violencia Doméstica, Poder Judicial de la CABA.

- Ungaretti, Joaquín y Etchezahar Edgardo. 2022. Coordinador: Arena, Federico José. “Manual sobre los efectos de los estereotipos en la impartición de justicia”. Cap 2, pp 34. Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México.

Los efectos retroactivos de la sentencia de divorcio, en los casos de separación de hecho entre los cónyuges con anterioridad al pedido de divorcio

Por Abog Mariana Soledad Sandoval.
Colegio de Abogados de Bahía Blanca.

Proemio:

Es sabido que, en la mayoría de los casos, la separación de hecho entre los cónyuges antecede al inicio del trámite judicial de divorcio, con su consecuente notificación de la demanda

Que, entre la separación de hecho, es decir el fin de la vida en común de la pareja, y la notificación del pedido de divorcio, suelen devenir muchas situaciones personales, laborales, comerciales de los cónyuges, donde el inicio del trámite judicial se suele demorar.

Que, en algunas oportunidades, es uno solo de los cónyuges quien, conforme al nuevo código civil y comercial de la nación, comienza de forma unilateral dicho trámite, exponiendo en la propuesta de divorcio todo lo acontecido, incluido la fecha en la cual se separaron de hecho las partes.

De la propuesta de divorcio, como es sabido, se le otorga traslado a la contraparte, quien en muchas oportunidades no se presenta. En los mencionados supuestos, agotados los plazos, los magistrados sentencian decretando el divorcio vincular entre las partes, pero algunos casos los magistrados olvidan lo expresado en el artículo 480 del CCYC y decretan la extinción del régimen de comunidad de bienes desde la fecha de notificación de la demanda y no desde la fecha de la separación de hecho, pudiendo causar perjuicios a alguna de las partes, muchas veces a la única activa que inicio el correspondiente trámite de divorcio.

Desarrollo:

Que conforme establece el Artículo 480 del Código Civil y Comercial: “ARTÍCULO 480 . Momento de la extinción La anulación del matrimonio, el divorcio o la separación de bienes producen la extinción de la comunidad con efecto retroactivo al día de la notificación de la demanda o de la petición conjunta de los cónyuges. Si la separación de hecho sin voluntad de unirse precedió a la anulación del matrimonio o al divorcio, la sentencia tiene efectos retroactivos al día de esa separación. El juez puede modificar la extensión del efecto retroactivo fundándose en la existencia de fraude o abuso del derecho. En todos los casos, quedan a salvo los derechos de los terceros de buena fe que no sean adquirentes a título gratuito. En el caso de separación judicial de bienes, los cónyuges quedan sometidos al régimen establecido en los artículos 505, 506, 507 y 508.”

La doctrina especializada, al comentar el mencionado artículo, ha dicho: “La nueva norma dispone que producen la extinción de la comunidad con efecto retroactivo al día de la notificación de la demanda o de petición conjunta de los cónyuges . Como excepción, si la separación de hecho sin voluntad de unirse procedió a la anulación del matrimonio o al divorcio, la sentencia tiene efectos retroactivos al día de la separación (...) Después de la separación de hecho sin voluntad de unirse, ninguno de los cónyuges participara de los gananciales adquiridos por el otro en este periodo.” (CODIGO CIVIL Y COMERCIAL COMENTADO TRATADO EXEGETICO. Director General ALTERINI JORGE. H, Tomo III, Editorial THOMSON REUTERS LA LEY, Pag 272.)

“Si media conformidad entre las partes, no se advierte obstáculo para que se establezca en la sentencia de divorcio la fecha en la que se produjo dicha extinción, pues el art. 480 del Código Civil y Comercial lo contempla dejando a salvo los derechos de terceros de buena fe que no sean adquirentes a título gratuito. Si de las constancias de la causa se acredita que el actor manifestó que la separación de hecho tuvo lugar el 1 de julio de 2015 y al responder el

emplazamiento la accionada indicó como cierto que la interrupción de la convivencia ocurrió en esa oportunidad, corresponde integrar el pronunciamiento en el sentido que la declaración de disolución de la comunidad tiene efectos retroactivos esa fecha, por aplicación del art. 480 del Código Civil y Comercial.” (“CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION ~ DIVORCIO ~ EFECTOS DEL DIVORCIO ~SENTENCIA. Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G (CNCiv)(SalaG) Fecha: 11/11/2020. Partes: F. C., M. C. c. G. V., A. N. s/ Divorcio. Publicado en: La Ley Online; Cita: TR LALEY AR/JUR/55343/2020)

“si ambos cónyuges son los causantes de la ruptura matrimonial, ninguno tiene derecho a los bienes adquiridos por el otro después de la separación; tal conclusión se fundamenta en razones de equidad y de orden lógico y moral (...) Sería incongruente, por tanto, que en el sistema de nuestra ley la vida separada acarree la exclusión hereditaria, el divorcio la suspensión de los deberes de asistencia recíproca y que sean indiferentes en lo que atañe a la sociedad conyugal (...). Debe repararse en que si la ley no acuerda a ninguno de los esposos los beneficios que concede al inocente, es porque si bien no los considera culpables, entiende implícitamente que ambos son responsables del fracaso del matrimonio”. (CNac. Apel. Civ., Plenario, “C., G. T. c/ A., J. O.”, 29/09/1999, en LL 1999-F, p. 3.).

Si ambos cónyuges han iniciado el trámite de divorcio de forma conjunta y han denunciado fecha de cese de convivencia anterior, no suelen median obstáculos para la determinación de la fecha de extinción de la comunidad de bienes por los magistrados, el problema acontece cuando el proceso es iniciado unilateralmente por uno solo de los cónyuges, manifestando fecha de separación anterior, y el otro cónyuge no se presenta en dicho proceso judicial.

“El punto resulta más complejo en los casos en que se invoque la ruptura de la convivencia por uno solo de los cónyuges y medie silencio de su consorte, a pesar de que se le confirió el pertinente traslado. El tema fue abordado específicamente en algunos pronunciamientos judiciales, en los que se sentenció que, no obstante, lo expresado en el art. 263 del Cod Civ y Comercial, había que tener en cuenta lo que prescribe el art 264 del mismo Código, que admite la manifestación tacita de la voluntad en los supuestos que allí se indican. En consecuencia, el tribunal considero que el silencio del cónyuge comportaba un reconocimiento de la articulación del otro, lo que conlleva que decidiera que se había admitido tácitamente que la separación de hecho tuvo lugar en la fecha que había sido denunciada, momento que correspondía retrotraer la disolución de la sociedad” (MIZRAHI Mauruci Luis, “Divorcio, alimentos y compensación económica , Editorial Astrea, paginas 71-72)

La jurisprudencia, en algunos precedentes, se ha manifestado en dicho sentido, pero el mencionado supuesto no se encuentra expresamente regulado y depende de la apreciación judicial.

“Si al iniciar la acción de divorcio, la actora denuncia la fecha de separación de hecho de los cónyuges sin haberse discutido por el otro esposo tal circunstancia en su contestación de demanda, no existe razón para su diferimiento a una etapa posterior al dictado de la sentencia de divorcio. El hecho de la interrupción de la comunidad de vida, al no ser controvertido ni negado por la otra parte, se debe tener por sucedido en la fecha que se indica en la petición. En tal caso, de conformidad con lo dispuesto en el art. 480 del CCyC corresponde fijarse como fecha de extinción de la comunidad de ganancias el día de la separación de hecho.” (Cámara de Familia de Primera Nominación de Córdoba “C.,A.M. c/T.,A.- DIVORCIO VINCULAR- Recurso de Apelación, 31/7/2017, Sentencia N° 17),

MIZRAHI Mauruci Luis expresa: “No adherimos a la posición mayoritaria de los autores, que, acostumbrados a la legislación anterior, consideran erróneamente que el principio general que se debe aplicar es que la disolución se retrotraiga a la fecha de la notificación del pedido o

de la presentación conjunta. Este criterio no responde a la realidad de la vida matrimonial, pues sería sumamente extraño (aunque puede suceder) que los cónyuges hagan su requerimiento de divorcio y sigan conviviendo. Por lo tanto, como es necesario terminar con las ficciones en el derecho de familia, diremos que el verdadero principio general (en el sentido de que responde a la habitualidad) es que el cese del régimen tenga efecto retroactivo al día en que se quebró la unión, lo que -reiteramos- por lo común sucede en un lapso anterior a la petición de divorcio.” (MIZRAHI Mauruci Luis, obra ya citada, página 68)

Que la determinación de la fecha de extinción del régimen de comunidad de bienes, al día de notificación de la demanda incoada unilateralmente, puede causar perjuicios a una parte, en los supuestos que, con posterioridad a la separación de hecho entre las PARTES, esta haya adquirido bienes a su nombre.

Que los posibles bienes adquiridos con posterioridad a la separación de hecho, no deberían revestir carácter ganancial y formar parte de los bienes de la comunidad, dado que habrían sido adquiridos, por el sacrificio unilateral de una sola de las partes, cuando las mismas ya se encontraban hace mucho tiempo separadas de hecho, sin ninguna voluntad de retomar la unión.

Que la incomparecencia de una de las partes en autos, de ningún modo debería generar perjuicios a la otra, quien se ha presentado ante la justicia a manifestar su situación e iniciar el correspondiente trámite de divorcio.

Si quien inicia el trámite de divorcio manifiesta detalladamente en demanda, fecha de la separación de hecho de las partes, y la contraparte. no ha cuestionado la fecha de separación de hecho manifestada en escrito de inicio de petición de divorcio, del cual se le ha dado el correspondiente traslado, correspondería que se establezca como fecha extinción del régimen de comunidad de bienes el día que una de las PARTES expuso que las mismas se separaron de hecho sin voluntad de unirse.

Consideraciones finales:

Entendemos que los supuestos en los cuales se inicia el trámite de divorcio de forma unilateral, denunciándose fecha de separación de hecho con antelación y la propuesta no es cuestionada por la contraparte, corresponde que establezca como fecha extinción del régimen de comunidad de bienes el día que una de las PARTES expuso que se separaron de hecho sin voluntad de unirse.

Propuesta:

De lege ferenda.

La ausencia de presentación en el proceso judicial de divorcio por uno de los cónyuges, estando debidamente notificado del trámite judicial y de la propuesta de divorcio, no puede ser motivo para apartarse de la excepción establecida por el Código Civil y Comercial de la Nación y establecer como fecha de extinción la fecha de notificación de demanda en lugar de la fecha de separación de hecho.

Sin plazos para maternar

Por Abog Gianico Mercado, Micaela Bianca - Colegio de Abogados de Moreno - General Rodriguez y SZUSTER, Janice - Colegio de Abogados de Morón

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN II. MARCO NORMATIVO III. EL SUBSIDIO POR MATERNIDAD Y/O ADOPCIÓN EN LA CAJA DE LA ABOGACÍA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES. IV. REGULACIÓN DE LA PROVINCIA DE ENTRE RÍOS V. REGULACIÓN DE LA PROVINCIA DE SALTA VI- PROYECTO DE LEY DE LA PROVINCIA SANTA FÉ VII- NECESIDAD DE IMPLEMENTACIÓN EN LA ABOGACÍA BONAERENSE Y CREACIÓN DE UN PATROCINIO JURÍDICO DE CONTINGENCIA VIII- CONCLUSIÓN IX- BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN

En este artículo se trabajará sobre las recientemente promulgadas licencias para el ejercicio de la abogacía en las provincias de Salta y Entre Ríos, Argentina. Así como su necesidad de implementación y réplica en la Provincia de Buenos Aires.

PALABRAS CLAVE: Licencias por maternidad, Abogacía, Entre Ríos, Salta, Santa Fe, Regulación, Dignidad de la profesión.

I. INTRODUCCIÓN

El ejercicio de la profesión, para aquellas abogadas que deciden maternar en la Provincia de Buenos Aires, se parece a lo que describe Chico César en su canción⁸³ que llora la vida cotidiana de una madre soltera que no llega a cumplir con su trabajo fabril y sus tareas de madre.

Debiendo cumplir con los plazos procesales para no incurrir en responsabilidad profesional y sin un sistema de contención, adaptándose a la labor de la maternidad a sabiendas de que muy difícilmente pueda hacerlo sin perder clientes y/o sufrir una merma en sus ingresos.

El contexto de trabajo hostil no es la abogacía que queremos y en este artículo abordaremos alternativas para ello.

II. MARCO NORMATIVO

Para analizar el marco normativo vigente, en forma preliminar, es menester poner de manifiesto que al actual Ley 5.177 que regula el EJERCICIO Y REGLAMENTACIÓN DE LA PROFESIÓN DE ABOGADO Y PROCURADOR⁸⁴ en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires no tiene la palabra “Licencia” mencionada siquiera una vez. Ni por maternidad, ni para ningún otro acontecimiento o contingencia.

En este punto, debemos aclarar que existen distintos regímenes vigentes con respecto a la Licencia por Maternidad en los trabajos en relación de dependencia, y que son muy disímiles entre sí. Sin perjuicio de ello, las Abogadas que ejercemos libremente la Profesión en la Provincia de Buenos Aires, no estamos enmarcadas en ninguno de ellos y a continuación las analizaremos:

⁸³ “Mama África, a minha mãe, é mãe solteira, e tem que fazer mamadeira todo dia, além de trabalhar como empacotadeira nas Casas Bahia” - Letra de la canción “Mama África” - Autor: Chico César

⁸⁴ Texto actualizado según texto ordenado por Decreto 180/87, B.O. 20/03/87 y las modificaciones establecidas por la Ley 12.277. (Con las modificaciones introducidas por la leyes 5.445, 6.627, 7.193 y 8.480 y los Decretos-Leyes 3.610/55, 7.916/72 y 8.904/77. Asimismo tiene en cuenta las disposiciones de las leyes 6.716 y del Decreto-Ley 7.425/68 que la afectan)

Régimen General. Ley de Contrato de Trabajo.

Como régimen general, la Ley de Contrato de Trabajo (Ley 20.744) otorga especial protección a la mujer durante el embarazo y la maternidad, dedicando un apartado especial dentro del cuerpo normativo en el Capítulo II denominado “De la protección de la maternidad” en el Título VII de la ley.

Según lo establecido en el Art. 177 de la mencionada Ley, la trabajadora tiene derecho a tener licencia por maternidad. Si la mujer presta servicios durante este lapso, se considera “trabajo prohibido”.

La duración de esta licencia es de 90 días corridos. La trabajadora debe tomarse los 90 días corridos de manera obligatoria. Puede optar por tomarse 45 días antes y 45 días después de la fecha probable de parto (según certificado médico), o bien 30 días antes y 60 días después. En tanto, si el parto se adelanta, se tienen que cumplir los 90 días.

Asimismo, durante la licencia, la ANSES es quien paga a la trabajadora su sueldo, percibido como prestación por maternidad durante la licencia, que equivale al sueldo que cobra de manera habitual. Sin embargo, es su empleador quien debe pagar su sueldo como lo hace habitualmente hasta que la licencia se haga efectiva. Durante este período, el empleador puede contratar a otra persona bajo la modalidad de trabajadora eventual: al darle de alta en la AFIP, debe incorporar la fecha de baja.

Peritos y Auxiliares de Justicia. Acordada 2728/96 SCBA

La Acordada 2728/96 SCBA que regula la actividad de los auxiliares de justicia en su CAPÍTULO IV. RENUNCIA-LICENCIAS dispone las licencias de los expertos en sus artículos 19 al 22.

Allí se dispone que se podrán solicitar hasta 30 días hábiles de licencia por año calendario motivando su solicitud por ante las Cámaras respectivas quienes harán las notificaciones a los respectivos expedientes del goce de licencia del profesional.

Es de especial interés lo que dispone el artículo 22 respecto a que no serán removidos de los cargos encomendados y que tuvieran las pericias pendientes al momento de solicitar la licencia. Por ello, la licencia supone una especie de suspensión de plazos de presentación de la misma en miras a conservar la fuente de trabajo del profesional.

Empleados y miembros del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires

En el Estatuto para el Personal del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires⁸⁵, los artículos 43 a 46 se prevén las licencias por maternidad con percepción de haberes por un período de cuarenta y cinco (45) días corridos en el parto y noventa (90) días, aunque el hijo naciere muerto o falleciere durante el parto. Pudiendo optar por la reducción de la licencia anterior al parto por un período no inferior a treinta (30) días corridos en cuyo caso el resto se acumulará al lapso posterior. En los casos de nacimientos múltiples o de niños prematuros la licencia total se extenderá a ciento cincuenta (150) días corridos. Mismo régimen para la guarda con fines de adopción.

Como novedad, la Suprema Corte de Justicia dispuso mediante la Resolución 923/18 Cambios en el régimen de licencias del personal del Poder Judicial por nacimiento y adopción extendiendo la licencia del progenitor no gestante dispuesta en el art 45 de dicho Acuerdo, hasta entonces de 3 días, por el lapso de quince (15) días corridos.

III. EL SUBSIDIO POR MATERNIDAD Y/O ADOPCIÓN EN LA CAJA DE LA ABOGACÍA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES.

⁸⁵ Acuerdo N° 2300 SCBA

La Caja de Previsión Social para Abogados de la Provincia de Buenos Aires tiene un beneficio donde la Cuota Anual Obligatoria puede subsidiarse por 220 días dentro del año en curso y hasta el 31 de mayo del año subsiguiente al que desee aplicarlo.

Asimismo, idéntico subsidio se prevé en dicho régimen dentro de los 3 años del otorgamiento de la guarda con fines de adopción. Pudiendo ser beneficiarias las afiliadas y afiliados en actividad por el nacimiento y/o adopción de un hijo⁸⁶.

IV- REGULACIÓN DE LA PROVINCIA DE ENTRE RÍOS

En la Provincia de Entre Ríos, se sancionó el 30 de octubre del 2019 la Ley N°10.745 instaurando un régimen de licencias para abogados y procuradores de la provincia.

Dicha Ley, entre las licencias establecidas, específicamente, se menciona en su apartado "Licencias adicionales" que *"las abogadas y procuradoras gozarán además de una licencia adicional en caso de maternidad o adopción, de 15 días hábiles por año calendario, debiendo hacer uso de la misma durante el tiempo que dure el embarazo o hasta 30 días hábiles posteriores al parto o desde que obtenga la guarda de un niño o niña"*.

Los profesionales matriculados deberán solicitar la licencia al Colegio de su jurisdicción –sección de su domicilio-, con una antelación no menor a cinco días hábiles.

Además, se establece que *"las notificaciones que se efectúen al profesional mientras dure la licencia se considerarán válidas pero practicadas en día inhábil, comenzando a correr el término respectivo desde el primer día hábil posterior a la finalización de la licencia. No se fijarán audiencias en las que deba participar el beneficiario y se suspenderán las ya señaladas, mientras dure la licencia. Los plazos que hubieren comenzado a correr antes del otorgamiento de la licencia se suspenderán durante el término de la misma y continuarán corriendo al vencimiento de aquella sin notificación ni trámite alguno. Durante los días de licencia, el profesional no podrá realizar ninguna actuación judicial o extrajudicial"*.

Asimismo, se indica que *"la parte representada por el profesional que ha hecho uso de su licencia, podrá otorgar un nuevo poder a otro profesional, sin perjuicio de que al término de la licencia, el profesional apoderado en primer término continuará ejerciendo su mandato, salvo revocación expresa por parte del poderdante"*.

Finalmente, la legislación establece que *"el uso indebido o incorrecto de la licencia por el abogado y procurador será sancionado por el Tribunal de Disciplina o Ética del Colegio respectivo"*.

V. REGULACIÓN DE LA PROVINCIA DE SALTA

En la primera sesión del año 2021, la Cámara de Diputados de Salta amplió la licencia por maternidad para abogadas e incorporó la de paternidad para los abogados que ejercen la profesión de manera liberal, que de esta manera podrán suspender plazos procesales y no se le programarán audiencias durante el plazo licenciado.

Para las letradas, el plazo se prolonga de 15 a 60 días corridos en caso de maternidad o adopción, debiendo hacer uso de este derecho antes o después del parto, mientras que a los hombres se le permitirá tener diez días hábiles en caso de paternidad o adopción. Esto último constituye una novedad ya que un abogado solo podía tomarse 15 días previstos sin causa, pero no gozaba del beneficio por paternidad.

La iniciativa original había sido presentada por el Colegio de Abogados de Salta y el ex diputado provincial y actual legislador nacional Lucas Godoy. Durante su tratamiento en el Senado le hicieron modificaciones, como la de incluir las adopciones dentro de la licencia, por lo que debió ser tratado nuevamente por la Cámara Baja, que la sancionó en forma unánime.

⁸⁶ Reglamento "del SUBSIDIO DE CUOTA ANUAL OBLIGATORIA POR MATERNIDAD, Y/O ADOPCIÓN" de la Caja de Previsión Social para Abogados de la Provincia de Buenos Aires

La nueva ley les impone a las y los profesionales notificar a sus representados acerca de la licencia. Estas medidas incluyen también a quienes ejercen como procuradores.

VI. PROYECTO DE LEY DE LA PROVINCIA SANTA FÉ

Actualmente desde el Colegio de Abogados de Santa Fé, se busca que sea Ley un proyecto para que los profesionales del Derecho puedan solicitar licencia por motivos como enfermedad, accidente o maternidad durante juicios.

Se trata de un nuevo intento para lograr este derecho ya que actualmente no tienen regulación sobre un régimen de este tipo. Tiene media sanción en la Cámara de Diputados y Diputadas, y se encuentra en estado parlamentario.

El Art 2. Inc. C del Proyecto de Ley mencionado, establece: *“ARTÍCULO 2 - Los y las profesionales podrán hacer uso en los juicios en que actúen, de forma continua o alternada, de las siguientes licencias: ... c) por maternidad, paternidad o adopción, la que no superará treinta (30) días. Pueden hacer uso de la misma durante el tiempo que dure el embarazo o hasta treinta (30) días posteriores al parto o desde que obtenga la guarda judicial de la niña o niño. Las personas gestantes podrán solicitar la extensión de la licencia hasta sesenta (60) días más una vez finalizado el primer período de licencia.”*

Asimismo, el proyecto de Ley, es similar a la mencionada Ley de Entre Ríos en cuanto a la suspensión de plazos, las notificaciones y la comunicación a los Organismos Magistrados y Colegiados correspondientes a las actuaciones de la Colega que la solicite.

Intentos fallidos

En el año 2010 a nivel Nacional se intentó tratar un proyecto de Ley⁸⁷ en la Cámara de Diputados donde se proponía otorgar 15 días hábiles judiciales de licencia por año calendario para cualquier matriculado que la solicitara por causales de enfermedad o accidente inhabilitante o muerte de cónyuge, padres, hijos o hermanos, pudiendo extenderse por 30 días hábiles más a las mujeres que lo solicitaran antes o después del parto.⁸⁸

Asimismo, en la Cámara de Diputados de la Nación Argentina en el año 2021 se trató un proyecto de Ley⁸⁹ bajo el título "RÉGIMEN DE LICENCIA PARA ABOGADOS Y PROCURADORES" para los abogados de la matrícula federal. Con la propuesta de idénticos plazos y modalidades similares al proyecto del 2010, con la salvedad de que para casos de guarda y adopción la licencia únicamente se otorgaría por 5 días.

VII- NECESIDAD DE IMPLEMENTACIÓN EN LA ABOGACÍA BONAERENSE Y CREACIÓN DE UN PATROCINIO JURÍDICO DE CONTINGENCIA

En el contexto actual, con el avance de las licencias por maternidad que ya se han incorporado en los plexos normativos provinciales, sumado a incorporación en la agenda pública de la transversalización de la perspectiva de género para reducir las desigualdades y evitar que se mantengan y profundicen barreras e inequidades; es que creemos que es menester avanzar con la implementación de estas licencias en la abogacía bonaerense.

Creemos que a la Ley 5177 debe incorporarse un LIBRO SEXTO⁹⁰ con un régimen de licencias por maternidad para abogadas, sin perjuicio de considerar la incorporación - también - de otras licencias, la deuda con la agenda de género requiere un accionar inmediato.

Sentado ello, debemos definir que el sujeto alcanzado con esta propuesta y/o cualquier otra que se adopte, debe adecuarse conforme al tamiz de tratados de Derechos Humanos

⁸⁷ Presentado por el diputado nacional por la provincia de Tucumán, Esteban Jerez –PRO

⁸⁸ “Abogados se podrán tomar licencia en el expediente por enfermedad, maternidad o matrimonio” nota publicada en Diario Judicial el Vie 16 de julio de 2010

⁸⁹ Presentado por el Diputado Nacional Eber Albano Perez Plaza del bloque FRENTE DE TODOS

⁹⁰ Actualmente la Ley contiene 5 LIBROS (o títulos) sin que ninguno tenga previsto licencia alguna.

suscripto por nuestro país sin distinguir entre cuerpos gestantes y no gestantes, y respetando las diversas formas de maternar.

En primer lugar, entendemos que debe adoptarse la implementación de un registro para la suspensión de plazos, audiencias y notificaciones para aquellas abogadas que quieran hacer uso de la licencia por maternidad. Sin poner en cabeza de la matriculada la obligación de notificar la licencia en cada uno de sus expedientes, pudiendo esto estar automatizado por Sistema a través del Registro a implementar directamente al domicilio electrónico de cada Juzgado, Tribunal o Dependencia.

Por otro lado, se propone la creación de un PATROCINIO JURÍDICO DE CONTINGENCIA, de integración libre y voluntaria, que funcione en paralelo al registro de suspensión de plazos por licencia, donde:

- Profesionales de todas áreas del Derecho puedan inscribirse para cubrir algún acto procesal en particular que no pudiera posponerse ni suspenderse por encontrarse la profesional en uso de licencia, como podría ser asistir a una audiencia de violencia familiar, escritos para amparos de salud, medidas cautelares o juicios donde se encuentren en discusión cuestiones de carácter alimentario, entre otros.

- Para cumplir con el acto procesal que motivara su sorteo, el/la profesional ad hoc recibirá indicaciones de la profesional en uso de licencia.

- Por la participación en dichos actos procesales, sin perjuicio de la ulterior imposición de costas, le serán remunerados al profesional ad hoc honorarios profesionales módicos mediante un sistema tarifario cuantificado en Jus.

- Asimismo, el profesional ad hoc estará exento del pago del bono de Derecho fijo por su actuación.

- Es menester el rol de la abogacía joven en el PATROCINIO JURÍDICO DE CONTINGENCIA ya que sin requisitos más que la mera matriculación y voluntariedad de inscripción para su integración, crean un marco ideal de ayuda y cooperación entre jóvenes y nóveles matriculados que buscan adquirir experiencia, y profesionales que pueden orientarlos. Resultando una ayuda recíproca.

VIII. CONCLUSIÓN

En conclusión, creemos que hombres, mujeres y diversidades necesitamos herramientas (transversalización de la perspectiva de género) para reducir las desigualdades existentes.

Es necesario, y urgente, adoptar un régimen de licencias por maternidad en la Provincia de Buenos Aires, donde se garantice la dignidad profesional, sin perder de vista el Derecho a la tutela judicial efectiva, y no se cause indefensión de los particulares.

En este aspecto, creemos que es necesario adoptar políticas públicas integrales que no tengan como consecuencia la disminución del trabajo o pérdida de clientes por parte de la profesional de licencia, caso contrario estaríamos siendo funcionales al sistema de reproducción de desigualdades en el que vivimos.

Sin políticas públicas de discriminación positiva, únicamente se obtiene una igualdad de trato formal, que muere en la letra misma del art 14bis de la Constitución Nacional y Tratados Internacionales.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- Artículo para Revista Abogacía de OLEA COBO, Susana, La conciliación de nuestra vida familiar y laboral, sí se puede, 24 de julio de 2013.

- *“Licencia por maternidad”*. Argentina.gov.ar, 4 de Marzo de 2021.

- *“LICENCIA POR MATERNIDAD. CONCEPTOS IMPORTANTES PARA EL EMPLEADOR Y LA TRABAJADORA”*, Estudio Contable Piacentini, 30 de Mayo de 2022.

- *“Es ley el régimen de licencias para Abogados”, Colegio de la Abogacía de Entre Ríos, 31 de Octubre de 2019.*
- *Se reglamentó la ley que instaura un Régimen de Licencias para profesionales de la Abogacía y Procuradores. Nota de la Secretaría de Comunicación del Gobierno de Entre Ríos. 20 julio del 2020.*
- *Abogados y abogadas de Santa Fe buscan tener licencias laborales por ley. Nota para el medio “UNO Santa Fé”, 12 julio del 2022.*
- **MEDIA SANCIÓN - LEY LICENCIAS PARA ABOGADOS Y ABOGADAS. FECASFE. Colegio de Abogados Tercera Circunscripción, 18 de Noviembre 2021.**

Desafíos de las startups en Argentina

Por Abog. Juan Ignacio Amed
Colegio de Abogados de General San Martín

Sumario: I Introducción - II Definición - III Régimen legal de las startups en Argentina - III.a Ley de Promoción de la Industria del Software - III.b Ley de Apoyo al Capital Emprendedor - III.c Ley Economía del Conocimiento - IV Acceso de las Startups Argentinas al financiamiento - IV.a Capital Semilla - IV.b – Crowdfunding - IV.c Business Angels - IV.d Fondos de capital de Riesgo - IV.e Mercado de Capitales - V Conclusión - VI Propuesta.

1 – Introducción

Hoy en día las startups son las protagonistas del mercado argentino, acaparando la atención de los principales inversores, por sus importantes rendimientos y perspectivas de crecimiento, y el deseo de un mercado laboral que se encuentra tentado por sus importantes ofertas de empleo y los esquemas de desarrollo profesional que proponen.-

La Argentina logró posicionarse como una de las principales plataformas en la región para el desarrollo de este tipo de organizaciones, esto gracias a los altos niveles de graduados en áreas de la economía del conocimiento que ofrece nuestro país, sumado al creciente interés del mercado en invertir en este tipo de emprendimientos. Como ejemplo de este fenómeno local encontramos compañías jóvenes como Uala, Brubank, Buenbit, Tap, entre otras, además de otros desarrollos que ya se encuentran consolidados hace varios años en el mercado como es el caso de Mercado Libre, Despegar, OLX y Globant.-

El crecimiento acelerado de este tipo de emprendimientos plantea un desafío a la hora de salir en búsqueda de apoyo financiero para este tipo de propuestas y acompañar su proyección.

Aunque hoy en día la abundancia de liquidez y la escasez de opciones rentables por la tasas reales negativas favorece la disponibilidad de crédito para apuntalar este tipo de proyectos, una mala estrategia de búsqueda de capital o políticas públicas que no apunten en la misma dirección pueden ser un freno para el desarrollo.-

Por medio del presente trabajo se hará un análisis de los aspectos económicos y financieros de este tipo de organizaciones y la forma en que se integran al ecosistema jurídico argentino, estableciendo los principios normativos que las regulan y que importancia tienen al momento que un emprendimiento debe salir en búsqueda de financiamiento.-

II - Definición

Las empresas emergentes, o mejor conocidas como Startups, se definen como estructuras empresariales que apoyadas en la tecnología y la constante innovación buscan crear un negocio escalable y repetible con capacidad de crecimiento acelerado. Autores como Paul Graham dejan en claro que el factor esencial de este tipo de organizaciones es el crecimiento.-

Sus orígenes se remontan al corazón de la revolución tecnológica, que tuvo lugar en los Estados Unidos en los años 70, siendo su cuna geográfica por excelencia Silicon Valley, California, donde se forjó un imperio tecnológico clave para el desarrollo informático.-

La historia de las startups en Argentina inicia con el nacimiento de Mercado Libre, en el año 1999, dando inicio a la consolidación del país como plataforma para el lanzamiento de varias startups de renombre internacional, marcando el boom de la innovación local.-

III - Régimen legal de las startups en Argentina

Como consecuencia de la importancia que han acaparado este tipo de emprendimientos en los últimos años, el ecosistema jurídico debe responder a estos cambios. Como ejemplo de esto encontramos las leyes N° 26.692, 27.506 o la 27.349 que pondremos en análisis.-

III.a - Ley de Promoción de la Industria del Software

Esta ley fue de los primeros antecedentes normativos que beneficiaban la proliferación de este tipo de emprendimientos. Promulgada en septiembre del año 2004 bajo la ley 25.922, posteriormente modificada por la ley 25.922 en agosto del 2011 y vigente hasta diciembre de 2019 cuando fue reemplazada por la *Ley de Economía del Conocimiento N° 27.506*.-

El objetivo que resguardaba esta normativa era fortalecer la industria del software, considerándola estratégica para el desarrollo nacional, la suba del empleo calificado, el aumento de las exportaciones y las actividades de investigación y desarrollo.-

Entre los beneficios que otorga esta ley encontramos:

- Estabilidad financiera: Los emprendimientos que se inscribieron en el Registro Nacional de Productores de Software y Servicios Informáticos no verían incrementado su carga tributaria nacional.
- Acceso a bonos para pago de impuestos nacionales: Podrá representar hasta un 70% de las contribuciones patronales que hayan pagado sobre la nómina salarial total de la empresa con destino a los sistemas de seguridad social
- Impuesto al Valor Agregado: Los beneficiarios no se encontrarán sujetos a retenciones ni percepciones de IVA.
- Reducción del Impuesto a las Ganancias: Los inscriptos serán beneficiarios de una reducción del 60% del total del impuesto a las ganancias que recayera sobre las actividades promovidas por la presente normativa.-

III.b - Ley de Apoyo al Capital Emprendedor

En abril del 2017, en la Argentina hizo aparición la ley 27.439 que vino a fomentar y beneficiar el ecosistema emprendedor.

Entre sus principales objetivos esta ley busca el fomento y creación de nuevos emprendimientos, la reducción burocrática para los procesos de constitución de este tipo de organizaciones y el fomento a la expansión internacional.

La Ley de Apoyo al Capital Emprendedor crea el Registro de Instituciones del Capital Emprendedor, donde deberán empadronarse con el fin de ser beneficiarias de las medidas que establece la ley entre las que encontramos:

- Creación de las SAS: Las Sociedades por Acciones Simplificadas cuentan con un sencillo método de constitución, facilitando el ingreso de las empresas al mercado formal y fomentando el emprendedurismo.

- Las SAS se caracterizan por tener menores costos de constitución (siendo su capital mínimo de dos salarios mínimos, vitales y móviles) se pueden llevar los registros societarios en formato digital, reducción de los procesos burocráticos, entre otros beneficios.-
- Sistemas de Financiamiento Colectivo: También denominados “Crowdfunding”, nuclea a plataformas virtuales que facilitan el contacto entre emprendedores y potenciales inversores, permitiendo así el acceso a capital en estadios tempranos del desarrollo del negocio.
- Beneficios Fiscales: Los aportes de inversión a este tipo de emprendimientos gozará de deducciones al impuesto a las ganancias con un tope del 75%, pudiendo llegar al 85% en el caso de las inversiones en “Zonas de Menor Desarrollo”.
- Apoyo Financiero: Se regula la creación de instrumentos de inversión para facilitar el crecimiento de los emprendimientos que fomenta la norma.-

III.c - Ley Economía del Conocimiento

Esta norma sufrió varias modificaciones hasta ser sancionada en octubre de 2020 y reglamentada en diciembre del mismo año bajo el N° 27.506, reemplazando a la *Ley de Promoción de la Industria del Software*.-

El objetivo de esta norma es promocionar las actividades económicas de los emprendimientos detallados en el art. 2 de la misma, encontrando rubros como la producción de software y servicios informáticos, producción audiovisual, servicios profesionales, industria aeroespacial, nanotecnología entre otras.-

Entre los beneficios que ofrece esta normativa encontramos:

- Reintegro de las cargas patronales hasta un 70% por medio de bonos de crédito fiscal intransferibles, que podrán ser utilizadas para la cancelación de otras obligaciones que se posean con el fisco, excluyendo al impuesto a las ganancias. Este beneficio aumentará a un 80% cuando los emprendimientos contraten personal perteneciente a la comunidad LGBTQ+, personas con discapacidad, quienes hayan sido beneficiarios de planes sociales previamente a la contratación, entre otros.-

IV - Acceso de las Startups Argentinas al financiamiento

El mercado actual enfoca su interés en las startups, ofreciendo herramientas para cada momento del ciclo de financiamiento que transitan, siendo el acceso al mismo la llave para garantizar el crecimiento.

Las herramientas de financiamiento con las que cuentan los emprendedores argentinos son las siguientes:

IV.a - Capital Semilla

Se denomina de esta forma al capital necesario para iniciar un proyecto, con origen principalmente en los aportes realizados por los socios fundadores, sus allegados y el acceso a pequeñas líneas de crédito.-

La decisión de inversión queda sujeta a la relación personal o el grado de confianza que existe en el emprendedor por parte de los pequeños inversores.-

IV.b - Crowdfunding:

Se denomina a las Plataformas de Financiamiento Colectivo o en inglés Crowdfunding a las plataformas virtuales que ofrecen a los emprendedores la posibilidad de publicitar sus emprendimientos y captar el interés de pequeños grupos de inversores.

La existencia de este tipo de plataformas se encuentra reconocida por la Comisión Nacional de Valores por medio de la Resolución General 717/17, la cual sigue los lineamientos de la Ley de Apoyo al Capital Emprendedor N°27.349.-

IV.c - Business Angels

Se denomina de esta forma a personas que poseen altos niveles de capital y están dispuestos a invertir de forma individual o por medio redes de inversores o aceleradoras.-

Este tipo de inversores se caracterizan por proveer capital a una empresa privada la cual su dueño es otro individuo con el cual el inversor no posee ningún tipo de vínculo filiatorio.-

IV.d - Fondos de capital de Riesgo:

La industria del capital de riesgo hace aparición en el momento que los emprendimientos se encuentran en una “brecha de capital”, donde su nivel de crecimiento requiere de mayores niveles de financiamiento pero no cuentan con las herramientas para acceder al mercado tradicional y lograr hacer frente al alto crecimiento.-

Este tipo de inversores se especializan en invertir en emprendimientos nacientes a cambio de participación en el capital de la organización y con el objetivo de obtener altos niveles de rendimiento, siendo una fuente de financiamiento que no suele superar un horizonte mayor a los 5 años.-

Al finalizar este periodo de financiación, los emprendimientos que resultan exitosos se encuentran consolidados, teniendo la posibilidad de ser adquiridos por otras compañías o bien abrir su capital a la Bolsa, produciéndose de esta forma un “evento de liquidez” que permite a los inversores recuperar su capital y un alto nivel de rendimientos acumulados.-

IV.e – Mercado de Capitales

Cuando un emprendimiento se encuentra consolidado y requiere de mayores niveles de capital, se encuentra facultado para realizar una Oferta Pública Inicial en el mercado de valores.

Se denomina Oferta Pública Inicial al momento en el cual los socios salen en búsqueda de financiamiento del mercado de capitales mediante la colocación de títulos valores (acciones) en la bolsa de comercio.-

En la Argentina este procedimiento se encuentra regulado por la Comisión Nacional de Valores, órgano autárquico que tiene por objetivo velar por la transparencia del mercado de valores y la protección de los inversores.-

V - Conclusión:

El financiamiento es el elemento fundamental en este tipo de emprendimientos, quedando su éxito sujeto al acceso de capital. Establecer reglas de juego claras para el ingreso de divisas para este tipo de actividades permitirá consolidar y aumentar el nivel de desarrollos argentinos que puedan cumplir con los niveles de crecimiento esperados.-

El desarrollo de startups es sumamente dependiente del contexto socioeconómico, ya que desde la creación de un emprendimiento hasta su consolidación en el mercado pueden pasar

varios años, y si a esto sumamos el constante cambio de condiciones y marcos normativos poco eficientes, el mercado suele mostrar mayor recelo al momento de inyectar capital en estas organizaciones.-

Actualmente en Argentina se encuentran varios elementos de la cadena de capital en consolidación, pero este ecosistema requiere que el sistema normativo y las políticas públicas reaccionan creando condiciones sostenibles en el largo plazo, que provean estabilidad política e institucional con el fin de regular las variables macroeconómicas y de esta forma permitir la consolidación de la actividad emprendedora.-

Nuestro marco normativo debe mutar en miras de permitir la consolidación de este proceso. Para ello se debe seguir legislando en favor de los derechos de propiedad, la responsabilidad fiscal, la apertura de nuevos mercados, apoyo a nuevas estructuras de financiamiento, la reducción cargas y regulaciones, el fomento a educación en especialidades para este tipo de industrias y la mejora de los mecanismos de transferencia de tecnología.-

VI - Propuesta:

- Crear un régimen de deducción impositiva a las inversiones orientadas al financiamiento de emprendimientos nacionales, con miras a mayores reducciones mientras se mantenga la reinversión de los rendimientos. -
- Régimen normativo que facilite el ingreso de capital por parte de “Business Angels” radicados en el exterior, con atractivos beneficios impositivos a quienes diversifiquen su inversión en emprendimientos orientados a la Industria del Conocimiento. -
- Crear un régimen normativo especial orientado a la creación y fomento de Fondos de Capital de Riesgo, favoreciendo la instalación de este tipo de organismos en el país. -

7 - Bibliografía

Battello Calderón, S., Villegas, C., & Lago, H. R. (2020). Los desafíos jurídicos de las startups en el marco del comercio exterior.

Borel, J. O. (2022). Análisis de los métodos de valuación para startups. Caso Geblix.

Cabello, A. A., González, C. A., Villaverde, S. R., & González, C. F. (2018). Ecosistemas emprendedores y startups, el nuevo protagonismo de las pequeñas organizaciones. *Economía industrial*, 407, 85-94.

Cicconi Cimino, M., Galván, I. M., Liwsky, M. S., Yerfino, M. A., & Majowka, P. D. (2020). *Fintech en Argentina: Impacto y desafíos de su aplicación en la actualidad* (Doctoral dissertation, Tesis de Maestría). Mendoza, Universidad Nacional de Cuyo. Facultad de Ciencias Económicas.

De Torres Carbonell, S. (2012) Fuentes de financiamiento para innovadores en Argentina: venture capital, inversores ángeles, inversores institucionales. *Revista de la Bolsa de Comercio de Rosario*, 1517, 50-57.

Fazio, B. R., & Puebla, P. L. (2019). Startups: la nueva manera de hacer negocios.

Jacobsohn, G., & Carullo, J. C. (2005). Capital de Riesgo en Argentina: diagnóstico, necesidades y políticas. *Trabajo presentado en el III CIPEAL. Empreendedorismo para o Desenvolvimento da América Latina-Vinculando a Pesquisa em Empreendedorismo com a Política Pública ea Estratégia Empresarial*, Rio de Janeiro, 11, 12.

O'Conor, F. (2022). Plataforma digital para el financiamiento de startups.

Pereyra, A. O. (2002). *Hacer Venture Capital en Argentina: Una visión a largo plazo* (Doctoral dissertation, Universidad de Belgrano. Facultad de Ciencias Económicas.).

Pineda, D. M. M. (2015). Startups: tendencias en América Latina y su potencialidad para el crecimiento empresarial. *Contexto*, 4, 7-20.

Pineda, D. M. M. (2016). Startup y Spinoff: definiciones, diferencias y potencialidades en el marco de la economía del comportamiento. *Contexto*, 5, 141-152.

Ryan, T. (2020). Startups de tecnología en Argentina en búsqueda de la supervivencia:¿ cómo superar las adversidades del emprender a través de un abogado?.

Ventrici, P., & Palermo, H. M. (2021). La siliconvalización del trabajo. Una experiencia argentina. *Íconos. Revista de Ciencias Sociales*, (69), 201-218.

Weibel, J. J. (2020). *Análisis de Fuentes de Financiamiento Actuales para Startup Tecnológicos* (Bachelor's thesis).

Las aptitudes de un abogado del mañana “La tecnología, del Fuego al Metaverso”

Por Abog Alexis German, Antoniucci Luz Clara

Colegio de Abogados De Mar del Plata.

Abstract: Ponemos de manifiesto la necesidad de una reestructuración de las distintas ramas del derecho en función a los hechos que hoy en día nos acontecen, para que no solo nosotros sino nuestra posteridad, los futuros profesionales no tengan que sentir el embate de la tecnología sobre sus hombros. Que se puedan formar las herramientas necesarias para poder paliar los nuevos requerimientos que los avances de la tecnología nos piden como profesionales, sin dejar de profesar las estructuras dogmáticas y cimentadas en las bases del derecho. Pondremos sobre la mesa las posibles modificaciones y cambios posibles para adecuar las obsoletas materias a las pulcras y relucientes necesidades jurídicas.

Palabras Claves: Innovación, Tecnológica, Abogacía, Futuro, Educación.

INTRODUCCIÓN:

Cuando comenzamos a concebir a la abogacía rara vez encontramos en ella una cuota de novedad o innovación como si es algo recurrente en otras carreras o profesiones sobre todo en las tecnológicas. Pero aquí tenemos la primera situación, el derecho se entiende como un aspecto de la vida transversal a todo aquello que realizamos, por ende, todas aquellas cualidades que se desprenden de otras actividades o profesiones, necesariamente deben ser comprendidas por el derecho para que pueda sacarle el mejor provecho.

Entonces entendiendo una breve aproximación de las incumbencias que deben incluirse dentro de nuestra labor dilucidaremos a lo largo del trabajo aquellos nuevos o distintos métodos y conocimientos que se necesitan de forma imperante tanto para los profesionales que ya conviven con estas, como para aquellos estudiantes a los cuales nos vemos obligados a preparar para estos nuevos requerimientos.

Sin dejar de lado que no solo son necesarias estas aptitudes que tocaremos en este trabajo para poder tener un desarrollo profesional que nos lleve adelante de forma satisfactoria, un sin número de cualidades, aptitudes y aprendizajes son realmente demandados hoy en día para la labor a realizar por los intervinientes en la justicia. También existen muchas bases y cimientos del derecho que bajo ningún aspecto pensamos que deben ser soslayadas por el afán de rejuvenecer o adecuar a lo nuevo.

Aquí es donde podemos notar la gran tarea que se viene realizando en las concepciones juristas de antaño de ser lo suficientemente previsoras en lo que cabe para reglamentar y pensar el derecho de la forma más amplia abstracta posible, que le da la capacidad a estas de no verse desvirtuadas con el correr del tiempo. Pensemos que muchas de las leyes que hoy en día corren por los pasillos de nuestros jugadores se sancionaron, encumbraron y votaron con una realidad totalmente distinta a la nuestra. Y no es tan descabellado pensar que la mayoría se realizó sin el uso de lo que nosotros llamamos tecnología. bien sean a máquina de escribir o incluso en algunas de las más pétreas de nuestras consignas jurídicas de puño y letra de los mismísimos hacedores de esta patria.

Particularmente nos centraremos en el escueto análisis que haremos a continuación en aquellas aptitudes en donde la tecnología crea de forma voraz nuevas necesidades, conflictos y un gran y basto mar jurídico, haciendo alusión a las lagunas jurídicas. Tenemos que ser capaces

de pararnos frente a todas estas nuevas necesidades que pondremos de manifiesto que abarcan, gran parte, por no decir la totalidad de la estructura jurídica que concebimos y también aquella que tendremos que en algún momento sustanciar en los articulados de las posteriores leyes.

LA TECNOLOGÍA:

La palabra tecnología proviene de la unión de dos palabras griegas: «tekne», que es técnica, arte y, «logia», que significa destreza sobre algo.

Si pudiéramos una definición a tecnología sería el conjunto de conocimientos y técnicas que se aplican de manera ordenada para alcanzar un determinado objetivo o resolver un problema. Viene a suplir el deseo de transformar el medio y mejorar la calidad de vida del hombre. Incluye conocimientos y técnicas desarrolladas a lo largo del tiempo que se utilizan de manera organizada con el fin de satisfacer alguna necesidad.

En la primera aproximación nadie podría decirnos que es algo malo. En la prehistoria cuando una chispa dio inicio a uno de los hitos en la tecnología más trascendentales de todos que fue el fuego, solo se veían buenas las cualidades que esto podía acarrear, pero sabemos que el fuego no solamente produce el bien, sino que utilizado de formas malintencionadas es protagonista en guerras, incendios, afectaciones al patrimonio, entre otros.

Cuando la rueda se creó, luego de sucesivos cuestionamientos del por qué o para que de tal invento y cual sería su aplicación práctica, entendimos que existía una gran capacidad sobre esta nueva “forma” que traería agilidad y funcionalidad derivada muchas nuevas aplicaciones. Lo que nadie pudo tener en mente al momento de crearse fue la posibilidad de que este invento potenciará la velocidad de los objetos al desplazarse pudiendo ocasionar serios problemas.

Cuando la evolución de las máquinas llegó a producir los motores que en un principio impulsados con combustión externa , que luego desembocaron en los motores más conocidos de combustión interna . Este avance tuvo múltiples aplicaciones que llevaron al desarrollo no solo de nuevos sistemas de producción sino directamente a una nueva era, la Revolución Industrial . Esta etapa importante también ocasionó un cambio y modificación estructural dentro de los derechos generando nuevos derechos como lo son la mayoría de los que vemos en derechos del trabajador, porque otra vez como lo dijimos antes, nadie entendía en una primera instancia que esta mejora e incremento en la eficiencia de producción pudiese traer aparejado algún tipo de consecuencia jurídica, pero como ya lo estamos demostrando en múltiples ejemplos si, todo avance de la tecnología tiene implicancias jurídicas concretas que deben ser tratadas y reguladas para mitigarlas.

De una forma muy similar y relacionada podemos ver al Automóvil que paradójicamente es una unión y conjunción de los dos ejemplos anteriores, cuando a Henry Ford le pidieron que hiciera frente a la necesidad de caballos más rápidos y con mayor resistencia, el tuvo la buena visión de separar la solución que se pedía y centrarse en el problema a solucionar, y de esto, la concepción de un vehículo que generará un desplazamiento de las personas mucho más ágil y sin necesidad de la tracción a sangre, claramente era un beneficio por donde se lo mirara. Pero nadie podía prever en ese primer momento los riesgos que hoy en día todavía nos atormentan los accidentes viales y obviamente las consecuencias que estos generan para la sociedad.

Cuando las primeras válvulas de vacío dieron paso a las primigenias computadoras, ENIAC , también solo se veían adelantos y deslumbraban a quien las observaba, aunque su escasa capacidad de procesamiento y gran tamaño opacaban un poco su esplendor. Una vez se pudo conseguir cambiar esos costosos y espaciosos elementos por circuitos integrados los cuales no sólo facilitaban su producción, comercialización y eran menos costosas, en los hogares de todo el mundo se extendió esta aparente inofensiva tecnología. En realidad no debemos poner tanto

el foco sobre las computadoras en sí ya que son sistemas que solo procesan, o sea, en pocas palabras son grandes calculadoras. El verdadero riesgo de estos aparatos se encuentra en la interoperabilidad y comunicación que son capaces de generar una vez conectadas a las redes de telecomunicaciones, y es ese el punto en donde comienzan a tener verdadero tenor de riesgos.

Con el uso tanto de las computadoras modernas con alto poder de almacenamiento y procesamiento, un internet de rápida y alta transferencia de datos, como puede ser la tecnología 5G, es factible entender un mundo total y enteramente digital, pero no como lo conocemos, sino totalmente inmersivo, esto quiere decir que todas las actividades que desarrollamos en el entorno físico ahora podrían ser realizadas en una pantalla. Si, todas, en este y el más reciente de los ejemplos que estamos exponiendo, después de los anteriores ya nos es más fácil entender y cuantizar los riesgos y los peligros que esto puede implicar, si es una buena forma de suplir muchas limitaciones de algunas personas, ya sea espacial, físicas, etc. pero, ¿Si nuevamente estamos cometiendo el error que frecuentemente estamos planteando desde el comienzo?

Las personas y el derecho en un punto empezaron a cambiar su forma de pensar, y ahora ya es menos benévola con las nuevas invenciones y tecnología. Anteriormente, vimos cómo las personas pecaban de su ingenuidad fruto del desconocimiento e inexperiencia para poder siquiera vislumbrar algunas de las consecuencias que evidentemente hoy vemos con muchísima más claridad sobre estos.

Por esto, no queremos soslayar que los cambios en la forma de pensar ya se dieron fruto de esta experiencia. Ahora bien, poco se reflejan muchas de las veces sobre la forma en que el derecho llega a ocupar el lugar que con el tiempo va ganando en estos distintos tópicos. Hoy en día se podría concebir de manera errónea que algún punto de estas tecnologías no necesita la venia de la legislación.

Es ahora, donde nuestro momento de entrar en escena parece tener más sentido, somos nosotros los profesionales del derecho quienes debemos de forma inequívoca enarbolar la bandera de la innovación, la creatividad y la suficiente sapiencia necesaria para permitir no solo el regular y discutir en temas sin quedar bisoños en ellos. Pero cuán difícil es poder lograr eso si la estructura en la cual concebimos nuestro entero desarrollo se ve de forma tan escueta y en algunas ocasiones nula intervención de estos en relación con el derecho, sintiéndose tan ajenos a nuestra labor.

Con esto no queremos decir que tenemos que crear de la justicia una máquina de restringir las nuevas posibilidades y aptitudes de un entorno o tecnología. Muy por el contrario, lo que queremos impulsar es la capacidad de los profesionales de acompañar, realizar el ejercicio de observación, estudio y comprensión de los nuevos procesos, invenciones, tecnologías y desarrollos que se llevan a cabo de forma incansable por las personas dando alivio a la voraz necesidad del hombre en progresar y evolucionar hacia algo. Que como vimos está imparable evolución puede que sea mejor, y muchas veces está en la intención, pero no necesariamente termine siendo el puerto al que arriba la idea, o desembarcando en muchos de ellos de formas diversas.

Dada esta azarosa circunstancia de incertidumbre sobre el destino que pueden tener las cosas, es exigible dar una cuota de tranquilidad con la estructura jurídica. De esta manera podremos obtener un marco normativo en el cual se genera una simbiosis entre la tecnología y el derecho en un constante rejuvenecimiento de las normas y los paradigmas legales.

PARA QUÉ SIRVE LA TECNOLOGÍA

Cuando hacemos referencia a la tecnología, dejamos de lado el sentido más abstracto

de la palabra descuidando que este, es un factor de la producción. Los otros factores que intervienen son la tierra , el capital y el trabajo. Estas a la que hacemos referencia en particular es la que utiliza para que las necesidades que pueden ver necesitadas de transformar su medio, resolver un problema o aumentar la eficiencia de una acción, hacer una mejora visual o estética de un bien, entre otra cantidad de cualidades que se le pueden atribuir a la tecnología, sean abordadas y atendidas.

Siempre que utilicemos a la tecnología para mejorar la calidad de vida o bien estar de las personas, se entenderá que es una forma óptima de hacerlo, pero no tenemos que dejar de lado que la negligencia en su uso puede ocasionar grandes daños tanto a las personas como a la sociedad en general. Como puede ser la invención de la Dinamita por Alfred Nobel . Quien al ver los potenciales de su descubrimiento para la producción de bombas, que generaban grandes daños en el campo de batalla, decidió resignar toda la fórmula, producto de su nefasto invento y crear los Premios Nobel para intentar remediar al menos de alguna forma los males que había causado su invento. En un primer momento solo fue una solución al peligroso manejo que implicaba la Nitroglicerina creada por Ascanio Sobrero ya que era fácilmente detonada por movimientos bruscos o cambios de temperatura, y con la mezcla de este producto tan peligroso con Tierra de Diatomeas , se vuelve un producto más estable y seguro de manipular.

TIPOS DE TECNOLOGÍA

Estaríamos incurriendo en un error al decir o suponer que toda la tecnología es igual, para que no ocurra esto daremos una visión pormenorizada de cuales son los tipos de tecnología para no solo entender el amplio espectro de ellas que existe sino también para poder des encumbrar las distintas aplicaciones que puede tener, soluciones que puede dar y obviamente conflictos que podría suscitar.

Existen distintos tipos de tecnología porque son necesarias variadas las necesidades y justamente ese es el punto de partida de las invenciones que se realizan a tal fin. Comprendiendo esto, cuanto más específicas se vuelven unas necesidades y más concretas son las formas de solucionarlas, ahí es donde la tecnología toma su rumbo creando un tipo de esta nueva o distinta al resto. Veremos como es fácilmente entendible las necesidades que fueron surgiendo con la clasificación que hacemos.

La tecnología puede clasificarse de acuerdo a diversos criterios. Por ejemplo, según su tangibilidad se divide en:

TECNOLOGÍA FIJA: Tiene este nombre debido a que no sufre cambios significativos en el tiempo. Las modificaciones que suelen tener este tipo de tecnologías son ocasionales y siempre con el fin de mejorar su rendimiento. Un ejemplo son las usadas en las industrias siderúrgicas, de cemento y refinerías de combustibles fósiles. Otra de las características de esta tecnología es que no puede ser reusable, es decir, que no puede ser usada para otro propósito diferente a su objetivo principal.

TECNOLOGÍA FLEXIBLE: Es extensible y agrupa materiales, conocimientos y herramientas de trabajo, resultando en la posibilidad de darle múltiples usos y utilidades. Es lo opuesto a la tecnología fija. Es característico de la tecnología flexible que se masifique tecnologías en diversas áreas, permitiendo que las mismas herramientas y conocimientos técnicos funcionen para crear diversos productos y servicios. Este tipo de tecnología es con la que se tiene contacto de forma cotidiana. Algunas industrias con tecnología flexible son las farmacéuticas y alimenticias.

TECNOLOGÍA DURA: Se encarga de la producción de distintos tipos de materiales y elementos. Se utilizan complementos de la ingeniería, matemática, física y química para la elaboración de bienes materiales. Es aplicable en variadas industrias como la informática, bioquímica, electrónica, entre otras. Los teléfonos inteligentes, computadoras, cámaras, y otros

artefactos tecnológicos son ejemplos de tecnología dura. Dentro de la tecnología dura pueden a su vez encontrarse otros tipos de tecnología como: Mecánica, Electrónica, Industrial, De manufactura, Bioinformática.

TECNOLOGÍA BLANDA: En contraposición con la tecnología dura, los productos obtenidos no son tangibles. Esto significa que se vale de conocimientos administrativos, de planificación y comercialización, sin requerir conocimientos técnicos. Además, se fundamenta en las ciencias humanas como la sociología, economía y psicología. Este tipo de tecnología es fundamental en los procesos tecnológicos de desarrollo, pero carecen de una presencia material. Se utiliza para alcanzar mejoras en instituciones y empresas, mediante la elaboración de estrategias y servicios (por ejemplo, desarrollo de software). Al igual que en la tecnología dura, en este tipo se encuentran agrupadas otras tecnologías como lo son: De la comunicación, De negocios, De la educación, Del entretenimiento.

TECNOLOGÍA DE MATERIALES: Se basa en el desarrollo de nuevos componentes o aplicativos sintetizados para diversas estructuras, haciéndolas más resistentes, duraderas, rígidos o blandos cuando sea necesario, que soporten fricción, desgaste, a los elementos. Considerada como un grupo amplio dentro de las cuales se encuentran: Física, Médica, Nuclear, Química.

TECNOLOGÍA ELECTRÓNICA: Es el desarrollo propiamente dicho de la tecnología como la entendemos nosotros en este trabajo. La característica más importante de este tipo, es su producción de desechos que pueden resultar contaminantes o de algún riesgo para el medio ambiente.

TECNOLOGÍA LIMPIA: Al contrario de la de materiales, utiliza recursos proporcionados por el medio ambiente, de forma tal que no se modifiquen los sistemas naturales. Esta tecnología está orientada a la construcción de sistemas que sean amigables con el ambiente. Además de esto, se procura hacer uso eficiente de los recursos, de forma que se generen la menor cantidad de desechos posibles durante la producción de esta tecnología. Los paneles solares son un ejemplo de tecnología limpia, pues su elaboración genera muy pocos desechos y además su aplicación suplanta la utilización de otras fuentes de energía que resultan contaminantes.

TECNOLOGÍA DE OPERACIÓN: Es obtenida con el paso del tiempo, a través de la evolución de técnicas y progresos tecnológicos. Se puede considerar como una mezcla entre distintas tecnologías, que combina recursos y conocimientos adoptados de dichas tecnologías. Un ejemplo de esta, es la usada para realizar mejoras en distintos equipos tecnológicos. De forma que los profesionales observan, evalúan y aplican en sus propios productos las mejoras utilizadas en otros tipos de tecnologías. Es por ello, que la aplicación de técnicas de observación a lo largo del tiempo es clave para el desarrollo de esta tecnología. La agricultura es una de las industrias donde se utiliza este tipo de tecnología.

TECNOLOGÍA DE PRODUCTO: Es la conjunción de los conocimientos, herramientas y técnicas para elaborar un producto o servicio determinado. En este tipo de tecnología es muy importante combinar habilidades manuales y conocimientos teóricos para lograr un objetivo específico. Para desarrollar esta tecnología se requiere de un amplio grupo que combine elementos tecnológicos personalizados, que puedan ser utilizados para obtener resultados que a su vez permitan crear productos y servicios. Algunas de las industrias que utilizan este tipo de tecnología son: Industria robótica, Inteligencia artificial, Tecnología espacial.

TECNOLOGÍA DE EQUIPO: Abarca procesos tecnológicos aprovechados en distintas industrias. Este tipo de tecnología se encarga de la producción en masa de diversos productos. Se agrupan herramientas, conocimientos y procesos, de forma que puedan realizarse en conjunto los trabajos tecnológicos. Entre las industrias que aprovechan esta tecnología se encuentran las de fabricación, investigación y desarrollo.

LAS RAMAS DEL DERECHO Y SUS IMPLICANCIAS:

Cada rama del derecho es particularmente distinta porque tiene en su concepción una visión y modo de visualizar el marco jurídico distinto porque su función no es la misma. Partiendo de esta premisa veremos de forma pormenorizada cuáles son los puntos que trata cada una de estas ramas.

Para hacerlo de la forma más ordenada posible primero estructuramos y clasificaremos cuales son esas ramas del derecho para ya luego ver cuales son sus nuevas implicancias y de ellas cuáles podrían ser nuevas aptitudes que necesita el abogado del mañana.

Podríamos decir que quien mucho abarca poco aprieta, y si, no estamos queriendo decir con esto que todos los profesionales deban y tengan que ser entendidos en todas las materias pero si vamos a visualizar cómo la tecnología crea sobre cada una de las distintas ramas una necesidad propia de la innovación y constante cambio y eficiencia que , ahora si , esto es común denominador de todo.

IMPLICANCIAS CONCRETAS:

Tenemos que distinguir la diferencia entre cada uno de los derechos que desarrollaremos y cuales son los puntos que hoy en día tiene con la tecnología, haciendo necesaria la evolución o reacondicionamiento de estos a esas necesidades que se ven directamente relacionadas.

DERECHO PÚBLICO: Toma preeminencia el estado en facultad de poder soberano, a través de esta autoridad se rigen las relaciones entre el estado y los individuos. Podemos encontrarla en las políticas públicas que se crean para afrontar muchas de estas necesidades, ya sean educativas Ej. “conectar Igualdad”.

DERECHO CONSTITUCIONAL: Es el conjunto de normas relativas a la estructura fundamental del estado, a las funciones de sus órganos y a las relaciones de estos entre sí y con los particulares. ¿Cómo puede verse afectado por la tecnología? Donde vemos la evolución es en la diversas formas de gestión que se crean e impulsan por parte de los estados, ya sea para realizar trámites, presentar reclamos o dar soluciones.

DERECHO ADMINISTRATIVO: Se encarga de la administración pública (actividad a través de la cual el estado y los sujetos auxiliares de este tienden a la satisfacción de intereses colectivos), se desarrolla cuando el estado busca que se lleven a cabo sus intereses. Se refleja claramente cómo la tecnología se inmiscuye en esto por la gestión y entrecruzamiento de los dato que se realiza de forma mucho más fácil y ágil por medio de las bases de datos compartidas que de otra manera que no fuera conectadas a una red sería imposible o mucho más trabajoso poder lograrlo.

DERECHO PENAL: Se define como el conjunto de disposiciones que se refiere a los delitos. Acto Típico Antijurídico y Culpable. Los Ciberdelitos osea aquellos donde la tecnología interviene como método, medio o fin es el punto donde se conectan justamente este con la tipificación en el código penal. Como bien sabemos tenemos que tenerlos previstos en la norma para que puedan ser sancionados y perseguidos así que es necesario que los contemplamos de forma provisoria y no reparadora.

DERECHO PROCESAL: Reglas destinadas a la aplicación de las normas del derecho a casos particulares, siempre y cuando no se trate de comerciantes. En este punto tenemos que tomar conciencia de los grandes avances que se hicieron en poco tiempo por la reticencia que había al cambio, a la innovación de los nuevos sistemas para realizar el Expediente Electrónico

DERECHO CIVIL: Es el conjunto de reglas relativas a las relaciones entre los particulares, siempre y cuando no sean comerciantes. Analiza todos los actos de las personas físicas desde que nacen hasta que mueren, y aún sus consecuencias después de ella. Aquí se pone de manifiesto que todas las interacciones que realizan las personas con la tecnología tiene que ser regulada, ya sea en Redes Sociales, Páginas, Foros, Plataformas, etc.

DERECHO MERCANTIL: Se define como el conjunto de normas relativas a los comerciantes y los actos de comercio. Entonces es comprensible que el Comercio Electrónico sería el punto fundamental en donde interviene la tecnología dando un rotundo cambio a las formas, alcances y limitaciones que tiene el comercio. No podemos dejar de mencionar tampoco los Contratos Informáticos que son parte fundamental hoy en día de muchas de las cuestiones que hacen a la aceptación de términos y condiciones como así también de un sin número de contratos de adhesión.

DERECHO INTERNACIONAL: Se compone del público y del privado. Las afecciones que puede traer aparejado que la tecnología no reconoce fronteras políticas ni geográficas nos hace más vulnerables a que se den conflictos transfronterizos, teniendo los distintos estados que pensar las normas en forma homogénea para evitar tanto la doble persecución como la no persecución de algún delito o protección de algún derecho.

DERECHO FISCAL: Es el conjunto de reglas y disposiciones de carácter jurídico que sistematizan y regulan los ingresos fiscales del estado. De más está decir que la administración de los estados desde hace ya mucho tiempo viene utilizando métodos computacionales para poder gestionar la inmensa cantidad de datos que se tienen que manejar en este área, operando como una base de datos la cual corre riesgo de ser expuesta ya que contiene cantidad de datos privados.

DERECHO AGRARIO: Se encarga de lo referente a todo el ámbito jurídico a la que concierne a la agricultura. Aunque parecería algo distanciada esta rama del derecho, hoy en día no solo la comercialización de estos productos se realiza por medios tecnológicos sino que la misma siembra, monitoreo, etc. de los cultivos, pastoreos y demás actividades agropecuarias se realizan con la ayuda de la capacidad de cómputo que tienen los sistemas creados a tal fin, ya sea pilotos automáticos, detección de suelo, estimación de rindes, predicciones climáticas etc.

DERECHO DEL TRABAJO: Es el conjunto de normas que regulan las relaciones obrero patronal, es una legislación cuyo objetivo es la protección de los derechos de los trabajadores. Con la llegada de la pandemia se vio potenciado un tema más que recurrente en esta área si hablamos de tecnología que es el Teletrabajo, que ya existía desde que Jack Nilles, entendió que la aplicación del uso de las telecomunicaciones para desempeñar labores remotas era fácilmente aplicable a otros entornos más comunes, no solo en las campañas al espacio.

DERECHO AERONÁUTICO: Es el conjunto de normas jurídicas que regulan la navegación aérea y el establecimiento y uso de sus infraestructuras, sea con fines civiles o militares. En este punto es importante recalcar que los E-tickets o billetes electrónicos vinieron a revolucionar el mundo de los transportes, además de no dejar de lado la posibilidad de incluir los sistemas de navegación, pilotos automáticos, asistencias al vuelo, etc.

DERECHO ELECTORAL: Conjunto de normas jurídicas del derecho público que regulan la realización del ejercicio de la democracia, el intercambio de gobernantes o los plebiscitos por medio de la reglamentación del sistema electoral, sus órganos, los procedimientos para la inscripción de electores y candidatos, su financiamiento y propaganda, la votación, el escrutinio, la observación electoral y todos los asuntos contenciosos derivados de ellos. Aún no en nuestro país pero podemos verlo ya próximo o en funcionamiento en algunos países más avanzados donde la forma prehistórica de votos con urnas y papeles ya fue dejada de lado siendo ahora una forma mucho más ágil y moderna la posibilidad de realizarlo mediante pantallas y con

conectividad donde nos permite evaluar y saber los porcentajes y resultados de forma inmediata.

ESTRUCTURA DE LA EDUCACIÓN JURÍDICA:

NIVEL ESCOLAR:

Desde el nivel inicial se debe instruir de forma adecuada sobre el uso y los riesgos que la tecnología puede ingerir en sus personas. Podríamos entender que es una tarea difícil para un niño que está empezando a obtener sus primeras herramientas en cuanto a sus capacidades de conocimiento, abstracción y entendimiento, llegar a comprender nociones que tal vez para nosotros fuesen algo complejas de considerar, pero no tenemos que pasar por alto que la tecnología también está inserta en todas las etapas haciendo de estos niños Nativos Digitales.

Aprovechando este contacto tan temprano de ellos con la tecnología demo a ciencia cierta saben y tienen un manejo intuitivo y ágil de la tecnología pero no por esto tiene que ser un manejo inteligente y poco riesgoso. Como es riesgoso tener un electrodoméstico o una herramienta en las manos de un niño de la misma forma es tan riesgoso tener un aparato conectado a internet. a pesar de esto se toma muy poca conciencia sobre estos riesgos hasta que ya es suficientemente tarde y tenemos que venir como derecho a remediar los daños y no evitarlos.

Pudiendo pasar a una etapa más avanzada dentro de la educación de un niño o ya adolescente vemos en primaria y secundaria que existen materias abocadas tanto a la cívica como a las ciencias de la tecnología y comunicación o aún más directamente “computación”. Esta mas que bien y entendemos que es útil y necesario que a los menores se los forge con las herramientas tecnológicas que van a ser indispensables ya no solo a nivel laboral sino a nivel personal para poder sacarle provecho a muchas situaciones concretas del día a día. Pero de la misma forma en que cuando se nos enseña a manejar un vehículo, no solo se nos exponen los beneficios y las formas de hacerlo sino también los riesgos que el uso de esto mismo se ve implicado.

Entonces por lo expuesto, vemos a las claras, no solo que es necesario lo que se está realizando hoy en día, sino que no es suficiente para que se pueda tomar conciencia de los riesgos, si de los usos.

Por otra parte, hablando de las materias más referidas al derecho y no a la tecnología, también la cívica o las ciencias sociales que traten de los temas referidos al derecho tienen que tratar y abarcar todas aquellas herramientas y formas en las cuales tenemos y podemos hacer valer nuestro derecho y la primer forma de hacerlo es conociéndolos. Con esto no queremos decir que los adolescentes salgan de las instituciones de educación con un conocimiento basto en derecho y siendo capaces de defenderse o incluso ser abogados, no lejos de eso estaría. Lo que sí creemos necesario es que se tome conciencia de los derechos que están en juego en los entornos electrónicos, de cuales son y de qué tan resguardados están por las leyes.

NIVEL UNIVERSITARIO:

Sabemos que no solamente se tiene que centrar en las carreras con miras o fuerte necesidad de la tecnología para aplicarse las que lo necesitan. Por el contrario debemos entender a esta rama o faz como algo totalmente transversal a todas las carreras y profesiones, debido no tanto a la forma en que se tenga que desarrollar la actividad propiamente dicha pero si es en el medio informático o electrónico donde debemos de una u otra forma generar parte de los desarrollos profesionales. Tanto médicos, contadores, profesores, e incluso el punto en el que

centramos este trabajo, la totalidad de las profesiones que intervienen en la Justicia ya sea directa o indirectamente tanto Jueces, Abogados, Peritos, Notificadores, Auxiliares, Procuradores, etc.

Por esta razón es que es necesario que se lleven a cabo las reformas imperantes que puedan contener en cada uno de los puntos apropiados para transmitir y cubrir las implicancias en las que la tecnología debe exponerse propiamente en esos puntos concretos de conexión que fueron mutando para poder en algunos casos dirimir y en otras agilizar o suplir de estas nuevas formas las etapas, procesos, pruebas, formatos, etc. de todo lo referido a los procesos y planteos jurídicos.

MATERIAS DE LA CURRÍCULA:

INTRODUCCIÓN AL DERECHO: Es necesario poder plantear desde una base como la tecnología es parte hoy en día del derecho, que se ha adueñado de forma encubierta de los procesos y por otro lado de cómo algunos derechos y obligaciones son adquiridas y ejercida en ese entorno, y lo que implica esto.

DERECHO CONSTITUCIONAL: Dejar expuesto el reconocimiento de los derechos inherentes a los datos y la protección que tiene estos consagrados con valor constitucional.

DERECHO CIVIL PARTE GENERAL: Poder entender que las personas dentro del entorno electrónico siguen siéndolo, que sus derechos y obligaciones como entes jurídicos deben ser protegidos y reconocidos, y que de la misma forma sus consecuencias lo son. La importancia de la identidad digital.

DERECHO DE LAS OBLIGACIONES: Dejar expuesto que muchas de las obligaciones que se contraen se realizan hoy en día por medios electrónicos y que comprende y cual es el alcance que tienen.

DERECHO DE LOS CONTRATOS: La existencia de contratos electrónicos y contratos inteligentes que tienen la posibilidad de auto ejecutarse.

DERECHOS REALES: La protección que tiene el patrimonio de las personas que también es y constituye los bienes intangibles como pueden ser los NFT , los Tokens, bienes dentro del Metaverso, cuentas, redes, usuarios, etc. Las implicancias que tienen los derechos que recaen sobre las obras digitales.

DERECHO SUCESORIO: Como se realizan los procesos cuando existe bienes en sucesión en el entorno electrónico, cómo se gestionan o continúan las cuentas de los causantes.

DERECHO LABORAL: La posibilidad de distintas formas de teletrabajo y cuales son los beneficios y las contras de este tipo de modalidades. Cómo se beneficia el trabajador y el empleador, cuáles son las obligaciones emergentes de este tipo de contratos.

DERECHO TRIBUTARIO: Cuales son los bienes intangibles digitales que están comprendidos dentro de los tributos, como se les aplica. Como son los trámites virtuales para realizar los reclamos y las declaraciones pertinentes y sus notificaciones electrónicas.

DERECHO COMERCIAL: La facilidad que nos da el comercio electrónico, la posibilidad de comprar y realizar prestaciones de servicios por medios electrónicos. cuales son las ventajas y desventajas que nos otorga el entorno y sus consecuencias directas e indirectas.

DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL: Los diferentes delitos informáticos que se configuran, como se configuran y cual es su alcance e incumbencias.

DERECHO DE LOS CONSUMIDORES: Como muchos de las prestaciones y bienes son contratados con prestadores o vendedores de forma virtual y deben ser resueltos por los mismos medios sin la necesidad del consumidor de realizar por otros medios su reclamo. Cómo se realiza la reserva de la jurisdicción cuando se contrata en estas modalidades.

DERECHO TRANSPORTE: Dejar reflejado como la contratación por medio de la virtualidad genera un trámite distinto por el ETicket. y la contratación de estos servicios, sus reprogramaciones y notificaciones por los medios contratados.

DERECHO ADMINISTRATIVO: Como muchos de los procesos administrativos se realizan de forma electrónica, su notificación e intimaciones se realizan a domicilios electrónicos denunciados o creados para tal fin por las entidades.

DERECHO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL: La importancia que tomó en este último tiempo el proceso electrónico, la agilidad que tiene y las modificaciones sustanciales en cuanto a los plazos, las pruebas y la sistemática propia del proceso al poder realizarlo por estos medios.

DERECHO PROCESAL PENAL: De la misma forma que se tomó en los demás ámbitos como los procesos se digitalizaron y cual es la importancia, las ventajas y las desventajas que puede tener esto para el resguardo de los derechos de la víctima. Como las pruebas electrónicas toman un juego muy decisivo.

DERECHOS INTERNACIONALES: Visibilizar cómo el comercio electrónico es un punto donde los derechos internacionales repercuten por la posibilidad y circunstancias que se generan en distintas jurisdicciones potenciadas por la facilidad que otorga internet.

PRÁCTICAS PROFESIONALES: Cuales son las herramientas, formas y métodos que la informática jurídica trajo para poder generar un entorno mas facil, agil y mejor en todos los sentidos que gestiona de otra forma más eficiente todo lo referente a los procesos, ya sea las pruebas, procesos, documentación, escritos, etc.

CONCLUSIONES:

Con esta exposición podemos ver como es necesario que se haga una reformulación no solo a nivel local, en cuanto a las formas de abordar al derecho, sino que, es más que justo, darle al cosmos Jurídico la competencia y herramientas que necesita para que pueda inmiscuirse en todos y cada uno de las actividades en donde el derecho tiene que ser puesto en valor. Cuando apartamos al derecho de alguna implicancia o actividad lo que en realidad estamos logrando es dejar desamparado a un ente que es susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones al cual no estamos escuchando o entendiendo.

¿Por qué? Sencillamente porque el derecho aún no se interesó en ese aspecto, no lo quiso regular, no lo entendió como riesgoso o simplemente los tiempos de las normas son mucho más lentos que la vorágine en que se mueve y concibe el día a día impulsado y potenciado por el uso de las tecnologías toda vez que algo se pueda optimizar o mejorar tanto es su proceso como en su utilización. Entonces debemos dejar de entender a la tecnología como un enemigo de nuestra profesión como escuchamos muchas veces que las plataformas, expedientes electrónicos o incluso la firma digital nos van a quitar el trabajo, por el contrario, la tecnología no para de generar nuevas formas y necesidades para la estructura jurídica. Esto ocurre porque quienes desarrollan las tecnologías simplemente se desinteresan por los problemas o conflictos que puede aparejar algún tipo de tecnología, aplicaciones, etc.

Entonces nos preguntamos, ¿Porque no se interesan en el derecho los programadores, ingenieros, técnicos, desarrolladores, inventores, etc? La respuesta fue la confección propia y puntapié de este trabajo, no es su trabajo y no les enseñaron a tener en cuenta los derechos, para ello estamos nosotros, con la ferviente convicción de que no exista persona en la tierra a la cual la tecnología u otra cualidad propia del desarrollo y la invención, pueda siquiera quitarle un ápice de sus derechos ni eximirlo de sus obligaciones.

BIBLIOGRAFÍA:

- Ana Dobratinich, Gonzalo, "Derecho y nuevas tecnologías" - 1a ed. - Ciudad

Autónoma de Buenos Aires : La Ley, 2021. ISBN 978-987-03-4271-7

- Benavides Russi, José Luis, “El contrato estatal: entre el derecho público y el derecho privado” - Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2009. ISBN 958-616-896-4
- Dominique Raynaud, ¿QUÉ ES LA TECNOLOGÍA?, editorial laetoli las dos culturas, 27, 2018. ISBN 978-449-242-299-9
- Benseñor, Norberto R., “Legitimación del representante societario en actos extraordinarios o exorbitantes al objeto social”, en Revista del Notariado, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, nº 894, octubre-diciembre 2008.
- Nissen, Ricardo A., Ley de Sociedades Comerciales. 19.550 y modificatorias. Comentada, anotada y concordada, Buenos Aires, Astrea, 2010, (3ª ed.).
- Otaegui, Julio C., “Persona societaria. Esquema de sus atributos”, en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, nº 3.
- Suárez Anzorena, Carlos, “Personalidad de las sociedades”, en Cuadernos de Derecho Societario, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, volumen I.
- Business Matters. (2019). The different types of technology. <https://www.bmmagazine.co.uk/business/the-different-types-of-technology/>. Consultado en Septiembre de 2022
- Hojas de papel. (2017). Different types of technology. <https://enlaescuela.elnortedecastilla.es/2017/grupos/hojasdepapel-8/different-types-of-technology-1707.html>. Consultado en Septiembre de 2022.
- Aunger, Types of technology, Technol. Forecast. Soc. Change (2010), doi:10.1016/j.techfore.2010.01.008 com. (2020). What Is Technology? – Definition & Types. <https://study.com/academy/lesson/what-is-technology-definition-types.html>. Consultado en Septiembre de 2022
- Universidad Internacional de Valencia. (2018). Los tipos de tecnología más representativos que debes conocer. <https://www.universidadviu.com/los-tipos-tecnologia-mas-representativos-debes-conocer/>. Consultado en Septiembre de 2022.

Tokenización de pasajes aéreos o nftickets

Por Abog Antoniucci Luz Clara, Alexis German Colegio de Abogados de Mar del Plata, Abog CERVI, Nicolás Santiago Colegio de Abogados de San Isidro, Abog SZUSTER, Janice Colegio de Abogados de Morón

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: ¿NOT YOUR KEYS, NOT YOUR FLIGHT TICKETS? II. CONCEPTOS III. CASO FLY BONDI EN ARGENTINA IV. CONSECUENCIAS DE LA TOKENIZACIÓN V. LA FAMOSA “LETRA CHICA” Y COLISIÓN DE LA IMPLEMENTACIÓN A LA LUZ DE LA LEY 24.240. VI. CONCLUSIONES VII. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

En este artículo se trabajará sobre el concepto de la “tokenización” de pasajes aéreos vía tecnología blockchain, también llamados NFTickets, cuya comercialización es un hecho en la Argentina desde el pasado 21 de Septiembre de 2022. Asimismo, se tratarán las implicancias legales de estos nuevos activos digitales bajo la lupa del Derecho Consumeril argentino.

Esto nos servirá para entender que debemos dotar de protección y seguridad jurídica a los legítimos titulares de los derechos a representar o incorporar, en este caso consumidores/compradores de estos activos digitales (NFTs), con regulaciones pensadas y adaptadas a esta era de la información de manera consciente y respetuosa con el espíritu y ordenamiento jurídico que nos compete.

PALABRAS CLAVE: Blockchain, Smart contracts, Tokenización, NFTickets, Activos virtuales, Regulación, Consumidor, Aerolíneas.

I. INTRODUCCIÓN: ¿NOT YOUR KEYS, NOT YOUR FLIGHT TICKETS?

La creciente utilización de tecnología BlockChain⁹¹ y sus cada vez más diversas aplicaciones hacen que la abogacía deba mantenerse a la vanguardia de la constante transformación tecnológica. Los NFTs⁹² no son sólo arte digital.

En este contexto, es que se está incursionando el transporte público de pasajeros mediante la implementación de tickets aéreos tokenizados, en adelante llamados NFTickets⁹³, comercializados a través de plataformas descentralizadas y que administran sus propias billeteras electrónicas, como nuevo intermediario entre las aerolíneas y el consumidor/adquirente.

II. CONCEPTOS

⁹¹ Blockchain.com es un servicio de exploración de bloques de Bitcoin, así como un monedero de criptodivisas y un intercambio de criptodivisas que soporta Bitcoin, Bitcoin Cash y Ethereum. La empresa comenzó como el primer explorador de Blockchain de Bitcoin en 2011.

⁹² Un token no fungible o vale no fungible, es un activo digital encriptado. Se trata de un tipo especial de token criptográfico que representa algo único. Los tokens no fungibles no son, por tanto, intercambiables de forma idéntica.

⁹³ Al ser NFTs, los tickets inteligentes son verificables, infalsificables y tienen un único dueño. Además, esta innovadora tecnología permite que los organizadores de eventos puedan controlar la reventa, obteniendo ingresos pasivos por sus tickets o haciéndolos intransferibles.

En primer lugar, debemos definir Blockchain o Cadena de Bloques, tecnología de base de datos donde cada “bloque” se encuentra concatenado al anterior y al siguiente. Cuando un bloque se cierra, este ya no puede modificarse sin que entre en conflicto con la página posterior, ya que el número de identificación (hash) es compartido al final y al principio del bloque siguiente, actuando como eslabón de la cadena, de manera que una variación en este la rompería e invalidará, por ello se desprende la seguridad y fiabilidad del sistema.

La Blockchain, está guardada y almacenada en todas y cada una de las computadoras de la red denominados “nodos”. Cuando se produce una transacción ésta se comunica a todos los nodos y se almacena una copia en los ordenadores de cada uno de ellos, de aquí la trazabilidad y transparencia de las transacciones que se realizan.

De conformidad con la Comunicación “A” 7030 emitida en mayo de 2020, el BCRA considera a los cripto activos como activos externos líquidos, es decir, activos que permiten obtener disponibilidad inmediata de moneda extranjera.⁹⁴ Asimismo, la Unidad de Información Financiera (UIF) determina en el art 2 de la Res. 300/2014 qué entiende por “Monedas Virtuales”.⁹⁵

“Smart Contract”, “cripto contratos” o “contratos legales inteligentes”, podemos entenderlos como *“aquellos contratos que, mediante técnicas criptográficas e interpretados en código informático, determinan las partes, autoejecutan las obligaciones, crean derechos, tokenizan o simbolizan cosas, derechos y obligaciones, tanto de la realidad exterior como digitales, y se registran de forma segura en la blockchain.”*⁹⁶

La diferencia fundamental entre un token y un NFT⁹⁷ (Token no fungible) es que el primero es el género y el segundo la especie. Un token es un objeto físico o digital que tiene valor en cierto contexto, aunque su propia materialidad no contenga ese valor en sí. Un ejemplo de token físico son las fichas de casino, estas son solo pedazos de plástico de distintos colores, pero representan cantidades de dinero, su valor está en lo que representa.

III. CASO FLY BONDI⁹⁸ EN ARGENTINA

El pasado 21 de Septiembre de 2022, la aerolínea low-cost⁹⁹ Argentina Flybondi anunció que comenzaría a comercializar la venta de sus pasajes aéreos a través de la plataforma de

⁹⁴ BCRA, Comunicación “A” 7030, 28/05/2020.

⁹⁵ “Art. 2° — A los efectos de la presente resolución se entenderá por “Monedas Virtuales” a la representación digital de valor que puede ser objeto de comercio digital y cuyas funciones son la de constituir un medio de intercambio, y/o una unidad de cuenta, y/o una reserva de valor, pero que no tienen curso legal, ni se emiten, ni se encuentran garantizadas por ningún país o jurisdicción. En este sentido las monedas virtuales se diferencian del dinero electrónico, que es un mecanismo para transferir digitalmente monedas fiduciarias, es decir, mediante el cual se transfieren electrónicamente monedas que tienen curso legal en algún país o jurisdicción.”

⁹⁶ “La certeza y simbolización de los derechos subjetivos. Tokens y contratos inteligentes” - Miguel Ángel Moreno Navarrete, Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de Granada, 2021, p. 63 y 64.

⁹⁷ Por sus siglas en inglés “Non Fungible Token” son títulos de propiedad digital que refieren a un activo subyacente, que puede ser puramente digital o bien físico.

⁹⁸ FB Líneas Aéreas S.A., que opera como Flybondi, es la primera aerolínea de bajo costo de Argentina. La aerolínea fundada en 2016, opera actualmente 7 aeronaves Boeing 737-800, con bases en Buenos Aires y Córdoba.

⁹⁹ Una aerolínea de bajo costo o coste, aerolínea de bajo precio o aerolínea low-cost es una aerolínea que ofrece una tarifa más económica a cambio de eliminar muchos de los servicios que reciben los pasajeros de aerolíneas tradicionales, o que cobran estos servicios de forma adicional.

boletos tokenizados llamada TravelX¹⁰⁰, sumándose a la aerolínea española Air Europa¹⁰¹, que ha adoptado este tipo de comercialización desde Abril de 2022, como pioneras en este nuevo mundo de los NFTickets, siendo las únicas dos aerolíneas en el mundo en incorporar este tipo de pasajes.

Este sistema implica un cambio disruptivo y altamente innovador con respecto a la emisión tradicional de boletos aéreos buscando como objetivo final darle más autonomía y libertad al consumidor “viajero” en la disposición de sus tickets de vuelo.

La idea es innovadora sin duda, pero: ¿Qué implicancias jurídicas puede traer su implementación a la luz del ordenamiento actual? Debemos poner de manifiesto que Flybondi ocupa el puesto N°6 del ranking¹⁰² publicado por la Secretaría de Comercio Interior respecto a las empresas más denunciadas en Defensa al Consumidor en Argentina a septiembre de 2022.

IV. CONSECUENCIAS DE LA TOKENIZACIÓN

La propuesta.

Es menester analizar lo novedoso de la propuesta de la tokenización de los pasajes aéreos para la cual debemos efectuar la debida reserva de que, al momento de redactar el presente artículo, la comercialización se encuentra en un estado embrionario y que los primeros vuelos comercializados con NFTickets comenzarán a operar en noviembre 2022.

Sin perjuicio de ello, en forma preliminar podemos examinar qué cambios se pretenden introducir a la hora de adquirir NFT con el uso de la tecnología Blockchain.

Se adquieren a través de la web de la prestadora TravelX pudiendo acceder a los pasajes que se encuentren publicados en dicho sitio mediante un usuario al que automáticamente se le abre una billetera electrónica.

Los pasajes son comprados directamente con USDC¹⁰³ almacenadas en la billetera virtual que administra TravelX (Binance pay¹⁰⁴) y a la que el usuario deberá cargar fondos desde otra billetera virtual donde tenga USDC (ej. Binance, Satoshiango, LemonCash¹⁰⁵, entre otras populares en Argentina), posibilitando a aquellas personas que se encuentran en la economía informal el acceso a un sistema de pagos que opera con inmediatez y trazabilidad.

A ello, se suma el hecho de que ante una imposibilidad de viaje o voluntad del consumidor adquirente de modificar el mismo, el sistema ofrece la posibilidad de que el usuario subaste o venda el NFT a través de la página de TravelX, a otros usuarios de manera P2P¹⁰⁶

¹⁰⁰ Travelex es una empresa de cambio de divisas fundada por Lloyd Dorfman y con sede en Peterborough. Sus principales negocios son el cambio de moneda extranjera, la emisión de tarjetas de crédito prepagas para uso de los viajeros, el suministro de moneda extranjera a los bancos centrales y el envío de remesas globales.

¹⁰¹ Air Europa Líneas Aéreas S.A.U., fundada en 1984 con el nombre comercial de Air España, S.A., se constituyó dos años después con la denominación Air Europa y realizó su primer vuelo el 21 de noviembre de 1986. En 1991 un grupo de inversores, encabezado por Juan José Hidalgo, adquirió la compañía.

¹⁰²<https://www.lagaceta.com.ar/nota/963483/sociedad/curioso-ranking-defensa-consumidor-empresas-mayor-cantidad-reclamos-argentina.html>

¹⁰³ USD Coin es una stablecoin creada por las empresas cripto Circle y Coinbase que mantiene un precio estable vinculado al dólar estadounidense. Es un resguardo a la devaluación del peso argentino porque tiene el mismo valor de mercado que el dólar estadounidense.

¹⁰⁴ Binance Pay es una tecnología de pago de criptomonedas segura, sin contacto y sin fronteras diseñada por Binance.

¹⁰⁵ Lemon Cash es uno de los exchanges más utilizados en Argentina. La plataforma, que actualmente supera el millón de usuarios, permite que las personas sin experiencia en el rubro adquieran criptomonedas de una forma intuitiva y simple.

¹⁰⁶ P2P (Peer to Peer) significa de colega a colega, y son aquellos programas que permiten a los usuarios de Internet conectarse entre sí y compartir archivos que están en sus ordenadores. Ejemplos de esta tecnología pueden ser programas como eMule, Soulseek o BitTorrent, en la generación más avanzada.

evitando penalidades y representando la posibilidad de que el consumidor recupere el valor del pasaje, o incluso, obtenga ganancias en caso de apreciarse el valor del activo digital.

La empresa prestadora del servicio ofrece la posibilidad de efectuar el cambio de titularidad hasta 3 días antes al vuelo programado, en principio, “sin costo adicional”.

Beneficios.

Algunas ventajas que los NFTickets ofrecen a los consumidores en contraposición a los E-Tickets aéreos tradicionales son:

- **Transferencia y atomización de las operaciones:** la descentralización que supone la posibilidad de que el consumidor-adquirente del NFTicket pueda disponer de él y transferir su titularidad, incluso, hasta unas horas antes del vuelo.

- **Reducción de costos y tiempos:** La posibilidad de comprar el activo digital como pasaje, podría implicar la reducción del tiempo que el consumidor insume para administrar o cambiar su ticket ya que podría hacerlo por su propia cuenta. En consonancia, con esta especie de “independización” del manejo, se suma la reducción de costos de gestión y administración. Por ejemplo, cuando un viajero normalmente compra su pasaje, este es exclusivo de la persona cuyo nombre e identificación (DNI o Pasaporte) que figura en él y bajo el cual se emitió. Mientras cualquier modificación en el itinerario de vuelo debía ser aceptada o rechazada por el consumidor sin otras opciones o soluciones por parte de las aerolíneas.

- **Trazabilidad y transparencia:** A fin de evitar el abuso de confianza del consumidor y falta de experiencia para caer en estafas, los NFTickets son fácilmente “trazables” en otras palabras, su autenticidad puede constatarse rápidamente en la cadena de bloques.

- **Reducción de intermediarios:** El viajero que compra un NFTicket lo hace a través de billeteras virtuales, sin necesidad de acudir a entidades bancarias y/o financieras o procesadoras de pago. El consumidor, puede hacer a sus veces de “vendedor” del ticket en caso de querer transferirlo, colocándolo a la venta en el mercado (mediante subastas o con el valor que él considere), aparejado a una reducción de intermediarios innata.

- **Globalización del mercado:** la posibilidad de transferir la titularidad del NFTicket sin importar el nombre del pasajero bajo el que se coloque el pasaje supone la posibilidad de una apertura del mercado ya que se trata de una plataforma de compraventa en especial a la modalidad P2P¹⁰⁷ que puede involucrar personas desde distintos puntos del mundo, situación que se ve beneficiada con la implementación del USDC para la transacción.

V. LA FAMOSA “LETRA CHICA” Y COLISIÓN DE LA IMPLEMENTACIÓN A LA LUZ DE LA LEY 24.240.

Ahora bien, es dable señalar que el contrato de transporte aéreo de pasajeros concuerda con la definición de contrato de consumo brindada por el art. 1093 del CCyC. Del mismo modo, el pasajero y la empresa aérea revisten el carácter de “consumidor” y “proveedor” respectivamente en los términos de lo dispuesto por el art. 1092 del CCyC. Es decir, deviene innegable que el contrato de transporte aéreo de pasajeros es de consumo toda vez que resulta irrefutable el carácter de usuario del pasajero que adquiere para sí o para su grupo familiar o social, el servicio de transporte aéreo brindado por una empresa aerocomercial. Esta misma normativa, se debe aplicar en los casos de los NFTickets.

Dentro de los términos y condiciones publicados en la web de TravelX, encontramos algunos puntos a los que brindarles especial atención y que podrían ser materia de litigiosidad en un futuro cercano. Entre ellos:

- **Comisiones y costos poco claros:** Lo disruptivo y novedoso de la implementación de los NFTickets sin dudas puede verse opacado por las comisiones y costos sin especificar. Así,

¹⁰⁷ Abreviatura del concepto “Peer to peer”, también llamado “persona a persona”.

en contraposición con el deber de información dispuesto en el Artículo 4¹⁰⁸ de la Ley 24.240, la adquisición del NFTicket (B2P) y su eventual transmisión del consumidor a otro (P2P) así como también la incorporación de USDC en la billetera virtual de TravelX se publicitan sin especificar los costos de cada transacción ni comisiones. En otras palabras, se habla de que el consumidor puede "reservar sin pagar, reasignar, regalar y vender" (sic <https://travel.xyz/>) sin especificar en ningún momento - siquiera vagamente - que son operaciones remuneradas con un costo extra al publicado por el NFTicket propiamente lo que podría derivar en una suerte de publicidad engañosa e inducir a error al usuario.

- Ausencia de "botón de arrepentimiento"¹⁰⁹ cuya implementación es obligatoria para los proveedores que comercialicen bienes y servicios a través de páginas o aplicaciones web, mediante el cual el consumidor podrá solicitar la revocación de la aceptación del producto comprado o del servicio contratado, en los términos de los art. 34 de la Ley 24.240 y art. 1110 CCCN.

- Cláusulas abusivas: deslinde de responsabilidad ante cambios unilaterales por parte de la aerolínea en la programación del vuelo: en la web de TravelX se lee una suerte de traslación de la responsabilidad - que conforme el artículo 40 Ley 24240 se contempla un sistema de responsabilidad objetiva (en el cual el factor de atribución es el vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, de manera tal que el consumidor sólo debe acreditar el daño y la relación de causalidad entre éste y la cosa) - y la coloca en cabeza del consumidor la gestión de revender el NFTicket para conseguir un reembolso de su dinero, en el mejor de los casos, ya que de ello dependerá: 1. que el consumidor consiga revender el pasaje 2. que consiga hacerlo al valor en que lo adquirió. Este condicionamiento¹¹⁰ contraría la 24.240¹¹¹ que sanciona la omisión o incumplimiento de los deberes u obligaciones a cargo de los prestadores de bienes y servicios, como una forma de equilibrar la relación prestatario -consumidor, recayendo expresamente ante quienes incumplen alguna de las condiciones de contratación, como lo son el mantenimiento de las condiciones de contratación, la buena fe y diligencia de un buen agente de negocios. Ello, supone la necesidad de declarar abusiva, ilegítima e inconstitucional toda aquella cláusula contractual por la cual el proveedor pretenda restringir, limitar o cercenar el derecho del consumidor al reintegro de lo abonado con más los intereses compensatorios por la privación de uso del dinero que le es propio al consumidor adquirente del NFTicket (Art 37 LDC, Art 989, 1122 CCyC).

- Cláusulas abusivas: Deslinde de responsabilidad ante eventuales daños y perjuicios. Los términos y condiciones del servicio se encuentran plagados de cláusulas nulas en los términos del art 37 inciso a) de la Ley 24.240 como la Cláusula 8 donde se lee: "*EL USUARIO RECONOCE Y ACEPTA EXPRESAMENTE QUE EN NINGÚN CASO LAS ENTIDADES DE TXC SERÁN RESPONSABLES DE NINGÚN DAÑO...*"

- Cláusulas abusivas: Prórroga de jurisdicción. En contraposición con el artículo 37 de la ley 24.240 en la cláusula 17.1 Jurisdicción y Ley Aplicable de los Términos y condiciones se

¹⁰⁸ ARTICULO 4º — "Información. El proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización."

¹⁰⁹ Resolución N° 424/202010 de la Secretaría de Comercio Interior (Ministerio de Desarrollo Productivo de la Nación Argentina) de fecha 01-10-20

¹¹⁰ "Si la aerolínea hizo cambios en tu vuelo, verás la información actualizada en tu NFTicket ... Pero si, a causa del cambio, ya no lo quieres, puedes vender o subastar tus NFTickets al precio que elijas. Tendrás un valor de mercado de referencia para ayudarte a venderlo a un precio donde tanto tú como quien lo compre se sientan satisfechos." PREGUNTAS FRECUENTES TRAVELX - <https://travel.xyz/help-center>

¹¹¹ Cfr. artículo 10 inc. c del Decreto N°1.798/94, Reglamentario de la Ley de Defensa del Consumidor

lee: “Reclamos y disputas que surgieron entre nosotros... se interpretará de acuerdo a las Leyes de Irlanda.”.

- Cláusulas abusivas que desnaturalizan las obligaciones de TravelX. Se lee que la empresa no hace representaciones u otorga garantías en cuanto a lo siguiente: “...(v) que el NFTicket o el contrato inteligente sean fiables, estén libres de errores, sean compatibles con su Billetera digital o cumplan sus requisitos, o que los defectos del NFTicket o del contrato inteligente puedan ser o vayan a ser corregidos”.

- Interrogante de si en este tipo de contratos P2P podría desprenderse una eventual legitimación pasiva ante un eventual reclamo contra el consumidor que hace a sus veces de vendedor intermediario del NFTicket y que obtiene una ganancia con dicha operación, también llamado “proconsumer”¹¹² ya que art 40 Ley 24.240 responsabilizar a todas aquellas personas humanas o jurídicas que han participado en la concepción, creación y comercialización del servicio¹¹³, y no solo a quien lo provee en forma directa.

En este punto, debemos señalar que el sistema de protección de los consumidores debe aplicarse no sólo cuando las leyes especiales nada dicen frente a alguna hipótesis determinada, sino también cuando la ley 24.240 contemple alguna obligación para los proveedores que resulte complementaria o integradora de otras surgidas de las normas específicas, siendo todas ellas resultantes del mismo presupuesto de hecho¹¹⁴.

En lo referido a la interpretación del art. 63 LDC, es mandatorio recurrir a lo dispuesto en su Artículo 3 en cuanto establece “En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor.” Ciertamente, siendo que la LDC establece un sistema general para su propia aplicabilidad, la auto exclusión respecto al contrato de transporte aéreo debe leerse con criterio restrictivo al igual que las cláusulas que limiten la responsabilidad, prorroguen competencia o restrinjan políticas de cancelación.

VI. CONCLUSIONES

Si bien entendemos que estos son temas que recién están en un estado primigenio y de poca trascendencia hoy en día, debido a su venta en pequeña escala, no por ello debemos acostumbrarnos a tener un accionamiento aletargado y reparador de las legislaciones y regulaciones en este tipo de cuestiones de índole novedosas o innovadoras sino que debemos replantear la forma no solo en que se regule este punto en concreto sino, también, de concebir la generación y sanción de normas, que puedan estar a la altura de la innovación y la investigación de nuevas fronteras.

En este sentido, creemos que debemos dotar de protección y seguridad jurídica a los legítimos titulares de estos activos digitales (NFTickets), ya que partimos de la base de que se trata de relaciones jurídicas donde prima el poderío de una parte por sobre otra, donde media una asimetría de la información que se ve agudizada por la implementación de nuevas tecnologías, de un sistema disruptivo, pago de billeteras electrónicas, utilización de monedas

¹¹² Acrónimo formado por la fusión original de las palabras productor y consumidor utilizado por la Sala 5ª del TJUE autos: "Komisia za zashtita na potrebitelite v Evelina Kamenova" en su sentencia de fecha 04.10.2018 donde se dispuso: “En esta situación, el consumidor no está tan protegido frente a una parte con una posición de negociación más fuerte, sino frente a la herramienta tecnológica (por ejemplo, una transacción o plataforma P2P) utilizada, aunque la contraparte también puede ser un consumidor. ; o una parte puede ser una pequeña o mediana empresa (PYME) y la contraparte una empresa más grande.” donde se dispuso la responsabilidad solidaria del proconsumer.

¹¹³ conf. CNCom, Sala D, 18/6/08, in re: "Rusconi María c/ Peugeot Citroën SA s/ Sumario"; idem, Sala B, 6/11/15, in re: "Salem...". DIAZ SANDRA ELIZABETH C/ ALRA SA Y OTRO S/ ORDINARIO. Uzal - Kölliker Frers. Cámara Comercial

¹¹⁴ Protección Jurídica Del Consumidor, AUTOR: Wajntraub, Javier H., LexisNexis - Depalma 2004

digitales no reguladas, contratos descentralizados donde el prestador, intermediario, vendedor y el consumidor no se encuentran precisamente en la misma Ciudad o país.

Para ello, es menester contar con postulados que tengan como horizonte garantizar la paz social, la armonía de las relaciones humanas, que todos los que estén en igual situación fáctico – jurídica sean objeto de trato idéntico e igualitario, la equidad que debe regir en el ámbito de las relaciones jurídicas¹¹⁵.

La necesidad de reglamentar este tipo de situaciones no desvirtúa el espíritu de los NFT, sino que los dota de una mayor seguridad jurídica en caso de generarse un conflicto sobre los intereses y derechos de los consumidores que pueden verse afectados en el accionar de estos métodos novedosos de implementación de seguridad.

Es de especial interés la propuesta regulatoria del European Law Institute (ELI) publicada el 8 de septiembre de 2022. Sin perjuicio de que no es vinculante y que no se contemplan todos los problemas posibles como hackeos, posible necesidad de un consentimiento ad hoc; responsabilidad de las partes y de los programadores; supuestos de resolución, nulidad; adopción de medidas cautelares; supuestos concursales o preconcursales, etc, es un comienzo desde donde empezar a trabajar. Allí se disponen 18 principios dentro de los que destacamos en su parte especial: SMART CONTRACTS Y PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR postulados como la supremacía de las normas de protección del consumidor por sobre las dispuestas en el Smart Contract, debiendo reconocerse la misma tutela que en una transacción off-chain; la nulidad de las cláusulas sobre elección de ley y foro que viole derechos de un consumidor; la obligatoriedad de que el idioma del contrato sea en el natural del consumidor; el deber de información pre y post contractual equivalentes a los contratos off-chain; reconocimiento de un plazo de desistimiento donde la programación del Smart Contract permita el ejercicio del derecho de desistimiento, facilitando una transacción inversa o una indemnización y, por último, la regulación de cláusulas abusivas, debiendo recoger la obligación de recodificar Smart Contracts en caso de serlo.

Para que el ecosistema siga creciendo, es menester implementar la posibilidad de cumplimiento forzoso para brindar seguridad jurídica a los usuarios y consumidores para garantizar la inviolabilidad del orden público.

VII. BIBLIOGRAFÍA.

Jurisprudencia:

1. "Komisia za zashtita na potrebitelite v Evelina Kamenova" en su sentencia de fecha 04.10.2018. Sala 5ª del TJUE.
2. "Rusconi María c/ Peugeot Citroën SA s/ Sumario"; idem, Sala B, 6/11/15, in re: "Salem...". DIAZ SANDRA ELIZABETH C/ ALRA SA Y OTRO S/ ORDINARIO. Uzal - Kölliker Frers. Cámara Comercial. CNCom, Sala D, 18/6/08.

Doctrina y Artículos:

1. "La certeza y simbolización de los derechos subjetivos. Tokens y contratos inteligentes" - Miguel Ángel Moreno Navarrete, Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de Granada, 2021.
2. Protección Jurídica Del Consumidor, AUTOR: Wajntraub, Javier H., LexisNexis - Depalma 2004
3. Guillermo Tinti, "Derecho del consumidor". 2001. Ed. Alveroni.
4. Horacio Bernstein, "Facultades de los entes para resolver conflictos".

¹¹⁵ Guillermo Tinti, "Derecho del consumidor", págs. 30 y sgtes.; Horacio Bernstein, "Facultades de los entes para resolver conflictos", págs. 54 y stes.

5. ELI Principles on Blockchain Technology, Smart Contracts and Consumer Protection, European Law Institute (ELI), European Law Institute, publicado en Schottenring 16/175 1010, Vienna, Austria en Septiembre de 2022.

Links:

1. <https://www.lagaceta.com.ar/nota/963483/sociedad/curioso-ranking-defensa-consumidor-empresas-mayor-cantidad-reclamos-argentina.html> Octubre 2022
2. PREGUNTAS FRECUENTAS TRAVELX - <https://travel.xyz/help-center> Octubre 2022
3. <https://www.binance.com/es/support/faq/d6fab736d1f4e7fb60e56afe6d1f3b9> Octubre 2022

Notificaciones judiciales con tecnología blockchain

Por Abog Antonella A. Rosato y Abog Sofia Angio.

Colegio de Abogados de Morón.

SUMARIO: I.- Introducción. II.-Antecedentes. III.- Las notificaciones electrónicas en el ordenamiento jurídico. IV.- Problemática Actual De Las Notificaciones. V.- Tecnología Blockchain. VI.- La Notificación En Blockchain. VII.- Corolario. VIII.-Bibliografía

I.- INTRODUCCIÓN:

El presente artículo tiene como objeto abordar la problemática actual que existe en torno a las notificaciones judiciales dentro de los expedientes electrónicos en pleno auge de los medios digitales.

Se introducirán brevemente los antecedentes normativos que llevaron a la implementación de los expedientes electrónicos y el uso de dispositivos criptográficos en los procesos judiciales. Asimismo, se analizarán las normas vigentes en dicho campo para arribar a la propuesta de aplicar nuevas tecnologías para mejorar el sistema de justicia actual teniendo en cuenta los principios de celeridad y economía procesal. Y se sugerirán posibles cambios normativos para permitir la utilización de estas tecnologías disruptivas en el derecho procesal.

El siguiente análisis se hará conforme al Código Civil y Comercial de la Nación, la ley 25.506 y las demás acordadas de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en materia de notificaciones electrónicas.

¿Es posible agilizar las notificaciones judiciales con las nuevas tecnologías?

II.- ANTECEDENTES

En los últimos años, se promovió un avance sostenido y progresivo en la utilización de herramientas tecnológicas en la gestión judicial, la incorporación de instrumentos para el intercambio electrónico de información y la realización de comunicaciones y de presentaciones por vías electrónicas.

El 14 de noviembre del 2001 se sancionó la Ley 25.506 que se reglamentó en el año 2002 con el Decreto Reglamentario Nro. 2628. Esta constituyó el puntapié inicial para la implementación de las nuevas tecnologías en el ámbito judicial y plantea un nuevo paradigma en el campo del derecho procesal ya que brinda eficacia jurídica a los certificados digitales, la firma digital y electrónica y los documentos digitales.

Posteriormente, existieron diversas innovaciones que permitieron impulsar los expedientes de forma digital como la creación de la “Mesa de entradas virtual”, el inicio remoto de procesos, la subasta judicial electrónica, los certificados de firma digital emitidos por la Autoridad Certificante AC-ONTI y la inclusión del proceso penal, por medio del Acuerdo N° 4040. La transformación hacia el proceso judicial digital aún continúa en proceso, sin embargo, en el último tiempo, la misma se vio acelerada con la llegada de la pandemia por COVID-19 (coronavirus).

El acuerdo Nro. 4013 y modificatorios de la Suprema Corte de Justicia aprobó el nuevo reglamento para las presentaciones y notificaciones por medios electrónicos (PyNE) que entró en vigor el 1 de noviembre de 2021.

Actualmente, en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, coexisten tanto el sistema material como el virtual. El sistema material consiste en, por ejemplo, la impresión de cédulas para su posterior diligenciamiento; y el virtual, en el sistema de notificaciones electrónicas y la creación del Registro de Domicilios electrónicos del Poder Judicial de la Provincia, el que permite constituir domicilios electrónicos especiales para notificar, entre otras cuestiones, los traslados de demanda. El art. 2 y 3 del Acuerdo 3989 SCBA establece cuáles son los sujetos obligados a constituir este domicilio.

Si bien este sistema resulta eficiente, solo se circunscribe al ámbito de la Provincia de Buenos Aires y no existe obligatoriedad para las personas físicas y/o jurídicas de inscribirse en el mencionado registro.

En el caso que el destinatario de una cédula u oficio judicial no tuviere domicilio electrónico, el documento una vez enviado a confornte y, si correspondiere, firmado por el funcionario o magistrado deberá remitirse al domicilio electrónico del interesado para que éste lo diligencie en papel.

III.- LAS NOTIFICACIONES ELECTRÓNICAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

En nuestro ordenamiento jurídico actual, tanto de fondo como de forma, se establecen pautas para la implementación de notificaciones por medios electrónicos. A continuación, desarrollaremos las más relevantes.

Por medio de la Ley 14.142 se dispuso modificar algunos artículos del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires relacionados con la constitución de domicilio, formas y medios de notificación. Allí se modifica el art. 40 y se establece que toda persona que tenga que constituir domicilio en un proceso judicial deberá indicar su domicilio electrónico, sin perjuicio de lo normado en el Acuerdo Nro. 3989 t. o. y sus modificatorios.

Por otra parte, el artículo 143 bis del CPCC amplía los medios de notificación e incorpora al sistema normativo la notificación por correo electrónico. El código procesal establece que quien tenga interés en la notificación “enviará las notificaciones utilizando el sistema de correo electrónico habilitado al efecto por el Poder Judicial, conforme determine la reglamentación. La oficina de notificaciones encargada de la base de datos del sistema de comunicaciones electrónicas del Poder Judicial emitirá avisos de fecha de emisión y de recepción a las casillas de correo electrónico de las partes y del Tribunal o Juzgado. El envío de un correo electrónico importará la notificación de la parte que lo emita”.

A su vez, en cuanto al derecho de fondo el art. 288 del CCyCN admite que “en los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza una firma digital, que asegure indubitablemente la autoría e integridad del instrumento”.

IV.- PROBLEMÁTICA ACTUAL DE LAS NOTIFICACIONES

En la labor litigante, nos encontramos ante distintas problemáticas en relación a las notificaciones que se detallarán a continuación.

En primer lugar, está la dificultad para notificar personas no inscriptas en el registro de domicilios electrónicos. La normativa no obliga a todas las personas a inscribirse en el mencionado registro. El art. 2 y 3 del Acuerdo 3989 de la Suprema Corte compelen al Fiscal de Estado, el Asesor General de Gobierno, los órganos o entidades descentralizadas de la provincia de cualquier especie cuya representación en juicio no estuviere a cargo del Fiscal de Estado o de la Asesoría General de Gobierno, los municipios de la provincia y sus entidades descentralizadas de cualquier especie, los bancos y las demás entidades financieras, las compañías de seguros, las aseguradoras de riesgos del trabajo, las prestatarias de servicios públicos y las concesionarias de obras públicas y las personas públicas no estatales de la provincia. Si bien, el listado es amplio, muchísimas personas físicas y jurídicas quedan exentas de cumplimiento.

En segundo lugar, existe una imposibilidad para notificar por medios digitales a las personas que se encuentran fuera de la Provincia de Buenos Aires. En estos casos, no queda otra opción que recurrir a la cédula en formato papel y diligenciar de manera presencial en la oficina de mandamientos y notificaciones que corresponda según el domicilio del demandado, lo cual nos lleva al siguiente punto.

Las notificaciones en formato papel nos conducen a enfrentarnos con la ineficiencia de las oficinas de mandamientos y notificaciones jurisdiccionales para el diligenciamiento de

cédulas. Muchas veces, la notificación por esta vía se torna compleja dado que no se encuentra el domicilio del demandado o se traspapela la notificación.

Por último, a la hora de notificar en el domicilio físico, nos encontramos ante la multiplicidad de los mismos (real, legal, fiscal, contractual, etc.).

Es por ello que planteamos la posibilidad de notificar a un domicilio electrónico previamente constituido por las partes según se explicará a continuación.

V.- TECNOLOGÍA BLOCKCHAIN

Con la aparición del *Bitcoin*, en 2008, el mundo conoció el nuevo concepto de tecnología *blockchain* que hoy revoluciona a todos y que está transformando un sinnúmero de industrias o áreas.

Para comprender qué es la tecnología *blockchain*, es necesario entender qué es un sistema distribuido. Los sistemas distribuidos son un conjunto de recursos computacionales en los que varios nodos trabajan de forma coordinada para alcanzar un objetivo común. El nodo es un elemento individual dentro del sistema distribuido que puede enviar y recibir mensajes de otro nodo. El principal desafío del sistema distribuido es la coordinación entre nodos y la tolerancia a los errores que puedan surgir; el sistema distribuido debe tolerar y continuar el trabajo aun cuando existan nodos defectuosos o se interrumpa la conexión.

La *blockchain* o cadena de nodos es una cadena de información ordenada que se almacena en un registro distribuido descentralizado. Esto significa que no está almacenada en un servidor, sino que la guardan todos los nodos que forman parte de la red. Algunas características son la seguridad, inmutabilidad, publicidad y el consenso.

La seguridad está dada por el sistema criptográfico que se utiliza para su funcionamiento y la descentralización del registro. Esto significa que no existe una entidad que controle, almacene y modifique la información, sino que lo hace toda la red en su conjunto. Así, es muy difícil *hackear* la información ya que habría que *hackear* toda la red de nodos. Una vez que se agregó la información, ningún usuario de la red puede eliminarla o modificarla sin el consenso del resto. Es por ello que es inmutable.

Cuando un nodo solicita que se agregue información en una cadena de bloques, el resto de los nodos debe aprobar esa transacción por consenso, es decir, todos los nodos deben acordar el mismo valor y validar la información propuesta. Para ello, deberán verificar el antecedente de la cadena que, como se mencionó, es pública. En caso de que exista consenso, el nuevo bloque de información se incorpora en la cadena junto con sus antecedentes. Cada bloque de información (denominado *hash*) es un conjunto único de números y letras.

Pongamos un ejemplo práctico. Si Juan le quiere vender a Pedro 1 criptomoneda, la red de nodos verificará si Juan es el dueño o la transmitió con anterioridad según los antecedentes. En caso negativo, la red valida la transacción y agrega a la cadena de bloques que esa criptomoneda ahora es propiedad de Pedro.

VI.- LA NOTIFICACIÓN EN BLOCKCHAIN

El avance tecnológico a nivel mundial nos lleva a replantear todas las formas tradicionales de proceder, tanto en la vida cotidiana como en el ejercicio de la profesión. Así, como hace unos años se implementó el inicio de causas de forma digital y, como se mencionó, la pandemia trajo aparejados muchos avances tecnológicos en el ámbito del litigio, creemos que las notificaciones no deben quedar atrás.

Para ello, consideramos de vital importancia la implementación de un Registro Nacional de domicilios electrónicos constituidos para aquellos grandes contribuyentes y sociedades de cualquier tipo con el fin de permitir la agilización de los procesos judiciales en pos de un mejor servicio de justicia para la sociedad. Más aún cuando la AFIP en la Resolución 4280/2018 declaró la obligatoriedad de constituir un domicilio fiscal electrónico para todos los contribuyentes (pequeños contribuyentes exceptuados en el art. 8) donde serán válidas y eficaces las

notificaciones, intimaciones, avisos y comunicaciones emitidos por la Agencia. Este organismo en su página web aclara que quedará notificado al momento de abrir la comunicación enviada o de oficio el lunes posterior a la fecha en que estuvo disponible la comunicación (art. 7 Resol. 4280/18).

Creemos que es posible adaptar los criterios de la AFIP para las comunicaciones administrativas a las notificaciones judiciales y hacer uso de la tecnología *blockchain* para realizar las notificaciones a los domicilios electrónicos de las empresas o personas físicas con el objetivo de agilizar la labor jurídica diaria de los abogados y evitar los entorpecimientos innecesarios y dilaciones en los procesos judiciales.

De esta manera, previo a que la contraparte se presente en el expediente y constituya domicilio junto con su abogado, podría recibir la notificación en el domicilio electrónico constituido a través de la tecnología *blockchain* lo que nos permitiría, ante la posible impugnación de la notificación, probar mediante una pericia informática el envío, contenido y recepción de la notificación. Además, sería una forma de notificación más rápida y eficiente.

VII.- COROLARIO

Esta propuesta de actualización en materia de notificaciones electrónicas nos permitirá seguir evolucionando como profesionales, con más y mejores herramientas para afrontar los nuevos desafíos, resguardando así los principios de celeridad y economía procesal.

VIII.- BIBLIOGRAFÍA

Bashir, I. (2017). *Mastering Blockchain*. Packt Publishing Ltd.: Birmingham.

Código Civil y Comercial de la Nación. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm> el 26 de septiembre de 2022.

Dossier Reglamentos PyNE (Noviembre 2021). Recuperado <https://www.scba.gov.ar/notipresen/Dossier%20Reglamentos%20PyNE%20Noviembre%202021.pdf> el 27 de septiembre de 2022.

Héctor Eduardo Leguisamón. Notas sobre el domicilio y la notificación electrónicos en el ámbito nacional. Recuperado de https://www.eldial.com/nuevo/nuevo_diseno/v2/doctrina1.asp?id=7565&base=50&indice=doctrina&vengode=suple el 26 de septiembre de 2022.

Horacio R. Granero. (2015), Editorial Albremarica S.A. Primera edición. E-mail, chats, mensajes de texto, Facebook y dvd. Validez probatoria en el proceso civil, comercial, penal y laboral. Estudio doctrinario conforme al nuevo código Civil y Comercial de la Nación. Compendio jurisprudencial.

Parrondo, L. (2018). Tecnología *blockchain*, una nueva era para la empresa. Revista de Contabilidad y Dirección (vol. 27, pp. 11-31). Gráficas Rey: España.

Resolución General AFIP Nro. 4280/2018. Recuperado el 24 de septiembre de 2022 de http://biblioteca.afip.gob.ar/dcp/REAG01004280_2018_07_24.

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Acuerdo 4013. Recuperado el 24 de septiembre de 2022 de <https://www.scba.gov.ar/notipresen/Acuerdo%204013.pdf>.

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Acuerdo 3989. Recuperado de <https://www.scba.gov.ar/servicios/RDE/Acuerdo3989.pdf> el 24 de septiembre de 2022.

La IA en la administración de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

Por Michelle Jazmín Troughot¹¹⁶ Colegio de Abogados de San Martín y Juan Ignacio Cruz Matteri¹¹⁷ Colegio de Abogados de Zárate Campana.

Abstract

En el presente trabajo de investigación se pone de manifiesto, a los profesionales del Derecho, las ventajas de la IA (inteligencia artificial) en la toma de decisiones judiciales en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires. Para ello se hace un breve estudio de la aplicación de la IA en diferentes sistemas jurídicos y administrativos de nuestro país.

I. Introducción

Las especies que sobreviven no son las más fuertes, ni las más rápidas, ni las más inteligentes; sino aquellas que se adaptan mejor al cambio¹¹⁸. Y este cambio vino para quedarse.

En la actualidad, las nuevas tecnologías y sobre todo la inteligencia artificial juegan un papel clave en el desarrollo del sistema de justicia. La digitalización del expediente judicial ha sido el comienzo de un camino al que hay que seguir impulsando para no quedar atrás, intentando lograr el mayor aprovechamiento de todas las tecnologías al alcance de nuestra mano, para brindarles a los ciudadanos un servicio rápido y eficaz, reduciendo tiempos de tramitación de los expedientes, automatizando tareas repetitivas para

poder dedicarle tiempo a las que requieren otro tipo de análisis más calificado. Con la implementación de la firma electrónica a través del dispositivo token desde hace unos años en los departamentos judiciales provinciales, empezó una nueva era, este salto produjo un cambio significativo para los abogados de la profesión y para los funcionarios judiciales, en primer lugar terminando con las largas colas en juzgados para dejar escritos, ver los expedientes, retirar contestaciones de demandas, pericias, traslados, etc., y en segundo lugar, impulsado indudablemente por el COVID-19 nos vimos obligados a acelerar el proceso de la digitalización *total* del expediente, ya que nos vimos forzados a la virtualidad sin ningún tipo de escape. Pero esta implementación es solo la punta del iceberg ya que el sistema, como de costumbre, se resiste a dejar atrás sus métodos analógicos, quizás sumidos en la comodidad, en la ignorancia o en la falta de recursos disponibles.

II. Desarrollo

Se hace imperativa y necesaria la facilitación de la tarea de justicia tanto para los operadores judiciales como para los abogados liberales. Automatizar modelos, darlos a conocer facilitando su acceso, unificar éstos criterios sin duda es algo que nos debemos para el buen funcionamiento del sistema judicial. Acortar tiempos en los procesos, facilitar la tarea del abogado que no va a quedar librado a la suerte del “juzgado de turno”. Desarrollar un sistema en el ámbito de la Justicia que sea compatible con la celeridad del proceso, con un enfoque basado en la transparencia, que su fin sea dejar atrás los comportamientos aleatorios.

¹¹⁶ Abogada por la Universidad de Buenos Aires. Posgrado en Derecho e Inteligencia Artificial de la Universidad de Buenos Aires. Presidenta de la Comisión de Jóvenes Abogados del Colegio de Abogados de San Martín. Vocal Titular de la Mesa Directiva de la Comisión de la Abogacía Joven del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires.

¹¹⁷ Abogado. JTP ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL. FACULTAD DE DERECHO UBA. Especialista en Contratos y Daños por la Universidad de Salamanca, España. Secretario Académico del Colegio de Abogados Zárate Campana. Profesor en Derecho Civil y Derecho de los Contratos en la Universidad de Buenos Aires. Profesor en Fundación de Ciencias Jurídicas y Sociales del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires. Arbitro Nacional de Consumo.

¹¹⁸ Darwin, Charles. Frase atribuida a “ El origen de las especies “

Testimonios pioneros, que hoy se encuentran funcionando y apuestan a un servicio público de excelencia y con miras a la eficacia en su procesos es el PROMETEA COMPRAS. Natalia Tanno, la abogada oriunda de De La Garma, nos relata “Prometea Compras es un sistema de inteligencia artificial desarrollada por el Laboratorio de Innovación e Inteligencia Artificial de la Universidad de Buenos Aires (IALab), en conjunto con el Ministerio Público Fiscal (MPF), que combina asistencia inteligente y automatización, y fue entrenada para la automatización de pliegos en los procesos de Contratación Pública. Con Prometea Compras, un pliego se realiza en 4 minutos, 25 clics y con la apertura de una única ventana (pantalla integrada)”.¹¹⁹

El mundo estrictamente judicial no se encuentra exento, la administración de la justicia está cambiando, y a pasos acelerados. Como todo modelo de gestión, se ve profundamente afectado por las nuevas posibilidades que ofrecen las Tecnologías de la Información y la Comunicación. Las mencionadas TIC en el ámbito judicial comprenden desde la utilización de portales electrónicos para el acceso a la información, la figura del expediente electrónico, la firma digital, hasta las videoconferencias y las actas digitales, entre otras tantas aplicaciones. Basta solo con pensar lo crucial que ha sido la implementación de estas tecnologías a lo largo de la reciente pandemia, para dimensionar la importancia cada vez más acentuada que detenta a diario en la forma en que se configura la abogacía y su interacción con el Poder Judicial. Ahora bien, inteligencia artificial (IA) se trata de algo más. En una concepción amplia, se basa en obtener, por métodos artificiales, lo que alcanzamos con la inteligencia humana: el reconocimiento de patrones para alcanzar objetivos o resolver problemas.¹²⁰

Corvalan afirma que “Aunque las reglas procesales presentan matices y variantes, en una porción importante podrían ser automatizables. Desde luego, eso no nos exime de analizar las cuestiones problemáticas que conlleva la aplicación de inteligencia artificial a estos procesos, especialmente en alguna de sus variantes. Nos referimos a problemas semánticos. Es decir, aquellos supuestos en que existe ambigüedad o vaguedad en los conceptos que integran las normas regulativas. También, es diferente la lógica que se aplica si pretendemos que la IA nos ayude a concretar el contenido de los principios como mandatos de optimización¹²¹, lo que a priori es muy difícil sin caer en problemas de tipo axiológico”¹²².

Es así que la actividad predictiva vinculada al contenido de los derechos sustantivos requiere otro tipo de análisis, que supera con creces el objeto de esta mera ponencia.

Todo lo antedicho se puede plasmar en un análisis práctico del Artículo 47 del CPCCN. El Código Procesal establece que las partes podrán actuar en el proceso con patrocinio letrado o mediante apoderado. Así el art. 47 del CPCCN establece que: “Los procuradores o apoderados acreditarán su personalidad desde la primera gestión que hagan en nombre de sus poderdantes, con la pertinente escritura de poder. Sin embargo, cuando se invoque un poder general o especial para varios actos, se lo acreditará con la agregación de una copia íntegra firmada por el letrado patrocinante o por el apoderado. De oficio o a petición de parte, podrá intimarse la presentación del testimonio original.” Esta regla está integrada por proposiciones anankásticas

¹¹⁹ Tanno, Natalia. Cómo automatizar procesos de compras públicas. Experiencia Prometea Compras. Publicado en Diario DPI - Derecho Público – Administrativo 08-10-2019. Cita: IJ-DCCCLXII-713

¹²⁰ Fernández, Melanie Stefanía. La Inteligencia Artificial en la Administración de Justicia. Publicado en IJ Editores – Argentina Cita: IJ-MMCLXXXII-719

¹²¹ Robert Alexy, Teoría de los Derechos Fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993 cit en Corvalan, Juan G. El impacto de la IA en el derecho procesal. Diario DPI - Derecho Privado - Civil y Obligaciones 30-09-2019 Cita: IJ-DCCCLXII-668

¹²² Corvalan, Juan G. El impacto de la IA en el derecho procesal. Diario DPI - Derecho Privado - Civil y Obligaciones 30-09-2019 Cita: IJ-DCCCLXII-668

que básicamente nos indican que “la presentación de la copia del poder” es necesaria para “acreditar la representación otorgada al apoderado”.¹²³

De tener una IA entrenada para el caso, teniendo en cuenta los diferentes escenarios posibles, se podría llegar a un proveído dictado de forma automática por la inteligencia artificial.

Ahora bien, tomemos el caso donde el letrado que se presente en el expediente tenga su matrícula suspendida o adolezca de la misma el sistema de IA podría acceder a la página web o enlazarse con el sistema informático del Colegio de Abogadas/os, para que en segundos pueda verificar si esto ocurre o no. Como podemos advertir, se reducen las chances de que se configuren lagunas de conocimiento, se aumenta la productividad, se reducen los sesgos, a la vez que se accede a información relevante y se confecciona el proyecto que resuelve la cuestión en segundos.

La Magistrada Gil sentencia que “La eficiencia en la labor judicial no se encuentra amarrada a la tradicional idea de crear más juzgados o aumentar las plantas funcionales para que hagan lo mismo de igual manera. El mérito consiste en incorporar las innovaciones disruptivas al contexto jurisdiccional efectivo, pasando de la burocracia digital a la operatoria inteligente. Lo que necesaria e inexorablemente traerá aparejados grandes cambios en el estilo de vida del empoderado, y como correlato el reconocimiento definitivo del derecho del ciudadano a capacitarse digitalmente, a fin de comunicarse con el Estado de manera digital, ágil, segura, y obtener respuesta en tiempo razonable.”¹²⁴

Todas estas notables afirmaciones, y los vientos de cambios que soplan tanto en la sociedad (en su lenguaje, en su forma de interactuar con las instituciones y las profesiones liberales) como también la revolución que la profesión liberal del derecho ha transitado por el “expediente digital” llegamos a la siguiente propuesta.

III. Propuesta de la investigación.

Propuesta: Crear entre el ámbito de COLPROBA y el Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires una “Mesa de Trabajo y Dialogo Permanente de IA Jurídica” integrada por miembros de la Asociación de Magistrados y Funcionarios, integrantes de COLPROBA y representantes del Poder Legislativo Provincial a fin de evaluar la instrumentación de un programa que sienta una base unificada de IA en la toma de decisiones judiciales.

Esto implicaría que se brinde un mejor servicio de justicia, acelerando tiempos de tramitación y allanando el camino de todos los auxiliares de la justicia, siendo un puente que une a los abogados litigantes con los judiciales teniendo en cuenta la necesidad de realizar acciones para construir un ecosistema digital de calidad en post de un beneficio en común, y sobre todo de un beneficio para los justiciables.

¹²³ Corvalan, Juan G ob cit.

¹²⁴ Gil, Gabriela Fernanda. Inteligencia artificial aplicada a la gestión judicial efectiva. Biblioteca SAIJ - Oralidad civil efectiva en Argentina Cita:IJ-MXIV-79

El mobbing como enfermedad profesional

Por Abog Micaela Nadina Aguirre

Colegio de Abogados del Departamento Judicial de Lomas de Zamora.-

Mobbing. Concepto y características.-

Cuando nos referimos al Mobbing no sólo hablamos de un simple maltrato o de un “derecho de piso” que se debe “pagar” al ingresar a un grupo de trabajo, por el contrario estamos frente a una conducta que atente contra la dignidad del trabajador, ejercida en forma reiterada en el lugar de trabajo o por la realización de este.-

Para entender en su totalidad el concepto de Mobbing es necesario entender su raíz y su primera aplicación. El ideólogo de este término fue el etólogo y zoólogo Konrad Lorenz, quien lo tomó para describir la conducta de un grupo de animales - generalmente pequeños - que atacaban a un animal más grande que se encontraba en soledad.-

Esta descripción fue tomada por el psicólogo Heinz Leyman en la década de los años 80, momento en el cual comenzó a estudiar el comportamiento en los grupos de trabajo y pudo asociar las conductas que se desarrollaban con las del reino animal, utilizando la expresión anglosajona “to Mob” (acorralar, acosar) para describir una conducta.-

Con esta observación, Leymann define el Mobbing como “un proceso de destrucción; se compone de una serie de actuaciones hostiles que, tomadas de forma aislada, podrían parecer anodinas, pero cuya repetición constante tiene efectos perniciosos”. y además agregó que “El concepto de mobbing queda definido por el encadenamiento a lo largo de un período de tiempo bastante corto de intentos o acciones hostiles consumadas, expresadas o manifestadas por una o varias personas hacia una tercera : la víctima”.

De todo lo expuesto podemos concluir que el Mobbing es una acción u omisión realizada en el ámbito laboral a lo largo de un periodo de tiempo. Estas acciones u omisiones son llevadas a cabo por un grupo de personas en perjuicio de un compañero, con la única finalidad de generar en la víctima un daño psicofísico, desestabilizándolo para eliminarlo.-

Estos actos afectan la salud psicológica de la víctima y principalmente su capacidad de empleabilidad (Iñaki Piñuel, 2001).-

Teniendo en cuenta la definición podemos desprender algunas características.

1) Acción u omisión: esto se da ya que el mobbing puede ser una acción sobre el otro, como por ejemplo insultar, menospreciar, discriminar, rebajar al trabajador; o por el contrario una omisión entendida como el silencio, la inacción, la complicidad frente a los ataques externos, entre otros.-

2) Ámbito Laboral y periodicidad: el mobbing se configura dentro de un grupo de trabajo. SOLO se da dentro de este ámbito, fuera de este no se configura el mobbing, Estas acciones u omisiones deben darse a lo largo del tiempo, no se configura mobbing si es un hecho aislado. Es importante tener en cuenta el contexto en que se da el maltrato, ya que no es lo mismo que el jefe un día entre sin saludar a la oficina, como un evento aislado, a la deliberada acción de no saludar a la víctima, obligando al resto del staff a hacer lo mismo. Las acciones de mobbing son claras y evidentes, algunos ejemplos son falta de comunicación, orden de no hablar o castigar si hablan, aislamiento físico, tareas humillantes, tareas inútiles, sabotear las tareas, no dar herramientas, no dar info necesaria, agresiones, gritos, insultos, ridiculización, etc.-

3) Grupo de personas: Esta característica puede ser la definición perfecta si tomamos los lineamientos de Leymann ya que como se ha explicado ut-supra, el Mobbing es un acoso o la acción de acorralar a una persona por parte de sus compañeros de trabajo. Es por ello que es necesario entender los dos supuestos en que se pueden dar el Mobbing. El primero es el MOBBING VERTICAL donde un jefe o cualquier persona que ostente un rango superior al de la víctima es el ejecutor principal del acoso, convenciendo a los demás de realizar esta acción u omisión contra la víctima. Algunos compañeros se unirán con gusto y serán parte activa del mobbing, pero otros al encontrarse en una posición inferior y, con el miedo de sufrir represalias, se sumaran contra su voluntad. El segundo supuesto es MOBBING HORIZONTAL en el cual compañeros del mismo rango e incluso inferiores se unen a fin de maltratar a un compañero, tornando imposible la sana convivencia.-

En palabras de Marie France Hirigoyen, “cuando un superior agrede a un subordinado, es la más frecuente en el contexto actual, que da a entender a los trabajadores asalariados que deben estar preparados para aceptar cualquier cosa con tal de conservar su empleo. La empresa permite que un individuo dirija a sus subordinados de un modo tiránico o perverso, ya sea porque le conviene...pero las consecuencias para el subordinado son muy gravosas” .-

4) Finalidad de dañar: El objetivo de estos grupos es alterar la capacidad de desempeñarse profesionalmente a la víctima. El Dr. Piñuel en una entrevista radial manifestó que “el objetivo de deteriorar psicológicamente a la persona es destruir su capacidad de empleo” y agregó “su capacidad de desempeñar una profesión o trabajo con éxito y brillantes” .-

Teniendo en cuenta todo lo detallado ut-supra, si la finalidad es generar un daño en la víctima, ¿ese daño no debería ser reparado?

El Daño y su Reparación. -

Nuestra legislación gira entorno al principio romano de “alterum non laedere” el cual puede ser traducida como “no dañar a nadie” .-

Si un sujeto daña con su accionar a otro, deberá responder por este daño. En palabras del Dr. Alfredo Di Pietro: “cuando Ulpiano afirma “alterum non laedere” como un precepto de la justicia, está afirmando algo más que un mero “no dañar”; Está afirmando que debemos evitar toda confrontación, toda agresión, toda lidia con nuestros semejantes .”

Teniendo en cuenta este principio y su lógica, resulta evidente que si un grupo de personas acosan a un compañero de trabajo generandole un daño en su psique, a este último se lo debe indemnizar no sólo económicamente, sino en prestaciones en especie con el objetivo de sanar aquello que ha quedado violentado.-

Esto último no es una idea caprichosa de quien suscribe, ya que el Artículo 75 de nuestra Ley de Contrato Laboral establece que el empleador “está obligado a observar las normas legales sobre higiene y seguridad en el trabajo” para luego agregar que “Los daños que sufra el trabajador como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones del apartado anterior, se regirán por las normas que regulan la reparación de los daños provocados por accidentes en el trabajo y enfermedades profesionales, dando lugar únicamente a las prestaciones en ellas establecidas .”

Es decir, nuestra Ley de Contrato de Trabajo establece que el empleador debe garantizar un ambiente de trabajo sano y seguro para sus empleados y, si llega a incumplir deberá REPARAR EL DAÑO siguiendo las normas que regulan los accidentes en el trabajo y enfermedades profesionales.-

Entonces, dentro de esta inteligencia podemos afirmar que dentro de nuestra normativa existe legislación que pueden utilizarse para asegurar que el Mobbing es una enfermedad

laboral ya que se da dentro del ambiente laboral y es ejercido por un superior, quien debe velar por su seguridad y su indemnidad como empleado.-

Siguiendo estos lineamientos es que En enero de 2006, La Legislatura de la Provincia de Entre Ríos, sancionó con fuerza de Ley la primera normativa que contempla una sanción a la violencia, maltrato y acoso laboral. La mencionada ley posee ocho artículos, que fueron modificados en el año 2020.-

En primer lugar, se deja en claro que la finalidad de la ley es prevenir la violencia laboral y sancionar a quien no la cumpla.-

Notese que la Ley se refiere a “violencia laboral” y no creo que haya sido una palabra utilizada al azar, por el contrario entiendo que fue una elección acertada para darle la verdadera entidad al problema que estamos debatiendo.-

El artículo 2° de la mencionada ley define:

- Violencia Laboral a toda acción ejercida en el ámbito laboral que atente contra la integridad física, moral, sexual, psicológica o social de los trabajadores estatales o privados”
- Maltrato Físico: toda conducta que directa o indirectamente esté dirigida a ocasionar un daño o sufrimiento físico sobre el trabajador.
- Acoso: la acción persistente o reiterada de incomodar con palabras o gestos, en razón del sexo, edad, nacionalidad, capacidades diferentes, estado civil, conformación física o situación familiar.

Estas tres conductas a las que el actor puede ser sometido, deben ser entendidas e individualizadas a fin de comprender cada situación para ubicarse en el tipo de Mobbing al que se está sufriendo.-

En su Artículo 3 determina que el empleador es el responsable de las sanciones dinerarias, las cuales pueden variar entre cinco (5) a cincuenta (50) salarios mínimos, vital y móvil (artículo 5)

Esta ley, es de vital importancia para comenzar a entender que el mobbing es un padecimiento que los empleados viven a diario y que ese daño debe ser reparado. Entiendo que esta reparación pecuniaria es interesante desde el punto de vista de reparar el daño, pero encuentro incorrecto que las sanciones sean en base al Salario mínimo, vital y móvil ya que perjudica al empleado que tiene un salario ampliamente superior al mismo.-

Asimismo, creo que el empleado debe recibir prestaciones medicas, psicologicas y psiquiatricas para recuperarse del daño sufrido, que deben ser otorgadas por la Aseguradora contratada para los Riesgos del Trabajo.-

La Argentina en números. El mobbing como enfermedad profesional.-

A raíz de la ratificación de nuestro país al Convenio 190 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en el cual se tratan temáticas relacionadas a la violencia y acoso en el ambito laboral, la OFICINA DE ASESORAMIENTO SOBRE VIOLENCIA. LABORAL (OAVL) dio a conocer algunas estadísticas que alarman.-

Durante el periodo de enero a junio de 2021 el 65% de las llamadas en búsqueda de asesoramiento por el mobbing sufrido fueron de mujeres y el 32% hombres, dejando un 3% sin identificar. Respecto al tipo de mobbing que sufren los trabajadores se destaca un 80% de violencia psicológica, 8% violencia sexual y 4% violencia física . -

Estos datos son alarmantes, no solo porque la mayoría de las afectadas son mujeres sino que el daño en su mayoría es en la psique de la víctima, afectando su capacidad productiva, de empleabilidad y su indemnidad como sujeto de derecho.-

La persona que sufre un acoso o violencia sistemática por parte de su grupo de trabajo, con los cuales pasa entre ocho y nueve horas diarias, no volverá a ser la misma persona que era

antes de ingresar a trabajar en ese lugar, no confiará en su entorno ni en sus capacidades laborales, y en el caso más extremo no podrá conseguir un nuevo trabajo por temor de volver a vivir una situación similar. -

Es por esto último que entiendo necesario que las Aseguradoras sean las encargadas de dar al trabajador las prestaciones en especie necesarias para reparar el daño sufrido ofreciendo tratamientos psicológicos y de ser necesarios psiquiátricos para contrarrestar todo lo padecido.-

Pero aquí nos encontramos con el principal obstáculo: El mobbing o acoso laboral NO está incluido en el listado de enfermedades profesionales que reconoce la Ley de Riesgos del Trabajo.-

Puede ser que el Acoso laboral no sea tan fácil de apreciar como una fractura o un esguince , pero el daño generado en la salud psicofísica de la víctima puede ser aún peor que un daño meramente físico.-

El mobbing puede traer como consecuencia en las víctimas estrés, angustia, depresión, problemas alimenticios, ataques de pánico, jaquecas, problemas gástricos, problemas de sueño, hasta el suicidio en el peor de los casos. Existe casos en los cuales las víctimas terminan renunciando frente al maltrato y hostigamiento y por miedo a vivir lo mismo en un nuevo trabajo, queda fuera del mercado laboral, afectando directamente su capacidad de empleabilidad y su dignidad como persona.-

Resulta llamativo que una problemática que existe desde hace años, la cual tiene nombre desde la década de los años 80, no esté contemplada por la ley como una enfermedad laboral. Esto se desprende del art. 6 inc 2 de la ley N° 24.557, el cual determina que “. Se consideran enfermedades profesionales aquellas que se encuentran incluidas en el listado de enfermedades profesionales que elaborará y revisará el Poder Ejecutivo anualmente, conforme al procedimiento del artículo 40 apartado 3 de esta ley. El listado identificará agente de riesgo, cuadros clínicos y actividades, en capacidad de determinar por si la enfermedad profesional” .-

El poder ejecutivo es quien determina cuales son las patologías que son profesionales y cuáles no, estableciendo un listado cerrado en el cual se ignora al Mobbing y sus consecuencias en la salud y la vida del trabajador.-

Esta lista fue elaborada por el poder ejecutivo en 1996 y poco se ha aggiornato a las nuevas patologías que fueron sumándose a lo largo de estos 26 años, quedando en manos del poder de turno la decisión del carácter de “laboral” a las enfermedades que sufren los trabajadores.-

Nótese que esta incumbencia del poder ejecutivo va contra el sistema democrático argentino, el cual establece tres poderes (legislativo, ejecutivo y judicial) otorgándole a cada uno una función y la obligación de no meterse en las incumbencias ajenas, extremo que este artículo NO respeta, resultado CLARAMENTE inconstitucional.-

En ningún caso el poder ejecutivo puede determinar si una patología es o no de carácter laboral, principalmente porque carece de las herramientas necesarias para la toma de esa decisión. El poder que por naturaleza debería determinar el carácter de la patología debe ser el poder judicial, ya que el juez natural al caso concreto es el que está capacitado para resolver el conflicto y no el poder de turno.-

Conclusiones finales.-

El mobbing es una problemática que afecta a muchísimos trabajadores a lo largo y ancho de nuestro país. La única diferencia con el pasado, es que hoy tenemos una palabra para definir el conjunto de acciones u omisiones en perjuicio del trabajador.-

Nuestra legislación ha dejado desprotegidos a aquellos empleados que sufren de acoso y violencia laboral ya que no existe una normativa para reparar el daño que sufren a diario. A lo largo de mis años como letrada laboralista he conocido muchísimos trabajadores que sufrieron mobbing laboral y lo que más me llamó la atención fue el miedo con el que han quedado luego de ser sometidos a estas prácticas dañinas.

Algunos me comentaron que decidieron no volver a trabajar en relación de dependencia ya que no se veían capaces de volver a pasar por lo mismo. Otros en cambio, continuaron trabajando bajo las órdenes de un jefe, pero con menor capacidad productiva y con un miedo latente a que vuelva a suceder lo mismo. Uno de ellos me comentó que cada vez que le suena el teléfono de la oficina o le llega un mail, siente un dolor en el estómago y debe tomarse unos segundos antes de contestar, ya que su anterior jefe lo llamaba para gritarle o le escribía para humillarlo. El daño es innegable y continua en la cabeza de la víctima aún cuando cambia de trabajo y de entorno laboral.

Se afecta la producción y la empleabilidad de los trabajadores y esto no puede quedar impune. La ratificación del convenio de la Organización Internacional del Trabajo es un paso adelante pero nos debemos una ley que contemple una reparación al daño de manera urgente, sancionando una una ley que trate el Mobbing laboral a nivel nacional, con sanciones dinerarias para quien ejecute el maltrato y un tratamiento especial por parte de las Aseguradoras para sanar el daño en la Psique del empleado.-

Propuestas.-

Por todo lo expuesto entiendo necesario que se desarrolle un protocolo para prevenir el desarrollo de las acciones y/o omisiones de violencia o acoso laboral. Frente a la primera manifestación de Mobbing o de la denuncia por parte de la víctima o de un tercero, se debe accionar rápidamente reprimiendo los comportamientos dañinos y resguardando al trabajador, otorgándole prestaciones en especie para reparar el daño sufrido.-

La segunda y última propuesta es que se incluya al Mobbing como enfermedad profesional mediante una ley con parámetros claros y definidos los cuales contemplen sanciones pecuniarias y prestaciones por parte de la Aseguradora de Riesgos del Trabajo y así dar una respuesta firme a todos los que sufren a diario de la violencia o acosos laboral.-

Bibliografía.-

1. BASILE Alejandro Antonio, "El mobbing y sus implicancias medico legales", 2008 www.saij.jus.gov.ar , Id SAIJ: DACC080097
2. BUSTAMANTES CASAS María Cecilia, " El mobbing laboral", Diciembre de 2008, de <http://www.saij.gob.ar> Id SAIJ DACC080115
3. C190 - Convenio sobre la violencia y el acoso, 2019 (núm. 190) https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C190
4. DI PIETRO, Alfredo, "Sobre el principio "alterum non laedere" Viernes 24 de febrero de 2017.- <https://abogados.com.ar/sobre-el-principio-alterum-non-laedere/19508>
5. DE DIEGO, Julián Arturo, " Manual de Riesgos de Trabajo", Ed Abeledo Perrot, ed 7, Argentina, 1996.-
6. HIRIGOYEN, Marie-France, "El acoso moral. El maltrato psicológico en la vida cotidiana", Ed. Paidós Ibérica, Barcelona 1999.-
7. LEY DE CONTRATO DE TRABAJO Ley N° 20.744 <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25552/norma.htm>
8. LEY DE RIESGOS DEL TRABAJO Ley N° 24.557 <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/27971/norma.htm>

9. LEYMANN, Heinz, "El Contenido y Desarrollo del Mobbing en el Trabajo", 1996.-
10. LEY DE VIOLENCIA LABORAL LEY Nº 9671 de la provincia de Entre Ríos.-

El trabajo de plataformas digitales, la presunción del art. 23 lct, y la posibilidad de un estatuto profesional

Por Abog Julian Almeida
Colegio de Abogados de Mar del Plata

Breve síntesis de la ponencia: El presente trabajo tiene por fin analizar una situación que actualmente se encuentra discutida tanto doctrinaria como jurisprudencialmente: el trabajo de plataformas digitales, la relación de dependencia encubierta y su necesidad de regulación legal, mediante la sanción de un estatuto profesional, así como la posibilidad de responsabilidad internacional por parte del Estado.

SUMARIO: I.-) Introducción., II.-) Desarrollo del tema. A) Trabajo de plataformas y encubrimiento de la relación laboral. B) Presunción del artículo 23 LCT C) La posibilidad de un estatuto profesional. D) Responsabilidad internacional del Estado

I.-) Introducción.

El presente trabajo tiene por fin analizar una situación que actualmente se encuentra discutida tanto doctrinaria como jurisprudencialmente: el trabajo de plataformas digitales, la relación de dependencia encubierta y su necesidad de regulación legal.

El trabajo mediante plataforma digitales crece día a día, y cada vez suma nuevos rubros, siendo los más frecuentes: delivery, tanto de comida como muchos otros elementos, transporte de personas, servicios técnicos, entre otras

El trabajo en plataformas digitales no son más que actividades en las que la conexión entre la demanda y la oferta de servicios laborales está mediada por una plataforma en línea, para la cual se puede acceder mediante una aplicación para teléfono celular o bien desde una página web, que proporciona en uno u otro caso la empresa prestadora del servicio.

Ahora bien, el tema que nos ocupa es saber si en este tipo de trabajo existe relación laboral entre las partes (trabajador y empresa), y la posibilidad de la sanción de un estatuto profesional, analizando las ventajas y desventajas.

De igual manera se analizará que ocurriría ante la falta de regulación legal, comparándolo con jurisprudencia actual.

II.-) Desarrollo del tema.

A) Trabajo de plataformas y encubrimiento de la relación laboral.

Cierto es que el mundo laboral se encuentra desde hace años en una revolución digital producto de los inmensos avances tecnológicos, los cuales se afianzaron aún más durante los años de pandemia debido a las restricciones de circulación.

Florisson, R. & Mandl, I. definen al trabajo de plataforma como “una forma de empleo en la cual las organizaciones o individuos usan una plataforma en línea para acceder a otras organizaciones o individuos para resolver problemas específicos o para proporcionar servicios específicos a cambio de un pago” (1)

Partiendo de esta definición el eje problemático es la forma en que las plataformas combinan la oferta y la demanda, utilizando para ello trabajo remunerado y como esto enmascara una relación de trabajo.

Los trabajadores bajo esta modalidad son formalmente considerados como autónomos, a quienes no se les reconoce relación de dependencia, y con ello una flexibilización de los derechos laborales más elementales.

Las plataformas postulan que son meramente proveedoras de una herramienta informática

–una base de datos para conectar clientes con prestadores de servicios individuales– para encubrir cualquier relación de dependencia y sortear el cumplimiento de las protecciones propias de la legislación laboral. (2)

Dentro del trabajo de plataformas digitales existen servicios que se basan en la web y servicios que se basan en la localización.

Los servicios a través de plataformas basadas en la web son aquellos que se pueden realizar sin necesidad de que trabajadores o clientes se desplacen y, por ende, pueden ofrecerse y demandarse desde cualquier parte del mundo. Así, a través de plataformas basadas en la web, organizaciones, empresas e individuos se ponen en contacto con una multitud de trabajadores dispersos geográficamente para contratar una amplia variedad de tareas, que el trabajador por lo general realiza desde su domicilio. Se trata de una modalidad conocida bajo el anglicismo de *crowdwork*.

En el caso de los servicios a través de plataformas basadas en la localización, la tarea se realiza de manera local y frecuentemente mediante aplicaciones (*apps*) que asignan las tareas a individuos en un área geográfica específica. Entre los tipos de tareas más comunes que abarca esta forma de trabajo existe una amplia gama de servicios, en general de baja complejidad, como el transporte, la limpieza y reparación del hogar, así como los servicios de reparto, mensajería y entrega de productos a domicilio

Según una encuesta realizada por ECAF (3) realizada en 11 mil hogares de 11 ciudades de América Latina, el 9,4 % de quienes trabajan declararon haber prestado servicios a través de una plataforma digital en el último mes.

Asimismo el 6,7 % se encontraba registrado en una plataforma para proveer sus servicios, sin haberlo hecho en ese periodo. Ergo, casi el 16 % de los ocupados podrían considerarse como trabajador de plataforma activo o potencial, siendo que casi el 41% de ellos lo considera su actividad principal

Otro dato que arroja este estudio es que en promedio la edad de los encuestados es menor al del trabajador activo fuera del trabajo de plataforma, por lo que nos encontramos con jóvenes con dificultades para conseguir un empleo, y que recurren a estas plataformas, las cuales claramente encubren una relación laboral y por consiguiente, violan la legislación laboral vigente.

Hasta el año 2019, Pedidos Ya contrataba con la modalidad de trabajadores dependientes. Con la llegada de nuevas empresas que compiten directamente con ella (*Rappi*, *Glovo*, *Uber Eats*), quienes contratan desde sus inicios mediante la modalidad de trabajador autónomo, Pedidos Ya optó por un sistema mixto en el cual los trabajadores hasta esa fecha mantienen su calidad de dependientes, pero todos los nuevos “colaboradores” lo serán en calidad de autónomos.

Lo que esto sugiere es que la irrupción de varias plataformas y la competencia por lograr una mayor participación en el mercado forzó decisiones empresariales de cambio de la modalidad de contratación que cada una adopta.

En efecto, la decisión de alguna de ellas de obtener la misma prestación a través de sujetos considerados independientes pudo afectar la política de contratación de las demás, pues estas deben asumir los mayores costos del personal subordinado y registrado formalmente. En este caso, con el objetivo de reducir costos, puede darse cierta tendencia hacia la deslaboralización del personal en las empresas que, hasta la fecha, asumen esta tarea mediante una contratación directa y dependiente.

Estamos frente a un escenario de competencia de grandes empresas que buscan ser más rentables y disminuir costos usando como material de ajuste las condiciones laborales de los trabajadores.

B) Presunción del artículo 23 LCT

Disto del objetivo del presente trabajo ahondar en teorías doctrinarias y jurisprudenciales sobre el famoso art. 23 LCT, empero es necesario establecer sucintamente de que se trata pues guarda estrecha relación con el objeto de estudio.

Este artículo dispone que: “Art. 23. — Presunción de la existencia del contrato de trabajo. El hecho de la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo, salvo que por las circunstancias, las relaciones o causas que lo motiven se demostrase lo contrario.

Esa presunción operará igualmente aun cuando se utilicen figuras no laborales, para caracterizar al contrato, y en tanto que por las circunstancias no sea dado calificar de empresario a quien presta el servicio.”

De esta presunción que otorga la ley se pueden hacer varios comentarios, pero hay dos reflexiones a tener en cuenta.

En primer lugar, la presunción de existencia de contrato de trabajo, es decir, de una relación de trabajo entre las partes con la sola prestación de servicios. Esta presunción es *iuris tantum*, es decir, que invocada por una de las partes, la otra tiene la carga de demostrar lo contrario (tesis amplia de la activación de la presunción)

Y así lo establece la misma ley al disponer que dicha presunción es aplicable salvo que “por las circunstancias, las relaciones o causas que lo motiven se demostrase lo contrario”

En este sentido puede verse el fallo Dursi, Ariel A. c. La Franco Argentina Cía. de seguros; (CNAT, SalalIII; 1996/06/28; DT, 1997-A-60, DJ, 1997-1-884) que dispone lo siguiente:

“La relación de dependencia, sinónimo o cuasi sinónimo de la relación de trabajo, es casi siempre tan inasible como ésta y de difícil aprehensión cuando el empresario ha escogido la vía de simular figuras jurídicas no laborales. Por ello, el legislador ha introducido la presunción del art. 23 de la ley de contrato de trabajo que permite que, cuando se prueba la prestación de servicios por cuenta ajena, pueda presumirse la existencia de un contrato de trabajo”

En segundo lugar, el párrafo segundo del artículo citado expresamente menciona que esta presunción operará aun cuando se utilicen figuras no laborales.

Esto reviste gran importancia ya que las empresas de plataforma no pueden excusarse en figuras tales como trabajo autónomo, Freelancer, consultor, profesionales, colaboradores, entre otras, para negar la evidente relación laboral que las une con el trabajador.

“El orden público laboral veda a las partes la posibilidad de apartarse de la figura del contrato de trabajo a su solo arbitrio. El contrato de trabajo es indisponible para las partes. Si la realidad de los hechos (principio de primacía de la realidad) marca sin lugar a dudas una relación de trabajo, profesionales o no, dichos servicios deben comprenderse en un contrato de trabajo dependiente” (4)

Incluso cuando se quiera tildar al trabajo de plataforma como figura no laboral, la presunción sigue siendo aplicable siempre que la demandada no demuestre cabalmente que el trabajador reviste la calidad de empresario -lo cual considero de difícil aplicación si se utiliza la definición de empresario prevista en el art 5 LCT-.

Tampoco debe entenderse que esta presunción cae – como se ha dicho en puntuales y minoritarios precedentes jurisprudenciales – por el transcurso del tiempo. Estos fallos han calificado como “grave presunción” para excluir la calidad dependiente de quien la reclama el transcurso del tiempo sin que haya habido reclamo alguno

Esta interpretación viola lo dispuesto por el art. 259 LCT y lo establecido por la Corte Suprema en “Padín Capella, Jorge c/ Litho Formas S.A.”

A los fines de no hacer un extenso análisis de los fallos que reconocen la relación laboral en este tipo de trabajo, procederé a citar algunos: CSJN, DT 1976, pág. 591, CN trab., sala II sentencia N° 50.386, 11/8/82, “Iñiguez de Federico, Rosa c/ Editorial Olta SA y otra”, CNAT, sala V, 3-12-92, “Sabares, Carlos c/Tamay, Sara, CNAT, sala V, 8-6-2011, “Oddi, Ademar Aníbal c/Ubarno Express Argentina SA s/Despido”, CNAT Sala II Expte N° 20.736/06 Sent. Def. N° 95.947 del 25/7/2008 “Giordano, Esteban Gabriel c/ Ger, Viviana Alba s/ despido”, CNAT Sala IX Expte. N° 27.883/08 Sent. Def. N° 18.739 del 30/07/2013 “Cisneros, Porfidio Ramón c/Correo Oficial Argentino de la República Argentina y otro s/despido”, CNAT Sala II Expte N° 35.369/07 Sent. Def. N° 97.077 del 7/9/2009 “Cáceres, Juan Carlos c/Vincent, Federico Edgardo s/despido”, CNAT, sala I, 30- 11-90, “Argento, Ricardo c/Asociación Mutual Sancor, entre muchísimos otros.

C) La posibilidad de un estatuto profesional.

Habiendo explicado muy brevemente que es el trabajo en plataforma, la situación actual en el país y porque gran parte de doctrina y jurisprudencia considera que existe relación de trabajo, toca analizar cuál debería ser a mi criterio la solución estos problemas: la sanción de un estatuto profesional que considere especialmente las características y necesidades de este tipo de trabajo.

Los estatutos profesionales son disposiciones especiales que sólo comprenden a cierta clase de relaciones laborales que, por sus características, se encuentran reguladas por leyes especiales heterónomas

Son normas especiales, que a su vez coexisten con una norma general (LCT) y con otras normas especiales –con distinta naturaleza jurídica- como lo son los convenios colectivos de trabajo

El estatuto especial es sancionado por una ley nacional y para ser modificado lógicamente debe serlo por la misma vía en la que fue sancionada, mientras que el convenio colectivo de trabajo es el resultado de la negociación desarrollada por los representantes de los empleadores, un empleador o un grupo de empleadores y una asociación sindical de trabajadores con personería gremial, a través de acuerdos entre ellos pactados de manera libre, por el que se establecen derechos y obligaciones que van a regir sus relaciones laborales tanto individuales como colectivas, en virtud de la autonomía colectiva.

Existen en nuestra legislación diversos estatutos profesionales que se ajustan a la necesidad y realidad de cada actividad en concreto, entre ellos cabe mencionar el de trabajadores de la construcción, de encargados de edificios afectados a propiedad horizontal, de jugador de futbol profesional, del periodista profesional, viajantes de comercio, de servicio doméstico, entre otros.

Se presentó en nuestro país en el año 2020 un proyecto de ley para sancionar un estatuto para el trabajo de plataformas digitales, denominado “Régimen Especial De Contrato De Trabajo Para La Persona Humana Trabajadora De Plataformas Digitales”, numero de proyecto 0821-D-2020.

El mismo consta de 70 artículos y un apartado de fundamentos. Es importante destacar que a febrero 2022, este proyecto está cerca de perder estado parlamentario debido a su falta de tratamiento por la Cámara de Diputados (Cámara de Origen)

En otros países se trató de hacer frente a esta problemática de diversas maneras: el derecho italiano, a partir de la ley 533/1973 que introduce la idea de “parasubordinación” y el derecho alemán, con la figura del “cuasi-empleado”, definido por la sección 12 de la ley de 1974 sobre convenios colectivos, y del Estatuto de los Trabajadores de España que posibilita que se avance en dirección a una figura análoga a la del “parasubordinado” (5)

Cierto es que muchas pueden ser las soluciones jurídicas para estas problemáticas, pero no lo es menos que todas adolecen de alguna falla o crítica.

Como se mencionara anteriormente, existen otras alternativas a la sanción del estatuto profesional, como puede ser la creación de una categoría intermedia entre la de empleado y la de contratante independiente, lo cual en Inglaterra tuvo recepción jurisprudencial positiva («Y. Aslam y J. Farrar v. Uber BV, Uber London LTD y Uber Briannia Ltd- case n. 2202551/2015 & Others»).

En mi opinión, agregar una categoría diferenciada intermedia no hace más que segmentar el mercado de trabajo y agregar complejidad a una realidad económica que no la necesita.

Si bien en la mayoría de los países las categorías son dos (empleados y autónomos), hay países como UK, España e Italia, que han regulado con anterioridad a la gig economy una tercera categoría con protección social básica con más flexibilidad, pero que no fue pensada para los trabajadores de plataforma, sino para autónomos económicamente dependientes.

En Estados Unidos se rechaza la creación de una categoría intermedia ya que alteraría la estructura del derecho del trabajo de ese país. Esta categoría fue propuesta por Harris y Krueger en “A Proposal for Modernizing Labor Laws for Twenty-First-Century Work: The “Independent Worker”, calificando de “independent workers,” a quienes se encuentran en el “área gris entre empleados y contratistas independientes”

Intentar regular una actividad tan heterogénea como son los trabajos de plataforma digitales mediante un único estatuto profesional no es tarea sencilla ya que se debe abarcar dentro de un mismo marco normativo diferentes actividades que si bien tienen como denominador común el uso de una plataforma digital, también tienen muchas –y fundamentales- diferencias en cuanto a una actividad y otra.

Por ejemplo, dentro del estatuto de encargados de edificios afectados a propiedad horizontal (589/10), si bien se establecen ciertas particularidades según se trate de edificios con más o menos servicios centrales (art 6°), y según la cantidad de unidades del edificio (art 7°), lo cierto es que se trata de actividades homogéneas y similares en todos los casos.

En cambio, en el caso del trabajo por plataforma, donde no es lo mismo trabajar para Rappi, que para Uber, que para Amazon Mechanical Turk u otras plataformas que ofrezcan otros servicios disímiles, lo importante es encontrar una base en común entre las plataformas, legislar una “parte general” y después una “parte especial” dedicada a cada tipo de actividad en concreto, incluso siendo la primera de aplicación en caso de que surjan actividades no comprendidas en las reguladas.

Eso conlleva a otra problemática: la vertiginosa velocidad en la que estas plataformas cambian y en la que surgen nuevas, lo cual llevaría muy probablemente a una revisión o reforma periódica del estatuto.

Una de las bases sobre las que se erigen los proyectos de estatutos es la creación de categorías según la cantidad de horas en que el trabajador se encuentra conectado a la plataforma por semana, lo cual pareciera ser lógico, siempre que se instaure un sistema de trabajo fijo, ya que en la realidad donde el trabajador puede “acomodar” sus horarios, ese número de horas es variable. Por lo que tendría que optarse al momento de contratar por alguna de las tres categorías y usar ese mínimo y máximo de horas semanales, lo cual repercutiría en la libertad de organización que el trabajador goza hasta ahora.

En caso de no optarse por un sistema fijo de horarios, debe crearse un sistema claro y sencillo mediante el cual el trabajador pueda contabilizar tanto su antigüedad, como tiempo de vacaciones que le corresponden, SAC proporcional y otras variables que la LCT contempla.

A su vez, ¿podría admitir este tipo de trabajo modalidades contractuales como trabajo de temporada o eventual? En mi opinión si, pero debería adaptarse a las características propias tipo contractual.

El estatuto debería apartarse lo menos posible de la LCT, y solo en caso en que justificadamente y debido a las características propias del trabajo por plataformas digitales sea necesaria una regulación especial. De esta manera, se diferenciaría menos trabajador “clásico” y el trabajador de plataforma, respetando en mayor medida los principios y derechos de la LCT.

Se debe evitar a toda costa caer en un régimen flexibilizador que busque reducir derechos laborales previstos en el régimen general de la LCT para este colectivo laboral, encubriéndolo bajo la figura de estatuto profesional. Debe evitarse un sobrecontrol por parte de la empresa hacia los trabajadores, buscar un sistema de remuneración justo y acorde a las tareas realizadas, contando siempre con un sueldo mínimo fijado por el estatuto.

De igual manera me parece erróneo el intento de establecer un sistema de logueo máximo que determina la empresa pues de esta manera constituye un ajuste del salario y variabilidad del mismo en función de las necesidades de la empresa, produciéndose un traslado del riesgo empresario hacia trabajadores y trabajadoras.

D) Responsabilidad internacional del Estado

Sin hacer un análisis sobre los presupuestos facticos, teorías doctrinarias ni antecedentes jurisprudenciales en el tema responsabilidad internacional de un Estado, me interesa plantear la posibilidad de que, ante la falta de regulación legal de esta problemática, se pueda dar un caso de responsabilidad del Estado argentino ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Argentina es Estado Parte del Pacto Internacional de Derechos económicos sociales y culturales y del Protocolo adicional de San Salvador, en materia de aquellos derechos, por lo que, cuando se halla en juego el derecho al trabajo debe aplicarse el principio pro homine y tener en cuenta la obligación de progresividad.

Por su parte el art 45 de la Carta de la OEA establece que “Los Estados miembros, convencidos de que el hombre solo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo, acompañado de desarrollo económico y verdadera paz, convienen en dedicar sus máximos esfuerzos a la aplicación de los siguientes principios y mecanismos: (.)

b. El trabajo es un derecho y un deber social, otorga dignidad a quien lo realiza y debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar”

El Art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales establece el compromiso de los Estados parte de adoptar medidas apropiadas, en particular legislativas, para lograr la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto.

En este sentido, por citar un ejemplo meramente casuístico, ¿Qué pasaría si los numerosos casos de accidentes que terminan en fallecimientos de trabajadores de plataforma para empresas de repartos llegaran a la CIDH, y el Estado sigue sin brindar la solución legislativa que los instrumentos internacionales le encargan?

En su sentencia del 31 de agosto de 2021, en Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) vs. Honduras, la CIDH homologa el acuerdo, y “condena” a Honduras por el reconocimiento de responsabilidad internacional efectuado por el Estado hondureño al violar los derechos a la vida digna, a la integralidad personal, a las garantías judiciales, a la igual protección de la ley, protección de la salud, al trabajo y sus condiciones justas, equitativas y satisfactorias, a la seguridad social y a la igualdad y no discriminación

En dicho acuerdo, Honduras se compromete a brindar una serie de derechos a las víctimas, sus familiares y a los futuros trabajadores, entregará viviendas a las víctimas y sus familiares, pagará en concepto de daño material e inmaterial, gastos y costas del proceso, entre muchos otros compromisos

En caso en que Argentina siga reacia a buscar una solución a esta problemática, es probable que llegue algún caso a la CIDH y termine con idéntica solución

III) Conclusiones

El trabajo de plataformas digitales es una realidad desde hace años. Hoy constituye una gran parte del circuito laboral de nuestra sociedad.

Y como todo cambio social que se produce, trae consigo ciertos problemas, los cuales en este caso son: incertidumbre jurídica, precarización laboral, trabajo no registrado, riesgo de la vida humana, deshumanización del trabajador, entre otros.

Ello ha llevado a que a nivel mundial se discutan estos temas y se intenten encontrar soluciones que no afecten la oferta laboral pero que tampoco vulnere los derechos adquiridos por los trabajadores.

Lejos nos encontramos de encontrar una solución unívoca a esta cuestión. En mi opinión la creación de una figura híbrida entre trabajador en dependencia y autónomo no es la solución sino que contribuiría a una mayor flexibilización laboral y una mayor diferenciación entre los trabajadores clásicos y aquellos que trabajan mediante plataformas digitales.

La solución más adecuada a mi parecer, al igual que con otras actividades específicas a lo largo de los años, es la sanción de un estatuto profesional que capte y regule las especificidades propias de este tipo de trabajo, siempre en tándem con la LCT, piso mínimo para los derechos de los trabajadores.

Este estatuto debería reunir la visión de los trabajadores, de las incipientes uniones sindicales que se están formando, y de las empresas, para lograr una solución plural.

Debería contener una parte general que regule a todas las actividades encuadradas bajo la denominación de trabajo de plataformas digitales, y una parte especial que regule más en específico cada una porque no son los mismos los riesgos y requisitos para transportar comida que para el transporte de personas.

Lo que queda claro, y así lo viene diciendo doctrina y jurisprudencia, es que por aplicación del art 23 LCT, los trabajadores de plataformas digitales son claramente trabajadores en relación de dependencia, por lo que merecen el mismo reconocimiento y protección legal que cualquier otro trabajador de ese tipo.

El trabajo en plataformas digitales es una realidad, y como tal, no puede ser ajena a un marco regulatorio, porque de esa manera el único perjudicado es el trabajador, quien mediante su trabajo precarizado sostiene un sistema que –si bien es útil y favorece a mucha gente- lo excluye cada vez más.

IV) Propuesta

La solución que propongo es la sanción de un estatuto profesional que capte y regule las especificidades propias de este tipo de trabajo, siempre en tándem con la LCT, piso mínimo para los derechos de los trabajadores.

Este estatuto debería reunir la visión de los trabajadores, de las incipientes uniones sindicales que se están formando, y de las empresas, para lograr una solución plural y aplicable

Debería contener una parte general que regule a todas las actividades encuadradas bajo la denominación de trabajo de plataformas digitales, y una parte especial que regule en específico cada una porque no son los mismos los riesgos, responsabilidades y contingencias en cada actividad

V) Bibliografía

- (1) Florisson, R. & Mandl, I. (2018). Digital age. Platform work: Types and implications for work and employment– Literature review. Luxembourg: Eurofound.
- (2) Del Bono, A. (2019). Trabajadores de plataformas digitales: condiciones laborales en plataformas de reparto a domicilio en Argentina. *Cuestiones de Sociología* (21), e083. En Memoria Académica.
- (3) CAF. (2020, September 29). ECAF 2019. Percepciones de los Latinoamericanos sobre los Sistemas de Pensiones, Salud y Cuidados y el Avance Tecnológico en el Mercado Laboral. Retrieved from <http://scioteca.caf.com/handle/123456789/1646>
- (4) Grosso, C. (2018). El Artículo 23 LCT: Las nuevas modalidades de contratación en el CCCN y la relación de trabajo en la jurisprudencia. *Sociales Investiga*, 6(6), 59-75
- (5) A. Goldin, “Los trabajadores de plataforma y su regulación en la Argentina”, Documentos de Proyectos (LC/TS.2020/44), Santiago, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2020.
- (6) Elva López Mourelo El trabajo en las plataformas digitales de reparto en Argentina: Análisis y recomendaciones de política Buenos Aires; Oficina de país de la OIT para Argentina, 2020

La negociación colectiva desde la perspectiva de los órganos de control de la OIT y el fallo ADEMUS de la CSJN

Por Abog Nicolás Ezequiel Cardoso¹²⁵

I.- NEGOCIACIÓN COLECTIVA COMO DERECHO EXCLUSIVO

La Corte Suprema de Justicia en el caso “ADEMUS y otro c/ Municipalidad de la Ciudad de Salta – y otro s/ amparo sindical” falló a favor de la constitucionalidad del Art. 31 inc. C) de la Ley 23.551 y confirmó la validez constitucional de la norma que le reconoce el derecho exclusivo de la negociación colectiva a los sindicatos con personería gremial siguiendo la doctrina emanada de los órganos de control de la OIT. Es así que afirma que “el simple hecho de que la legislación de un país establezca una distinción entre las organizaciones sindicales más representativas y las demás organizaciones sindicales no debería ser en sí criticable, es necesario, que la distinción no tenga como consecuencia conceder a las organizaciones más representativas (...) privilegios que excedan de una prioridad en materia de representación en las negociaciones colectivas, consultas con los gobiernos, o incluso en materia de designación de los delegados ante organismos internacionales”¹²⁶.

Las normas dictadas por la OIT, como la interpretación que dan de ellas el Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos en Aplicación Convenios y Recomendaciones, han manifestado, en números oportunidades, que el reconocimiento de las “organizaciones más representativas” por parte de los Estado no son violatoria de la libertad sindical reconocida por la normativa internacional. A tal punto es esto así que en la Constitución de Organización Internacional del Trabajo menciona que los delegados a la organización son aquellos de las organizaciones más representativas de empleadores y trabajadores.

Sin bien este reconocimiento no es violatorio de la libertad sindical, este no debe “tener como consecuencia el privar a las organizaciones sindicales, que no hayan sido reconocidas como la más representativa, de los medios esenciales para defender los intereses profesionales de sus miembros ni del derecho de organizar su gestión y su actividad y de formular su programa de acción, previsto por el Convenio núm. 87”¹²⁷. La CSJN se expresa en el mismo sentido en el considerando 8) de su fallo, donde indica que los precedentes “ATE”, “ROSSI”, “ATE 2”, “NUEVA ORGANIZACIÓN DE TRABAJADORES ESTATALES” dieron lugar a reclamos de sindicatos con simple inscripción contra normas que violaban el principio de libertad sindical.

Sin perjuicio de lo indicado anteriormente, el Comité de Libertad Sindical a dicho expresamente que “que la única distinción entre sindicatos representativos y el resto de los sindicatos es que los primeros pueden firmar convenios colectivos, formar parte de comités paritarios y participar en eventos internacionales, el comité considera que los privilegios concedidos a los sindicatos representativos no son excesivos”¹²⁸. De lo expuesto, se entiende que el sistema sindical argentino, por lo menos, en su Art. 31 inc. C) de la Ley 23.551 no es violatorio del Convenio 98 OIT. De la misma manera lo ha entendido la Corte, así en su

¹²⁵ Abogado, Facultad de Derecho (UBA). Maestrando en Derecho del Trabajo (UBA). Auxiliar docente de segunda en Derecho Colectivo del Trabajo FD-UBA.

¹²⁶ Considerando 9) del voto de la mayoría en el fallo “ADEMUS y otro c/ Municipalidad de la Ciudad de Salta – y otro s/ amparo sindical” de CSJN.

¹²⁷ La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical / Oficina Internacional del Trabajo – Ginebra: OIT, 6ª edición, 2018, párrafo 346.

¹²⁸ Idem, párrafo 526.

considerando 10) del fallo, dice que el derecho exclusivo de negociar convenios colectivos por parte de los sindicatos más representativos no es violatorio de las normas constitucionales y normas internacionales.

En el mismo sentido se ha expresado la Comisión de Experto en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEARC). La Comisión entiende que el reconocimiento del derecho exclusivo para negociar colectivamente conferido a un sindicato calificado como más representativo no contradice disposiciones de los convenios 87 y 98 OIT siempre en cuanto: “que la legislación o la práctica imponga al agente negociador exclusivo la obligación de representar de manera equitativa e imparcial a todos los trabajadores de la unidad negociadora, sean o no miembros del sindicato”¹²⁹.

La decisión adoptada por la Corte sobre este punto es acertada en cuando los Convenios 87 y 98 OIT no obligan a los Estados a elegir un modelo sindical alguno, pudiendo optar por el modelo de unidad sindical o el de pluralismo sindical, sin que ello viole cláusulas convencionales¹³⁰. La elección del Estado argentino del modelo de unicidad promocionada no contraría los convenios citados en cuanto de solo tenga preferencias en las negociaciones colectivas, consultas con los gobiernos, o incluso en materia de designación de los delegados ante organismos internacionales. La Corte gira su análisis en torno a la facultad de los sindicatos con personería de negociar colectivamente y si puede reconocerse ese derecho de forma exclusiva sin que tal disposición viole derechos convencionales, siguiendo lo dicho por el CEACR y CLS, el reconocimiento de tal de derecho exclusivo no compromete las obligaciones internacionales contraídas por el Estado. Aunque cabe resaltar que dicha facultad no estaba cuestionada por la parte actora, y no hacia al eje principal del planteo.

II.- DERECHO DE LOS SINDICATOS MINORITARIOS

El hecho de que ADEMUS se le haya negado la participación en la negociación colectiva del CCT 1413/14 no acarrea una inconstitucionalidad del CCT ni de la resolución ministerial que homologó dicho convenio a luz del derecho internacional del trabajo. El interrogante que queda abierto es si se le puede negar el derecho a los sindicatos con simple inscripción sin que ello implique un accionar contrario a la libertad sindical. El CLS ha dicho que “Las organizaciones sindicales minoritarias, a las cuales se niegan los derechos de negociación colectiva, deben poder desempeñarse y tener por lo menos el derecho de hacerse portavoces de sus miembros y de representarlos en caso de reclamación individual”¹³¹.

La CLS indica que debe reconocerse distintos derechos a los sindicatos minoritarios cuando se reconoce la existencia de un sindicato más representativo: “Cuando la legislación de un país establece una distinción entre el sindicato más representativo y los demás sindicatos, este sistema no debería impedir el funcionamiento de los sindicatos minoritarios y menos aún privarlos del derecho de presentar demandas en nombre de sus miembros y de representarlos en caso de conflictos individuales.”¹³²

En la interpretación de que los órganos de control de la OIT sobre los convenios 87 y 98 OIT es reconocido el mismo derecho a los sindicatos con simple inscripción que se le reconoce el Art. 23 inc. A) de la Ley 23.551, es decir, los sindicatos minoritarios sólo pueden intervenir en los

¹²⁹ Conferencia Internacional del Trabajo 81, reunión 1994, informe OIT, Párrafo 99.

¹³⁰ Conferencia Internacional del Trabajo 81, reunión 1994, informe OIT, Párrafo 91.

¹³¹ La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical / Oficina Internacional del Trabajo – Ginebra: OIT, 6ª edición, 2018, párrafo 359.

¹³² Idem, párrafo 974.

conflictos individuales cuando se le reconoce a otro sindicato el derecho de negociar colectivamente de forma exclusiva¹³³. Pero, por otro lado, el CLS también le reconoce el derecho a ser los portavoces de sus afiliados cuando éste queda excluido de la negociación colectiva, dado a esto una extensión de intereses pluriindividuales. La cuestión planteada en la demanda legítima ya que como ADEMUS alegó, en el Art. 131 del CCT 1413/14, Sindicato de Trabajadores Municipales de Salta (STMS) y la Municipalidad de Salta acordaron la retención de “aportes solidarios” para los trabajadores comprendidos en CCT. Dicha cláusula afecta directamente a los afiliados de ADEMUS porque los obliga a financiar a un sindicato del cual no son parte, cuando por otro lado ya están afiliados a uno. En ese sentido parece que el sindicato minoritario debe poder ser el portavoz de los intereses plurindividuales sus afiliados en la negociación colectiva, es decir, que pueda participar como tercero interesado, manifestando y presentado los intereses de sus afiliados. Sin bien el CLS no lo ha dicho expresamente, si es una posible interpretación de lo que ha dicho: “Acordar derechos exclusivos a la organización más representativa no debería significar la prohibición de la existencia de otros sindicatos a los que ciertos trabajadores interesados desearían afiliarse; además, las organizaciones minoritarias deberían estar autorizadas a ejercer sus actividades y a tener al menos derecho a ser los portavoces de sus miembros y a representarlos”¹³⁴.

El CEARC no hace mención alguna a que los sindicatos minoritarios debe ser los portavoces de sus afiliados en los procesos de negociación colectiva. La única salvedad que realiza es que el reconocimiento de derechos preferenciales no puede exceder el del reconocimiento de la negociación colectiva de representación en las negociaciones colectivas, consultas con los gobiernos, o incluso en materia de designación de los delegados ante organismos internacionales¹³⁵.

Por otro lado, siguiendo al CLS, la posibilidad de conferirle el derecho a participar en el proceso de negociación colectiva en calidad portavoces de sus afiliados a los sindicatos minoritarios, no menoscabaría en ningún sentido el derecho exclusivo reconocido en el Art. 31 inc. C) de la Ley 23.551 a los sindicatos con personería gremial, es decir, el de ser parte de del proceso de negociación colectiva y de suscribir convenciones colectivas de trabajo. Por el contrario enriquecería el proceso, ya que los sindicatos podrían participar como terceros interesados, aportando información, acercando inquietudes y preocupaciones de los afiliados que representan.

IV.- CRÍTICA DE LOS SINDICATOS SIN PERSONERÍA GREMIAL

Con ha dicho la CSJN el derecho exclusivo de negociar convenios colectivos por parte de los sindicatos con personería gremial “no resulta constitucionalmente objetable”¹³⁶. Este fallo fue bien recibido por los sindicatos que forman parte del modelo sindical argentino. Sin embargo, aquellos sindicatos que son críticos del modelo emitieron sus reservas al pronunciamiento judicial¹³⁷.

Desde el Observatorio de Derecho Social de la CTA autónoma se dijo que: “El problema de fondo en el caso decidido hoy por la Corte no era la facultad exclusiva de negociar

¹³³ Conferencia Internacional del Trabajo 81, reunión 1994, informe OIT, Párrafo 98.

¹³⁴ La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical / Oficina Internacional del Trabajo – Ginebra: OIT, 6ª edición, 2018, párrafo 975.

¹³⁵ Conferencia Internacional del Trabajo 81, reunión 1994, informe OIT, Párrafo 97.

¹³⁶ Considerando 10) del voto de la mayoría en el fallo “ADEMUS y otro c/ Municipalidad de la Ciudad de Salta – y otro s/ amparo sindical” de CSJN.

¹³⁷ <https://www.cronista.com/economiapolitica/Fallo-de-la-Corte-sobre-sindicatos-la-CGT-festeja-y-la-CTA-advierte-que-hay-letra-chica-20200903-0059.html>

un CCT, sino la posibilidad de imponer allí aportes obligatorios a cargo de trabajadores afiliados a otro sindicato. Lamentablemente la Corte no analizó este tema que era central en el planteo.¹³⁸ El planeo judicial desde la perspectiva de los sindicatos con simple inscripción estaba puesto en la validez en un convenio colectivo que pueda imponer “aportes solidarios” que implique financiar a un sindicato al cual no están afiliados, es decir, financiar a un sindicato adversario. En palabras del observatorio: “Para ponerlo en otros términos, los afiliados a un sindicato simplemente inscripto están obligados a realizar un aporte obligatorio al sindicato rival como consecuencia de una negociación colectiva de la que fueron expresamente excluidos.”¹³⁹. La CSJN no hizo un análisis sobre si este tipo de cláusulas implican práctica desleal o si compromete la libertad sindical, quedando esta pregunta abierta.

No hay jurisprudencia de la CSJN que se refieran sobre el pago de cuota solidaria para trabajadores afiliados a sindicatos con simple inscripción¹⁴⁰. Hubiera sido un importante aporte de la Corte dar respuesta a este interrogante abierto de hace mucho tiempo. Desde mi opinión el pago de cuota por solidaridad a trabajadores afiliados a sindicatos con simple inscripción es contraria a los principios de libertad sindical promovida por los convenios 87 y 98 OIT.

El CLS ha expresado que desde el Estado no se debe influenciar indebidamente en la elección de los trabajadores al afiliarse a un sindicato¹⁴¹. De tal manera imponerle una cuota de solidaridad a los trabajadores afiliados a un sindicato con simple inscripción es influenciar indebidamente a dichos trabajadores, ya que estos trabajadores deberían pagar la cuota sindical del sindicato al que están afiliados y pagar la cuota de solidaridad establecida por el CCT. Circunstancia que los pone en una desventaja patrimonial frente a los trabajadores que están afiliados a un sindicato que tiene personería gremial, como en el caso de análisis, “los socios de la UTM no les es aplicable el aporte solidario por cuanto dicho porcentaje se encuentra incluido en la cuota sindical” (Art. 131 CCT 1413/14, párrafo segundo). De esta manera, del hecho que los afiliados a los sindicatos con simple inscripción deban pagar la cuota sindical y la cuota de solidaridad, mientras que los afiliados sólo deban pagar la cuota sindical, se podría concluir que ésta influencia indebidamente al momento de afiliarse a un sindicato porque deberían abonar más por estar en un sindicato con simple inscripción que uno con personería gremial. La cuestión aquí planteada no tiene ánimo de dar una solución final, sino de abrir un interrogante y marcar un asunto no resuelto por la Corte.

El CEARC opina que es compatible con el convenio 98 OIT que una “ley (que) impone a todos los trabajadores, ya sean miembros o no de un sindicato, una deducción en nómina de las cotizaciones sindicales a favor del sindicato mayoritario, pero sin mencionar un sindicato preciso, tal deducción es compatible con el Convenio”¹⁴². El caso descrito no es del todo encuadrable en la opinión del órgano de control de la OIT, en cuanto los trabajadores afiliados a un sindicato minoritario se les cobra la cuota sindical más la cuota de solidaridad. Por cual se debe estar a la opinión del CLS, que es compartida por el CEACR y lo expresa de la siguiente manera: “No obstante, la libertad de elección de los trabajadores puede quedar en entredicho, si la distinción entre sindicatos más representativos y los minoritarios equivale, en la legislación o en la práctica, a la prohibición de que existan otros sindicatos a los que los trabajadores desearían afiliarse, o

¹³⁸ <http://www.agenciacta.org/spip.php?article31780>

¹³⁹ <http://www.agenciacta.org/spip.php?article31780>

¹⁴⁰ Emilio Astiz Campos, Contribuciones de solidaridad: ¿Son contrarias a la libertad sindical? (2019)

¹⁴¹ La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical / Oficina Internacional del Trabajo – Ginebra: OIT, 6ª edición, 2018, párrafos 445, 516, 517, 519, 522, 543, 560.

¹⁴² Conferencia Internacional del Trabajo 81, reunión 1994, informe OIT, Párrafo 103.

tiene como resultado el otorgamiento de privilegios que son susceptibles de influir indebidamente a los trabajadores en la elección de las organizaciones”¹⁴³.

V.- VOTO DEL DR. HORACIO ROSATTI

Mención aparte merece el voto en disidencia del Dr. Horario Rosatti. En primer lugar, en su voto marca un conflicto entre sistema sindical adoptado de en la Constitución Nacional, que es “un modelo libre, democrático y desburocratizado” y el que se consagró en la norma infraconstitucional, que es el de “unidad promocionada”. En ese orden de ideas el magistrado nos indica que “un modelo sindical desburocratizado es aquel que reconoce los derechos gremiales constitucionales a las organizaciones de trabajadores – en tanto llamadas a coadyuvar en la promoción del bienestar general (Fallos: 331:2499)- “por la simple inscripción en un registro especial” (Art. 14, primer párrafo), requisito que se cumple con la registración prevista en la ley 23.551”¹⁴⁴. En la perspectiva de su fallo, los derechos sindicales se adquieren de la inscripción en la asociación gremial en un registro especial, en consonancia con el texto constitucional en su Art. 14 Bis. Aunque dicha opinión luego puede ser matizada en cuando votó a favor de la constitucionalidad del Art. 31 inc. C) de la Ley 23.551, en cuanto entiende que, de acuerdo con la doctrina de los órganos de control de la OIT, el Estado puede reconocer el derecho exclusivo a negociar colectivamente al sindicato más representativo¹⁴⁵.

Por otro lado, en la parte más relevante de su voto, el Dr. Rosatti dice que los sindicatos con simple inscripción no pueden ser excluidos de la participación de la negociación colectiva: “En el ámbito de la negociación para celebrar convenios colectivos, “mayor representatividad” de un sindicato debe expresarse en la composición cuantitativa de la mesa paritaria, sin que ello autorice a excluir a los sindicatos menos representativos. De lo contrario se estaría desvirtuando – ministerio legis – el perfil democrático que la constitución explicita en el Art. 14 bis no solo en referencia a la organización interna de los gremios sino también a la relación intergremial.”¹⁴⁶ Tal opinión nos parece acertada, ya que condice con la doctrina emanada de CLS de la OIT en cuando dice que si los sindicatos minoritarios es encuentran excluidos de la negociación colectiva por el sindicato más representativo tiene derecho a ser portavoces de sus afiliados¹⁴⁷.

Esta opinión abre la puerta para que el futuro se pueda legislar de nuevas formas de participación en los proceso de negociación colectiva en los cuales sin que los sindicatos con personería gremial vean comprometido su derecho exclusivo a celebrar “convenciones colectivas”, los sindicatos con simple inscripción puedan participar como tercero interesado en representación de sus afiliados y siendo el “portavoces de ellos”, aportado información, acercado inquietudes y propuestas, sin que ello implique un menoscabo a la facultad de suscribir convenios colectivos por parte de los sindicatos con personería gremial conferida por la Ley 23.551.

VI.- CONCLUSIONES

¹⁴³ Conferencia Internacional del Trabajo 81, reunión 1994, informe OIT, Párrafo 98.

¹⁴⁴ Considerando 7) del voto en disidencia del Dr. Horacio Rosatti en el fallo ““ADEMUS y otro c/ Municipalidad de la Ciudad de Salta – y otro s/ amparo sindical” de CSJN.

¹⁴⁵ Considerando 9), Ídem.

¹⁴⁶ Considerando 7), del voto en disidencia del Dr. Horacio Rosatti en el fallo ““ADEMUS y otro c/ Municipalidad de la Ciudad de Salta – y otro s/ amparo sindical” de CSJN.

¹⁴⁷ La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical / Oficina Internacional del Trabajo – Ginebra: OIT, 6ª edición, 2018, párrafos 975.

El fallo "ADEMUS de la CJSN deja más preguntas que respuestas. Lo cierto es que la facultad para negociar colectivamente por parte de los sindicatos con personería gremial no es violatoria de los principios de libertad sindical consagrados en los convenios 87 y 98 de OIT de acuerdo a la doctrina emanada por los órganos de control de la OIT. Asimismo, el accionante tampoco cuestionó dicha facultad conferida por la Ley 23.551 a los sindicatos con personería gremial. Por lo cual la decisión de la CSJN deviene en abstracto porque resolvió sobre algo que no tenía cuestionamiento ni por parte de la parte actora ni de la doctrina internacional.

Más interesante hubiera sido que la Corte se hubiese expedido por la constitucionalidad de los "aportes solidarios" fijado por un convenio colectivo y que alcanza a trabajadores afiliados a un sindicato con simple inscripción, y él cual no participó de la negociación colectiva que dió origen a dicho convenio. En una opinión, que no tiene por finalidad de una respuesta, sino plantear el interrogante, del hecho que los trabajadores que estén afiliados a un sindicato con simple inscripción deban pagar la cuota sindical de dicho sindicato y también la cuota de solidaridad, mientras que los trabajadores afiliados a un sindicato con personería gremial sólo deban abonar la cuota sindical menoscaba el principio de libertad sindical consagrado en los convenios 87 y 98 OIT, en tal circunstancia influye indebidamente en la elección de los trabajadores al afiliarse a un sindicato debido a cuestiones patrimoniales. Por otro lado, obliga a los trabajadores afiliados a un sindicato con simple inscripción a financiar a un sindicato rival el cual ya se encuentra una posición de superioridad por poseer personería gremial y por lo tanto derechos exclusivos, lo cual manifiestamente coaliciona con la organización libre y democrática en los términos de Art. 14 Bis CN.

Por último, el voto del Dr. Horacio Rosatti es de un especial valor, en cuanto se adecua a la doctrina de CLS de la OIT de reconocer a los sindicatos minoritarios el derecho a ser portavoces de los intereses de sus afiliados. Los sindicatos minoritarios deben ser los portavoces de sus afiliados, con lo cuales no pueden ser excluidos del proceso de negociación colectiva, por más que el derecho de suscribir convenciones colectivas sea un derecho exclusivo de los sindicatos con personería gremial. La participación de ellos en el proceso no compromete dicho derecho, pero en cambio la exclusión del proceso es violatoria del modelo adoptado por nuestra CN de sindicato libre y democrático, y del derecho a ser portavoces de sus afiliados en términos de CLS.

Soluciones legislativas para el artículo 210 de la ley de contrato de trabajo

Por Abog. Gonzalo Fernando Díaz.

Colegio de Abogados de San Nicolás

Resumen: El presente trabajo trata sobre el vacío o laguna que hay en la actual redacción del Artículo 210 de la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744 (de acá en adelante LCT) y las posibles soluciones legislativas a la problemática de certificados o diagnósticos contrapuestos en las enfermedades inculpables.

La ponencia está dividida en seis (6) puntos:

- 1.- Enfermedades y accidentes inculpables.
- 2.- Principio protectorio del Derecho Laboral.
- 3.- Control de las enfermedades o accidentes inculpables por parte del empleador.
- 4.- Alternativas que tenemos en el caso de tener dos certificados o diagnósticos médicos contrapuestos.

- 5.- Jurisprudencia

- 6.- Solución legislativa.

El objetivo de la ponencia es indagar y buscar soluciones al problema del control médico y certificados médicos contrapuestos donde nuestro ordenamiento no tiene una única solución.

1. Enfermedades y accidentes inculpables

El Artículo 208 de la LCT establece que “Cada accidente o enfermedad inculpable que impida la prestación del servicio no afectará el derecho del trabajador a percibir su remuneración durante un período de tres (3) meses, si su antigüedad en el servicio fuere menor de cinco (5) años, y de seis (6) meses si fuera mayor. En los casos que el trabajador tuviere carga de familia y por las mismas circunstancias se encontrara impedido de concurrir al trabajo, los períodos durante los cuales tendrá derecho a percibir su remuneración se extenderán a seis (6) y doce (12) meses respectivamente, según si su antigüedad fuese inferior o superior a cinco (5) años. La recidiva de enfermedades crónicas no será considerada enfermedad, salvo que se manifestará transcurridos los dos (2) años. La remuneración que en estos casos corresponda abonar al trabajador se liquidará conforme a la que perciba en el momento de la interrupción de los servicios, con más los aumentos que durante el período de interrupción fueren acordados a los de su misma categoría por aplicación de una norma legal, convención colectiva de trabajo o decisión del empleador. Si el salario estuviere integrado por remuneraciones variables, se liquidará en cuanto a esta parte según el promedio de lo percibido en el último semestre de prestación de servicios, no pudiendo, en ningún caso, la remuneración del trabajador enfermo o accidentado ser inferior a la que hubiese percibido de no haberse operado el impedimento. Las prestaciones en especie que el trabajador dejare de percibir como consecuencia del accidente o enfermedad serán valorizadas adecuadamente.

La suspensión por causas económicas o disciplinarias dispuestas por el empleador no afectará el derecho del trabajador a percibir la remuneración por los plazos previstos, sea que aquélla se dispusiera estando el trabajador enfermo o accidentado, o que estas circunstancias fuesen sobrevinientes.”

Grisolia las define como toda alteración de la salud que impide la prestación del servicio; lo trascendente es que la afección que padezca el trabajador – enfermedad o accidente – lo imposibilite para trabajar y que su origen no tenga relación alguna con el trabajo.

Es decir, el trabajador mientras dure su enfermedad inculpable tiene derecho a percibir su remuneración de acuerdo a los plazos establecidos en el Artículo 208 LCT. Para poder hacer efectivo este derecho, el trabajador deberá notificar al empleador de la imposibilidad de poder asistir al trabajo, el Artículo 209 establece “El trabajador, salvo casos de fuerza mayor, deberá dar aviso de la enfermedad o accidente y del lugar en que se encuentra, en el transcurso de la primera jornada de trabajo respecto de la cual estuviere imposibilitado de concurrir por alguna de esas causas. Mientras no la haga, perderá el derecho a percibir la remuneración correspondiente salvo que la existencia de la enfermedad o accidente, teniendo en consideración su carácter y gravedad, resulte luego inequívocamente acreditada.”

El Artículo 209 de la LCT no impone una formalidad “ad-solemnitaten”, bastando que sea fehaciente, es decir que pueda ser probada judicialmente; deberá indicar el lugar donde se encuentra, en caso de omitir el lugar el empleador entenderá que se encuentra en el domicilio denunciado a la empresa; y el plazo de notificación es el primer que debió faltar.

La doctrina y comparando este instituto con otros ordenamientos jurídicos, considera a las enfermedades inculpables prestaciones vinculadas a la seguridad social. La mayoría de la doctrina sostiene que son deberes de la seguridad social puestos a cargo directo del empleador que no se basan en su responsabilidad individual, sino en otra más amplia, de naturaleza social, que se funda en el objetivo de preservar el bien común y el bienestar general.

Grisolia lo explica de la siguiente manera: sin perjuicio de tratarse de una prestación de la seguridad social, en una manifestación evidente del principio protectorio, la L.C.T. establece la obligación del empleador de pagar al dependiente la remuneración —que no puede ser inferior a la que hubiera ganado si hubiese estado trabajando— durante el tiempo en que el trabajador no puede concurrir a trabajar por padecer un accidente o enfermedad inculpable, hasta un plazo máximo que varía según la antigüedad y las cargas de familia.

2. Principio Protectorio

El instituto de las enfermedades inculpables en el derecho local se asienta en el principio protectorio del Derecho Laboral, el cual tiene como finalidad proteger la dignidad del trabajador en su condición de persona humana, el cual se desprende del Artículo 14 Bis de nuestra Constitución Nacional que dispone “El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor, jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial (...)”

El principio protectorio se manifiesta en tres reglas:

A. La regla in dubio pro operario: en el caso de existir una duda razonable el juez o el intérprete de la norma deberá decidir en el sentido más favorable al trabajador.

En lo atinente a la interpretación o alcance de la ley, significa que, si una norma resulta ambigua, y puede ser interpretada de varias formas y con distintos alcances el juez debe, obligatoriamente, inclinarse por la interpretación más favorable al trabajador.

El artículo 9° 2do párrafo de la LCT dispone: ... Si la duda recayese en la interpretación o alcance de la ley, o en apreciación de la prueba en los casos concretos, los jueces o encargados de aplicarla se decidirán en el sentido más favorable al trabajador.

B. La regla de la norma más favorable: en el caso de que haya dos o más normas aplicables, en tal caso, el juez debe, necesariamente, inclinarse por aquella que resulte más

favorable al trabajador, aunque sea de jerarquía inferior. Es decir, mientras el in dubio pro operario es una regla de interpretación, ésta es una regla de aplicación.

El artículo 9 de la LCT dispone en su 1er párrafo: En caso de duda sobre la aplicación de normas legales o convencionales prevalecerá la más favorable al trabajador, considerándose la norma o conjuntos de normas que rijan cada una de las instituciones del derecho del trabajo.

C. La regla de la condición más beneficiosa: dispone que cuando una situación anterior sea más beneficiosa para el trabajador se la debe respetar; la modificación debe ser para ampliar y no para disminuir derechos.

El artículo 7° de la LCT prescribe: Las partes, en ningún caso, pueden pactar condiciones menos favorables para el trabajador que las dispuestas en las normas legales, convenciones colectivas de trabajo o laudo con fuerza de tales, o que resulten contrarias a las mismas. Tales actos llevan aparejada la sanción prevista en el artículo 44 de esta ley.

3. Control de las enfermedades o accidentes inculpables por parte del empleador

Venimos desarrollando sucintamente el régimen de las enfermedades establecidas en el artículo 208 de LCT en el cual el trabajador tiene derecho a una licencia paga en caso de enfermedad o accidente inculpable que le impida cumplir con sus tareas laborales de manera normal. Para poder hacer efectiva esta licencia paga el trabajador deberá dar aviso a su empleador de la imposibilidad de concurrir a prestar tareas.

Como contrapartida el empleador tiene el derecho de someter al trabajador a un control médico para confirmar el estado de salud del mismo.

Artículo 210 LCT "El trabajador está obligado a someter al control que se efectúe por el facultativo designado por el empleador."

El control debe ser realizado únicamente por un médico, si lo realiza otra persona que no revista tal calidad, el control va a carecer de legitimidad.

El examen médico se debe circunscribir al reconocimiento del trabajador enfermo para establecer la existencia, carácter y duración de la dolencia. El médico no podrá requerir estudios complementarios, ni suplir al profesional elegido por el trabajador o al tratamiento indicado, solo se limita al control personal y a la compulsión de los antecedentes médicos en poder del trabajador, que no está obligado a seguir las indicaciones terapéuticas.

Al ser una facultad de empleador, es el quien decide que se efectúe o no el control médico, por lo cual, si no la utiliza en tiempo oportuno, pierde la posibilidad de cuestionar luego el certificado, ya que no estará en condiciones de confrontarlo con otra opinión profesional. Pero en caso de realizarlo, el trabajador tiene la obligación de dejarse revisar.

En el caso que el trabajador se negare al control médico "...Si el empleador ejerce o pretende ejercer el derecho que le otorga el art. 210 de la Ley de Contrato de Trabajo, el trabajador debe ineludiblemente sujetarse a dicho control como condición indispensable de su derecho a percibir los salarios respectivos, es decir a gozar de licencia paga..."¹⁴⁸.

Discrepancia entre la invocación de una enfermedad por el trabajador y el control por parte del facultativo del empleador, o dicho de otro modo cuando la prestación de las tareas es interrumpida o suspendida por la invocación de una enfermedad y no hay acuerdo entre los médicos que han revisado y diagnosticado se genera así, el disenso o discrepancia. La LCT actual no expresa nada al respecto de cómo dirimir la discrepancia entre los diagnósticos efectuados por los médicos.

¹⁴⁸ Fallo: Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala II, S.D. 94.941 del 20/04/2007, Expte. N° 17.938/2004, "Uzal, Clarisa María c. Ragalli, Claudio César y otro s/despido".

Una posible solución a esta problemática la podríamos encontrar aplicando los Artículos 10¹⁴⁹, 62¹⁵⁰ y 63¹⁵¹ de la LCT.

La discrepancia entre el diagnóstico dado por el médico del trabajador y el del empleador ha tenido distintas formas de resolverse previo a la sanción de LCT y en las distintas modificaciones que se realizaron a dicha Ley.

1. Previo a la sanción de la LCT el Ministerio de Salud de la Nación por medio de la Resolución 19.530 del año 1.949 se determinó que la Dirección de Medicina Tecnológica de dicho Ministerio organizaría un régimen de consultas y de lucha contra el ausentismo obrero por “manierismos”, disponiendo que cuando el médico del empleador comprobare o presumiere una ausencia injustificada o una simulación podría requerir del Ministerio de Salud Pública la intervención de un Médico Oficial.

En ese procedimiento se citaba al médico de cabecera del trabajador que hubiere extendido el certificado y al trabajador mismo. Reuniéndose los facultativos y extendiendo sus conclusiones en un Acta que se elevaba al Ministerio como antecedentes de trabajadores reincidentes, disponiéndose que se comprobare la emisión de un certificado médico falso, por negligencia, complacencia y otras causas, se labraba un acta y se procedía hacer un sumario por falta profesional al médico en el mismo ministerio. Esta resolución apuntaba más que nada a reprimir la falta profesional, pero no contenía disposición alguna sobre la suerte de la ausencia del trabajador y que medidas podría tomar el dador de trabajo de la comprobada falsa enfermedad o inexistente.

2. La LCT en su texto originario disponía en su Artículo 227 – “Elección del médico - Control - Caso de discrepancia. Corresponde al trabajador la libre elección de su médico, pero estará obligado a someterse al control que se efectúe por el facultativo designado por el empleador. En caso de discrepancia entre el médico del trabajador y el del empleador, éste deberá solicitar a la autoridad de aplicación la designación de un médico oficial, quien dictaminará al respecto.

Si el empleador no cumpliera con este requisito, se estará al certificado presentado por el trabajador.”

Por medio del Decreto 825/74 se crearon los Tribunales Médicos Laborales, en el ámbito de la Secretaría de Trabajo, que tenían como finalidad dictaminar respecto al estado de salud del trabajador en el caso de discrepancia entre los diagnósticos médicos contrapuestos del empleado y empleador.

3. LCT actual, establece que el trabajador debe someterse al control médico del empleador, tal como se explicó más arriba, la reforma aplicada quita el supuesto de discrepancia en los diagnósticos o certificados médicos.

4. Entonces ¿cuáles son las alternativas que tenemos en el caso de tener dos certificados o diagnósticos médicos contrapuestos?

¹⁴⁹ REGIMEN DE CONTRATO DE TRABAJO LEY N° 20.744 – Artículo 10. — Conservación del contrato. En caso de duda las situaciones deben resolverse en favor de la continuidad o subsistencia del contrato.

¹⁵⁰ Artículo 62. —Obligación genérica de las partes. Las partes están obligadas, activa y pasivamente, no sólo a lo que resulta expresamente de los términos del contrato, sino a todos aquellos comportamientos que sean consecuencia del mismo, resulten de esta ley, de los estatutos profesionales o convenciones colectivas de trabajo, apreciados con criterio de colaboración y solidaridad.

¹⁵¹ Artículo. 63. —Principio de la buena fe. Las partes están obligadas a obrar de buena fe, ajustando su conducta a lo que es propio de un buen empleador y de un buen trabajador, tanto al celebrar, ejecutar o extinguir el contrato o la relación de trabajo.

En la Provincia de Buenos Aires, el Ministerio de Trabajo, tiene establecido que para el caso de discrepancias tanto el trabajador, el representante sindical y/o el empleador pueden solicitar la Junta estableciéndose el siguiente procedimiento: por escrito solicitando la formación de una Junta Médica Laboral, que contenga el detalle circunstanciado de las temas controvertidos, datos de la empleadora, que permitan su individualización a fin de efectuar notificaciones y datos del trabajador, certificados médicos y/o estudios que tuviere. La Junta Médica se fija dentro de los 15 días de presentada la solicitud. Finalizada la Junta Médica se expide el servicio médico y se entrega copia a las partes. Si embargo, este dictamen no resulta vinculante y no todas las sedes del Ministerio de Trabajo de la Provincia cuenta con médico de control.

La Ciudad Autónoma de Buenos Aires por medio de la Disposición N° 3396/2018 dispuso el procedimiento de la Junta Médica Laboral cuyo objetivo sea la intervención en la determinación de accidentes y enfermedades inculpables y brindar apoyo médico para dar solución a los conflictos planteados durante la relación laboral o una vez extinguida la misma. El dictamen no resulta vinculante.

En la Provincia de Santa Fe en su Ley Orgánica de la Secretaría de Estado de Trabajo N° 10.468 establece en su Artículo 39 Inciso G “Convocar y realizar juntas médicas y todo acto profesional tendiente a la conciliación de las partes o al arbitraje en su aspecto médico”.

5. Jurisprudencia y Doctrina

Ante el vacío legal para solucionar este conflicto, nos encontramos con diferentes posiciones doctrinarias y jurisprudenciales.

Una postura sostiene que al no existir un método arbitral o jurisdiccional que resuelva las discrepancias entre el médico de cabecera del trabajador y el de control del empresario, es razonable privilegiar la opinión del primero, que es el profesional a cargo del tratamiento y por ello el que mejor conoce del estado y aptitud del trabajador (CNAT, Sala VIII, “Farías, Héctor c/ Coto CICSA” 22/08/2008).

Desde esta posición se busca proteger al trabajador y se interpreta que al no existir una norma que indique el proceder a fines de resolver el conflicto, no se debe interpretar al artículo 210 de la LCT en perjuicio del empleado, y corresponde estarse a lo diagnosticado por el facultativo del trabajador.

Desde otra óptica, hay quienes entienden que ante la discrepancia entre el trabajador y el empleador acerca de la existencia de un impedimento producto de una enfermedad o accidente, es facultad del empleador decidir en base a los fundamentos de cada dictamen o según la naturaleza de la documentación presentada, si se justifica o no la ausencia.

Así, consideran que no cabe limitar la libertad que el actual texto de la LCT otorga al principal, desde las mutaciones introducidas en 1976, para tomar esa decisión responsable, ni corresponde imponerle acudir a una junta médica, ni someterse a tribunales judiciales o administrativos como condición previa a tomar tal decisión (CNAT, Sala II, Romero Analía c/ Colorito SA”, 15/12/2008).

Por último, existe también una postura que sostiene la no preeminencia de los diagnósticos de los médicos de las partes, siendo lo correcto que los jueces resuelvan la cuestión teniendo presente los diferentes instrumentos médicos legales acompañados.

Quienes así lo entienden consideran que al no existir un método arbitral o jurisdiccional que resuelva las discrepancias entre el médico de cabecera del trabajador y el de control del empleador es prudente que los jueces resuelvan en base a la prueba producida. “Si existiera discrepancia entre los médicos del empleador y del trabajador acerca de la existencia o efectos incapacitantes del accidente o enfermedad inculpable, no puede otorgarse preeminencia a una

de las certificaciones sobre la otra” (López Centeno y Fernández Madrid, “Ley de contrato de trabajo”, p. 964, en Ackerman, “Incapacidad Temporal”, p. 268).

Esta posición determina en frecuentes casos que la cuestión resulte dirimida finalmente en una instancia judicial y en esta etapa, generalmente, si el empleador ha suspendido el pago de los salarios, el conflicto podrá haber escalado hacia la ruptura contractual.

6. Posible solución legislativa

En la Cámara de Diputados de la Nación se han presentado varios proyectos para reformar el Artículo 210 de la LCT para el caso de discrepancia entre el certificado médico del trabajador y el empleador.

Proyecto 4050-D-2018 presentado por la Diputada (MC) Llanos Massa Ana María y dispone: ARTICULO 1º) - Modifíquese el artículo 210 de la Ley de Contrato de Trabajo Nº 20.744 y sus modificatorias, el cual quedará redactado de la siguiente manera:

ARTICULO 210. - CONTROL. El trabajador está obligado a someterse al control que se efectúe por el facultativo designado por el empleador. Para el caso de discrepancias entre el médico del trabajador y el del empleador, éste deberá solicitar a la autoridad de aplicación la designación de un médico oficial de hospital público, quien determinará al respecto.

Proyecto 2732-D-2017 presentado por el Diputado (MC) Facundo Moyano y dispone: Artículo 1º. Sustitúyase el artículo 210º de la Ley 20.744 por el siguiente texto: " Art. 210º. Corresponde al trabajador la libre elección de su médico, pero estará obligado a someterse al control que se efectúe por el facultativo designado por el empleador. En caso de discrepancia entre el médico del trabajador y el del empleador, éste deberá solicitar a la autoridad de aplicación la designación de un médico oficial, quien dictaminará al respecto.

Si el empleador no cumpliera con este requisito, se estará al certificado presentado por el trabajador."

Estas soluciones legislativas apuntan a que la cuestión sea dirimida por la autoridad de aplicación, Ministerio de Trabajo de la Provincia de Buenos Aires, con la designación de un médico oficial.

Conclusión

Como se ha desarrollado, la problemática de los certificados contrapuestos en el caso de las enfermedades o accidentes inculpables hoy en nuestro ordenamiento tiene un vacío legal que dejó la reforma de la LCT, es por eso que para obtener una mejor respuesta y generar seguridad jurídica tanto en los trabajadores como en los empleadores, es necesario que se modifique el Artículo 210 LCT. Se podría adoptar como solución a esta problemática volver a la antigua redacción del Artículo 227 o tomar las consideraciones del Proyectos de Ley presentados por la Diputada (MC) Llanos Ana María o el Proyecto de Ley presentado por el Diputado (MC) Facundo Moyano.

Propuesta

Tal como se desprende del presente trabajo, la idea central del mismo es poder encontrar la solución más pragmática al problema de los certificados médicos contrapuestos en el caso que el trabajador sufra de una enfermedad inculpable, en esa línea lo que daría más certeza tanto al trabajador como al empleador es una modificación a la Ley de Contrato de Trabajo en su Artículo 210 volviendo a su antigua redacción o tomando alguna de las propuesta presentadas por la Diputada (MC) Llanos Ana María o el Proyecto de Ley presentado por el Diputado (MC) Facundo Moyano.

Bibliografía

- Grisolia, Julio Armando. *Manual de Derecho Laboral 7ª Edición*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2016.

- Grisolia, Julio Armando y Ernesto J. Ahuad. *Ley de Contrato de Trabajo comentada 5° Edición*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Estudio, 2014.
- Fernández Madrid, Juan Carlos. *Tratado Practico de Derecho del Trabajo 3ra Edición actualizada y ampliada*. Buenos Aires, La Ley, 2007.
- De Diego, Julián A. *Manual de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. 8a. edición actualizada y amplia*. Buenos Aires, La Ley, 2011.
- Cubino, Liliana. *Junta Médica Laboral para Accidentes y Enfermedades Inculpables*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Revista del Instituto de Estudios Interdisciplinarios en Derecho Social y Relaciones del Trabajo (IDEIDES) de la Universidad Nacional de Tres de Febrero (UNTREF), 01 de julio de 2020.
- Altamira Gigena, R. (1977). Situación de los Trabajadores Argentinos en Caso de Enfermedad. *Revista de Economía y Estadística, Tercera Época*, Vol. 21, No. 1-2-3-4: 1º, 2º, 3º y 4º Trimestre (1977-1978), pp. 219 - 257.

Violación del principio de gratuidad en el ámbito del riesgo del trabajo

Por Abog Fernando Flores
Colegio de Abogados de San Nicolás

Sumario: I. Introducción – II. Desarrollo (A. Planteamiento del Problema; B. Doctrina sobre el principio de gratuidad en los procedimientos de reclamos sobre el riesgo de trabajo en el derecho argentino; C. Normativas sobre obligación de las ART de proveer los traslados; D. Prestadores médicos brindados por la Comisión Medica 31-b San Nicolás) – III. Conclusión - IV Propuesta

I.- INTRODUCCION

La ponencia desarrolla la violación del principio de gratuidad en procedimientos administrativos sobre reclamos de riesgos de trabajo, estos tramites ante las Aseguradoras de Riesgo del Trabajo (de ahora en adelante ART) y ante la Comisión Medica 31-B SAN NICOLAS (de ahora en adelante CM).

Que el pilar del mencionado principio es el art. 20 de la ley de contratos de trabajo 20.744 y que en materia de riesgos de trabajo está regulada en las siguientes normativas:

- Art. 21 de la ley de riesgos del trabajo 24.557
- Ley de procedimientos ante comisiones medicas 27.348
- Resoluciones SRT 539/2000, 308/2001, 133/2004 y 1240/2010

Que este accionar termina violando las disposiciones del art. 16 de la Constitución Nacional (de ahora en adelante CN), y de la constitución de la Prov. de Bs. As. (de ahora en adelante CPBA)

Que la violación surge de:

1) La falta de traslados y/o depósitos de dinero para dicho concepto por parte de las ART y las CM hacia sus pacientes para la realización de estudios clínicos y/o interconsultas ordenados por ellos y/o por la CM, llevadas a cabo fuera de las localidades de los domicilios de los pacientes o de la jurisdicción donde abarca la CM (en este caso la sede de la localidad de San Nicolás la cual también abarca las localidades de Ramallo, San Pedro, Baradero, Arrecifes y Capital Sarmiento);
Y

2) Que en varias especialidades clínicas de dichas entidades carecen de prestadores dentro del radio de las ciudades donde residen los trabajadores y donde es sede la CM.

Se escogieron esos planteos dados la cantidad de trámites iniciados por siniestros laborales en la jurisdicción de la localidad de San Nicolás, cuyos prestadores médicos se encuentran en lugares lejanos a la residencia del damnificado o en extraña jurisdicción no teniendo en la mayoría de los casos a su disposición transporte alguno, estando imposibilitado a poder concurrir a las citaciones.

Sumado a las grandes erogaciones que implican utilizar sus propios medios de transporte en la actualidad (sobre todo cuando hay varios kilómetros entre ciudades y los precios que suben día a día) y que deben ausentarse de sus puestos de trabajo durante casi todo un día. Además en muchas ocasiones si el trabajador optara por utilizar transporte público (micro, tren) debe utilizar más de uno ya que por ejemplo en Ramallo no hay micro para dirigirse a Rosario teniendo que hacer transbordo de una ciudad a otra llevando demasiado tiempo.

II.- DESARROLLO:

A) PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA:

Que la Comisión 31-B de San Nicolás dio su apertura el día 29 de julio de 2019 cuya sede se encuentra en calle Av. Álvarez Nº 177 de dicha ciudad. Que desde entonces hasta la

actualidad, cuenta en la localidad SOLO con prestadores en la especialidad de FONAUDIOLÓGIA y OTORRINOLARINGOLOGÍA, mientras que en otras áreas de la medicina como TRAUMATOLOGIA, OFTALMOLOGIA, NEUMONOLOGIA, PSICOLOGIA y PSIQUIATRIA, se encuentran en localidades como Zarate, Capital Federal y Rosario.

Que además que los trabajadores que residen y/o trabajan en Ramallo, San Pedro, Baradero, Arrecifes y Capital Sarmiento deben viajar hasta San Nicolás para presentarse a las audiencias médicas.

Que las ART en la mayoría de los casos no brinda el traslado correspondiente que la ley le exige (leyes nacionales 24.557 y 27.348, resoluciones SRT 539/2000, 308/2001, 133/2004 y 1240/2010) en beneficio de sus pacientes a pesar que en muchas situaciones en los que no pueden movilizarse por sus propios médicos (por dolores y/o lesiones) excusándose en fundamentos vagos y sin fuerza legal como que el siniestro se encuentra rechazado, con alta médica sin incapacidad y/o que nunca son notificados de las citaciones de las CM.

B) DOCTRINA Y NORMATIVA CONSTITUCIONAL SOBRE EL PRINCIPIO DE GRATUIDAD EN LOS PROCEDIMIENTOS DE RECLAMOS SOBRE EL RIESGO DE TRABAJO EN EL DERECHO ARGENTINO:

Teniendo su base en la Constitución Nacional (en adelante CN) en su artículo 16, el cual reza en su parte pertinente que *“Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad...”*, la disposición es un pilar del Derecho Constitucional y eso es innegable y se celebra

Además, el artículo 39 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires (en adelante CPBA) en su inciso 3 dice: *“...En materia laboral...regirán los principios de...gratuidad de las actuaciones en beneficio del trabajador...”*

“...Como dijo Centeno, siguiendo parcialmente Alonso Olea, “la gratuidad en el proceso constituye uno de los pilares del Derecho Procesal del Trabajo y una forma concreta a través de la cual se manifiesta la necesaria igualdad entre las partes...”¹⁵²

“...Lo cierto es que en nuestro país, ya desde la ley 11.729) y antes aun, en la ley 9688, se ha garantizado a los trabajadores la gratuidad en las actuaciones judiciales y administrativas que ellos deban transitar para hacer efectivos los derechos emergentes de la relación de trabajo que les reconoce el ordenamiento jurídico sustantivo. De poco servirá, en efecto, la tutela normativa asegurada por la ley de fondo, si para acceder a ella en las hipótesis de omisión de cumplimiento espontáneo por las ART o la SRT, el trabajador debiera afrontar importantes costos que, en la práctica, operarían como una valla infranqueable y tornarían ilusorio el goce real de esos derechos...”¹⁵³ (lo subrayado es propio). “

“...Ya en el año 1934, el inciso d, del artículo 160 del antiguo Código de Comercio en la redacción que le dio la ley 11.729 establecía que: “Las acciones derivadas de la aplicación de los artículos 155 a 160, se regirán por el procedimiento establecido por las de indemnización por accidentes de trabajo...En esta clase de juicios los empleados o sus derechohabientes gozaran del beneficio de pobreza. La remisión a la ley de accidentes de trabajo lo era a los artículos 15 y 27 de la ley 9688, que establecían, respectivamente, el procedimiento sumario y, especialmente, el

¹⁵² LEY DE CONTRATO DE TRABAJO COMENTADA, TOMO I, autor: Mario E. Ackerman, Editorial Rubinzal-Culzoni, año: 2016, pag. 274.

¹⁵³ LEY DE CONTRATO DE TRABAJO COMENTADA, TOMO I, autor: Mario E. Ackerman, Editorial Rubinzal-Culzoni, año: 2016, pag. 275.

*beneficio de pobreza, a favor de la víctima del accidente o sus derechohabientes, a los efectos del cobro judicial de la indemnización...”*¹⁵⁴

*“...Con estos antecedentes-y otros pero por no ser nombrados no menos importantes-en el texto originario del Régimen de Contrato de Trabajo (LCT), en la reacción aprobada por la ley 20.744, su artículo 22 estableció que: “El trabajador gozará del beneficio de la gratuidad en los procedimientos...administrativos derivados de la aplicación de esta ley, estatutos profesionales o convenciones colectivas de trabajo...”*¹⁵⁵

*“...no existe discrepancia en la doctrina en cuanto a que el beneficio abarca todos los derechos fundados en normas laborales, cualesquiera que sean su carácter o fuente (Ejemplo: ley de riesgos de trabajo)”*¹⁵⁶ (lo subrayado es propio)

Como se observa, *“...la gratuidad supone la eximición del pago de gastos que demanden la tramitación de procesos, tales como exámenes médicos, pericias, etc, y se complementa además, con las reglas de las leyes 23.789 y 24.487, que regulan las comunicaciones telegráficas y postales dirigidas por el trabajador que tienen especial trascendencia en las reclamaciones prejudiciales, como son las denuncias por enfermedad profesional o accidente de trabajo...”*¹⁵⁷

El actual artículo 20 de la ley 20.744 dice en forma textual: *“El trabajador o sus derechohabientes gozarán del beneficio de la gratuidad en los procedimientos judiciales o administrativos derivados de la aplicación de esta ley, estatutos profesionales o convenciones colectivas de trabajo...”* (Se agrega a los derechohabientes tal como lo decía el Código de Comercio).

C) NORMATIVAS SOBRE OBLIGACION DE LAS ART DE PROVEER LOS TRASLADOS:

Son varias las normativas que OBLIGAN a las ART a gestionar los traslados de sus pacientes para llevar a cabo las prestaciones indicadas y necesarias a efectos de emitir dictamen sobre la patología/s reclamadas.

- Artículo 20 de la ley 20.744 dice que: *“El trabajador...gozarán del beneficio de la gratuidad en los procedimientos...administrativos derivados de la aplicación de esta ley, estatutos profesionales o convenciones colectivas de trabajo...”*

- Art. 2 párrafo 11 ley 27.348); Todas las medidas de prueba producidas en cualquier instancia (de la comisión médica) serán gratuitas para el trabajador (Lo subrayado es propio).

- Art. 21 inc. 4 ley 24.557: En todos los casos el procedimiento (ante Comisión Médica) será gratuito para el damnificado, incluyendo traslados y estudios complementarios (Lo subrayado es propio).

- **Resolución S.R.T. N° 539/2000:** determinó que las ART y los Empleadores Autoasegurados (EA) debían arbitrar los medios necesarios a fin de asegurar la presencia del trabajador ante las Comisiones Médicas jurisdiccionales, Comisión Médica Central, Justicia Federal, Oficinas de Homologación y Visado o los Organismos Laborales habilitados, **solventando los gastos de traslado y regreso**, alojamiento y alimentación durante el tiempo que aquél

¹⁵⁴ LEY DE CONTRATO DE TRABAJO COMENTADA, TOMO I, autor: Mario E. Ackerman, Editorial Rubinzal-Culzoni, año: 2016, pag. 275-276.

¹⁵⁵ LEY DE CONTRATO DE TRABAJO COMENTADA, TOMO I, autor: Mario E. Ackerman, Editorial Rubinzal-Culzoni, año: 2016, pag. 276.

¹⁵⁶ LEY DE CONTRATO DE TRABAJO COMENTADA, TOMO I, autor: Mario E. Ackerman, Editorial Rubinzal-Culzoni, año: 2016, pag. 277.

¹⁵⁷ LEY DE CONTRATO DE TRABAJO COMENTADA, TOMO I, autor: Mario E. Ackerman, Editorial Rubinzal-Culzoni, año: 2016, pag. 277.

debiese estar a disposición de dichos organismos. Que dicha norma estableció el procedimiento que debía llevarse a cabo para cumplir con los fines expresados, garantizando que en ningún caso podían originarse erogaciones que estuviesen a cargo del trabajador damnificado

- **Resolución S.R.T. N° 308/2001:** que el procedimiento establecido por la resolución srt 539/2000 dio lugar a diferencias de carácter interpretativo en cuanto a su implementación, las que conspiraron contra su plena operatividad, razón por la cual, **era menester introducir modificaciones a algunas de sus disposiciones resultando necesario precisar cómo se solventarán los gastos en que se incurra en concepto de realización de exámenes o estudios complementarios indicados por las Comisiones Médicas a sus prestadores.**

- **Resolución S.R.T. N° 133/2004:** dispuso pautas para los traslados de los damnificados a prestadores de las ART y de los EA.

- **Resolución S.R.T. N° 1240/2010:** Que con la experiencia recabada, surgió la necesidad de actualizar montos y pautas de la res. Srt 133/2004, quedando la misma derogada.

- **Que el Art. 8º de esta normativa establece que "...Ante prestadores médicos con igualdad de complejidad y recursos, se deberá asignar el traslado al prestador más cercano al domicilio del trabajador damnificado."**

D) PRESTADORES MEDICOS BRINDADOS POR LA COMISION MEDICA 31-B SAN NICOLAS:

- DIAGNOSTICO POR IMÁGENES DR. MARIO SEVILLA sito en Av. Gaona 2137 de Capital Federal: especialidades traumatología (RX. ECOGRAFIA)
- PRIMER HOSPITAL PRIVADO DE OJOS S.A. sito en Av. Rivadavia 1909 de Capital Federal: especialidades oftalmología (CAMPIMETRIA, INTERCONSULTA)
- INSTITUTO DE ANALISIS MULTIPLES AUTOMATIZADOS sito en Viamonte 2560 de Capital Federal: especialidades traumatología (RX. ECOGRAFIA) y neumonología (RX)
- JOLLY, ENRIQUE CARLOS sito en Viamonte 1660 - 5 "B": especialidades neumonología (ESPIROMETRIA, INTERCONSULTA)
- LASSIZUK, RAUL ANDRES sito en Paraná 236 - 5 "14": especialidades oftalmología (CAMPIMETRIA, INTERCONSULTA)
- INVESTIGACIONES MEDICAS S.A. sito en Pichincha 69 de Capital Federal: especialidades traumatología (RX. ECOGRAFIA)
- SIGMA S.A. sito en Venezuela 1380 de Capital Federal: especialidades traumatología (RX. ECOGRAFIA)
- BOSSIO, ANGEL NESTOR sito en Justa Lima 1659 de Zarate: especialidades traumatología (RX. ECOGRAFIA)
- GRINBERG, GUILLERMO CARLOS sito en Balcarce 681 de Rosario: especialidades traumatología (RX. ECOGRAFIA)
- CALVO VILDOSO, CHRISTIAN sito en Bv. Oroño 1008 especialidades traumatología (EMG de MMSS)
- BLASI, FABIO LUIS sito en Laprida 1288 de Rosario: especialidades flebología (ecodoppler)
- SRT PRESTACIONES INTERNAS sito en Salta 2602 de Rosario: especialidades psicología (PSICODIAGNOSTICO)

A continuación, se muestran modelos de turnos médicos emitidos por la CM 31-B SAN NICOLAS a fin de poder mostrar los lugares de citaciones. Para acceder a tomar vista de los mismos en forma completa hacer doble click sobre el formulario.

SRTSUPERINTENDENCIA DE
RIESGOS DEL TRABAJO

Orden Prestador

Advertencia COVID-19.

Se informa a la comunidad que por razones de público conocimiento, con el objetivo de prevenir la propagación del virus coronavirus COVID-19, **en caso de presentar alguno de los siguientes síntomas: fiebre de 37,5°C, tos, dolor de garganta, dificultad respiratoria, dolor muscular, cefalea, diarrea y/o vómitos, o si tiene pérdida brusca de gusto u olfato**, deberá consultar al sistema de salud de su localidad y **NO acudir a la citación programada por la Comisión Médica Jurisdiccional o Delegación correspondiente**, debiendo presentar con posterioridad la correspondiente justificación médica.

Asimismo, si pertenece a algún grupo riesgo de los previstos en la Resolución 627/2020 y modificatorias emitidas por el Ministerio de Salud, podrá no concurrir a la presente citación, remitiendo la documentación de rigor que acredite su estado de salud. En dicho caso quedará pendiente la evaluación requerida hasta tanto se normalice la situación, conforme lo disponga la autoridad de aplicación. Una vez que se encuentre en adecuadas condiciones de salud, Ud. podrá solicitar un nuevo turno a través de los canales electrónicos disponibles los cuales podrán ser consultados en el sitio web oficial de la S.R.T. (<https://www.argentina.gob.ar/srt>).

En el supuesto que Ud. desee concurrir a realizar la junta médica y/o el/los Estudio/s indicado/s, pese a formar parte del universo de personas en riesgo, le aconsejamos que previamente consulte a su médico de confianza sobre la conveniencia de concurrir al turno asignado.

Asimismo, se le recuerda que, en caso de asistir acompañado, sólo se permitirá una afluencia de individuos mínima producto de las recomendaciones efectuadas por la Organización Mundial de la Salud (OMS) sobre la prevención del COVID-19, producida por el coronavirus SARS-CoV-2.

Le recordamos que deberá mantenerse informado respecto de las posibles restricciones a la circulación en la vía pública que puedan ser determinadas por el Poder Ejecutivo Nacional en el contexto epidemiológico actual, y puedan afectar la realización de la audiencia médica programada.

Para más información podrá contactarse a través de los canales electrónicos habituales disponibles en el sitio web oficial de la S.R.T. (<https://www.argentina.gob.ar/srt>).

Fecha: 03/02/2022

Comisión:	31B.San Nicolas
TRAMITE :	LABORAL
Nº de Expediente SRT:	6108/21
Apellido y Nombre del Afiliado:	ARBUJATTI EMMANUEL LEONARDO
C.U.I.L./C.U.I.T.:	20-32150634-9
A.F.J.P./A.R.T.:	PROVINCIA A.R.T.
Médico que solicitó los Estudios:	Medico 31B 2
Apellido y Nombre del Profesional Actuante o Razón Social:	Instituto de Análisis Múltiples Automatizados
Lugar donde se efectuarán los estudios:	Viamonte 2560
Localidad / Código Postal:	CAPITAL FEDERAL / 1056
Provincia:	CAPITAL FEDERAL
Teléfonos/Fax:	4962-0990
ESTUDIOS SOLICITADOS	

Advertencia COVID-19

Se informa a la Comunidad que por razones de público conocimiento, con el objetivo de prevenir la propagación del virus coronavirus COVID-19, **en caso de presentar alguno de los siguientes síntomas: fiebre de 37,5°C, tos, dolor de garganta, dificultad respiratoria, dolor muscular, cefalea, diarrea y/o vómitos, o si tiene pérdida brusca de gusto u olfato, deberá consultar al sistema de salud de su localidad y NO acudir a la citación programada por la Comisión Médica Jurisdiccional o Delegación correspondiente, debiendo presentar con posterioridad la correspondiente justificación médica.**

Asimismo, si pertenece a algún grupo riesgo de los previstos en la Resolución 627/2020 y modificatorias emitidas por el Ministerio de Salud, podrá no concurrir a la presente citación, remitiendo la documentación de rigor que acredite su estado de salud. En dicho caso quedará pendiente la evaluación requerida hasta tanto se normalice la situación, conforme lo disponga la autoridad de aplicación. Una vez que se encuentre en adecuadas condiciones de salud, Ud. podrá solicitar un nuevo turno a través de los canales electrónicos disponibles los cuales podrán ser consultados en el sitio web oficial de la S.R.T. (<https://www.argentina.gob.ar/srt>).

En el supuesto que Ud. desee concurrir a realizar la junta médica y/o el/los Estudio/s indicado/s, pese a formar parte del universo de personas en riesgo, le aconsejamos que previamente consulte a su médico de confianza sobre la conveniencia de concurrir al turno asignado.

Asimismo, se le recuerda que, en caso de asistir acompañado, sólo se permitirá una afluencia de individuos mínima producto de las recomendaciones efectuadas por la Organización Mundial de la Salud (OMS) sobre la prevención del COVID-19, producida por el coronavirus SARS-CoV-2.

Le recordamos que deberá mantenerse informado respecto de las posibles restricciones a la circulación en la vía pública que puedan ser determinadas por el Poder Ejecutivo Nacional en el contexto epidemiológico actual, y puedan afectar la realización de la audiencia médica programada.

Para más información podrá contactarse a través de los canales electrónicos habituales disponibles en el sitio web oficial de la S.R.T. (<https://www.argentina.gob.ar/srt>).

Fecha: 13/09/2022

Comisión:	31B San Nicolas
TRAMITE:	LABORAL
Nº de Expediente SRT:	263666/21
Apellido y Nombre del Afiliado:	SOLIS ROXANA HAYDEE
C.U.I.L.C.U.I.T.:	27-23607926-6
A.F.J.P./A.R.T.:	PROVINCIA A.R.T.
Médico que solicitó los Estudios:	Dra. Lopez O.
Apellido y Nombre del Profesional Actuante o Razón Social:	Grinberg, Guillermo Carlos
Lugar donde se efectuarán los estudios:	Balcarce 681
Localidad / Código Postal:	Rosario / 2000
Provincia:	SANTA FE
Telefonos/Fax:	404267

ESTUDIOS SOLICITADOS

Advertencia COVID-19.

Se informa a la comunidad que por razones de público conocimiento, con el objetivo de prevenir la propagación del virus coronavirus COVID-19, en caso de presentar alguno de los siguientes síntomas: fiebre de 37,5°C, tos, dolor de garganta, dificultad respiratoria, dolor muscular, cefalea, diarrea y/o vómitos, o si tiene pérdida brusca de gusto u olfato, deberá consultar al sistema de salud de su localidad y NO acudir a la citación programada por la Comisión Médica Jurisdiccional o Delegación correspondiente, debiendo presentar con posterioridad la correspondiente justificación médica.

Asimismo, si pertenece a algún grupo riesgo de los previstos en la Resolución 627/2020 y modificatorias emitidas por el Ministerio de Salud, podrá no concurrir a la presente citación, remitiendo la documentación de rigor que acredite su estado de salud. En dicho caso quedará pendiente la evaluación requerida hasta tanto se normalice la situación, conforme lo disponga la autoridad de aplicación. Una vez que se encuentre en adecuadas condiciones de salud, Ud. podrá solicitar un nuevo turno a través de los canales electrónicos disponibles los cuales podrán ser consultados en el sitio web oficial de la S.R.T. (<https://www.argentina.gob.ar/srt>).

En el supuesto que Ud. desee concurrir a realizar la junta médica y/o el/los Estudio/s indicado/s, pese a formar parte del universo de personas en riesgo, le aconsejamos que previamente consulte a su médico de confianza sobre la conveniencia de concurrir al turno asignado.

Asimismo, se le recuerda que, en caso de asistir acompañado, sólo se permitirá una afluencia de individuos mínimo producto de las recomendaciones efectuadas por la Organización Mundial de la Salud (OMS) sobre la prevención del COVID-19, producida por el coronavirus SARS-CoV-2.

Le recordamos que deberá mantenerse informado respecto de las posibles restricciones a la circulación en la vía pública que puedan ser determinadas por el Poder Ejecutivo Nacional en el contexto epidemiológico actual, y puedan afectar la realización de la audiencia médica programada.

Para más información podrá contactarse a través de los canales electrónicos habituales disponibles en el sitio web oficial de la S.R.T. (<https://www.argentina.gob.ar/srt>).

Fecha: 03/05/2022

Comisión:	31B-San Nicolas
TRAMITE:	LABORAL
Nº de Expediente SRT:	108237/21
Apellido y Nombre del Afiliado:	FLORES NESTOR RENE
C.U.I.L./C.U.I.T.:	20-25126253-6
A.F.J.P./A.R.T.:	LA SEGUNDA A.R.T.: S.A.
Médico que solicitó los Estudios:	Medico 31B 1
Apellido y Nombre del Profesional Actuante o Razón Social:	SRT Prestaciones Internas
Lugar donde se efectuarán los estudios:	Salta 2602
Localidad / Código Postal:	ROSARIO / 2000
Provincia:	SANTA FE
Teléfonos/Fax:	-

ESTUDIOS SOLICITADOS

33.01.015-PSICODIAGNOSTICO

Advertencia COVID-19.

La presente citación se realiza conforme a lo establecido por la Resolución SRT N° 46/2020, por lo que se le hace saber que Ud. deberá realizar el trámite del CUHC de acuerdo con el lugar de residencia y a los expresos términos de la Decisión Administrativa 897/2020 DECAD-2020-897-APN-JGM - "Nuevo Certificado Único Habilitante para Circulación - Emergencia COVID-19", de fecha 24/05/2020.

Se informa que, si pertenece a algún grupo riesgo de los previstos en la Resolución 627/2020 emitida por el Ministerio de Salud, podrá no concurrir a la presente citación, remitiendo la documentación de rigor que acredite su estado de salud. En dicho caso quedará pendiente la evaluación requerida hasta tanto se normalice la situación y conforme lo disponga la autoridad de aplicación.

Caso contrario, es decir en el supuesto que Ud. desee concurrir a realizarse el estudio/s indicado/s, pese a formar parte del universo de personas en riesgo, le aconsejamos que previamente consulte a su médico de confianza sobre la conveniencia de concurrir al turno asignado.

Le recordamos que deberá concurrir con su Documento de Identidad, lentes y/o audífonos (en caso de utilizarlos), historia Clínica, estudios médicos relacionados al siniestro denunciado y todos los antecedentes del caso que tuviere en su poder, acreditando además contar con el Certificado Único Habilitante para Circulación.

Se informa a la comunidad que por razones de público conocimiento, en caso de presentar los siguientes síntomas: FIEBRE, DOLOR DE CABEZA, TOS SECA, DIFICULTAD PARA RESPIRAR o MALESTAR GENERAL, por motivos de prevención Ud. NO DEBERÁ acudir a la citación programada por la Comisión Médica Jurisdiccional o Delegación correspondiente, debiendo presentar la correspondiente justificación médica. Una vez que se encuentre en adecuadas condiciones de salud, Ud. o su Letrado Patrocinante podrán solicitar un nuevo turno por medio de la plataforma e-Servicios SRT / Mesa de Entradas Virtual.

Asimismo se le recuerda que, en caso de asistir acompañado, sólo se permitirá una afluencia de individuos mínima producto de las recomendaciones efectuadas por la Organización Mundial de la Salud (OMS) sobre la prevención del COVID-19, producida por el coronavirus SARS-CoV-2.

Para más información podrá contactarse a través de los canales electrónicos habituales disponibles en el sitio web oficial de la S.R.T. (<https://www.argentina.gob.ar/srt>).

Advertencia COVID-19.

Se informa a la comunidad que por razones de público conocimiento, con el objetivo de prevenir la propagación del virus coronavirus COVID-19, en caso de presentar alguno de los siguientes síntomas: fiebre de 37,5°C, tos, dolor de garganta, dificultad respiratoria, dolor muscular, cefalea, diarrea y/o vómitos, o si tiene pérdida brusca de gusto o olfato, deberá consultar al sistema de salud de su localidad y NO acudir a la citación programada por la Comisión Médica Jurisdiccional o Delegación correspondiente, debiendo presentar con posterioridad la correspondiente justificación médica.

Asimismo, si pertenece a algún grupo riesgo de los previstos en la Resolución 627/2020 y modificatorias emitidas por el Ministerio de Salud, podrá no concurrir a la presente citación, remitiendo la documentación de rigor que acredite su estado de salud. En dicho caso quedará pendiente la evaluación requerida hasta tanto se normalice la situación, conforme lo disponga la autoridad de aplicación. Una vez que se encuentre en adecuadas condiciones de salud, Ud. podrá solicitar un nuevo turno a través de los canales electrónicos disponibles los cuales podrán ser consultados en el sitio web oficial de la S.R.T. (<https://www.argentina.gob.ar/srt>).

En el supuesto que Ud. desee concurrir a realizar la junta médica y/o el/los Estudio/s indicado/s, pese a formar parte del universo de personas en riesgo, le aconsejamos que previamente consulte a su médico de confianza sobre la conveniencia de concurrir al turno asignado.

Asimismo, se le recuerda que, en caso de asistir acompañado, sólo se permitirá una afluencia de individuos mínima producto de las recomendaciones efectuadas por la Organización Mundial de la Salud (OMS) sobre la prevención del COVID-19, producida por el coronavirus SARS-CoV-2.

Le recordamos que deberá mantenerse informado respecto de las posibles restricciones a la circulación en la vía pública que puedan ser determinadas por el Poder Ejecutivo Nacional en el contexto epidemiológico actual, y puedan afectar la realización de la audiencia médica programada.

Para más información podrá contactarse a través de los canales electrónicos habituales disponibles en el sitio web oficial de la S.R.T. (<https://www.argentina.gob.ar/srt>).

Fecha: 24/05/2022

Comisión:	31B-San Nicolas
TRAMITE :	LABORAL
Nº de Expediente SRT:	31451/21
Apellido y Nombre del Afiliado:	PAJON MARCELO GABRIEL
C.U.I.L. (C.U.I.L.):	20-27163047-7
A.F.P./A.R.T.:	FEDERACION PATRONAL SEGUROS S.A.
Médico que solicitó los Estudios:	Médico 31B 2
Apellido y Nombre del Profesional	Jolly, Enrique Carlos
Actuante o Razón Social:	
Lugar donde se efectuarán los estudios:	Viamonte 1660- 5° 18°
Localidad / Código Postal:	Capital Federal / 1416
Provincia:	CAPITAL FEDERAL
Telefonos/Fax:	4372-0680

ESTUDIOS SOLICITADOS

28.01.002-ESPIROMETRIA ANTES Y DESPUES DE USO DE BRONC (Computarizado o no - con flujo volumen o no)

42.01.028-INTERCONSULTA NEUMONOLÓGICA

III.- CONCLUSION: Que por todo lo expuesto, se observa claramente la violación del principio de gratuidad en el ámbito de los reclamos por riesgos del trabajo, en cuanto a que el accionar de la Comisión Medica 31-B San Nicolás y de las ART lesionan, restringen, alteran y amenazan con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta los derechos contemplados en la Constitución Nacional (art. 16), Constitución de la prov. de Bs. As. (art. 39) leyes nacionales (leyes 20.744, 24.557, 27.348) y resoluciones administrativas (SRT 539/2000, 308/2001, 133/2004, 1240/2010), debido a que la CM de San Nicolás cuentan con la mayoría de sus prestadores médicos afuera de su localidad, y tanto aquella como las ART en la mayoría de los casos no bridan el traslado ni depositan el dinero para solventar los mismos.

IV.- PROPUESTAS:

1.- Modificación de la Resolución SRT Nº 298/2017 (reglamento de la ley 27.348) agregando:

A- Un artículo que exija a las CM tener prestadores médicos dentro de su zona o localidad.

B- Un artículo que exija a las CM tener su propia agencia y/o empresa de traslados 2.- 2.- Realización de convenios:

A.- Entre prestadores médicos de cada jurisdicción o localidad y el Colegio de Abogados Departamental para que cada Comisión Medica de la provincia de Buenos Aires tenga su prestador dentro de su zona;

B.- Entre empresas de transportes de viajes de cada jurisdicción o localidad y el Colegio de Abogados Departamental y/o la SRT para que cada Comisión Médica de la provincia de Buenos Aires para trasladar a los trabajadores que se encuentren residiendo en otras localidades que no sean sede de CM o que no puedan movilizarse por sus propios medios.

Las plataformas electrónicas y los trabajadores

Por Abog Nicolás Gustavo Islas¹⁵⁸

Colegio de Abogado de Azul

Introducción

Las nuevas tecnologías, o mejor dicho las actuales tecnologías (tics. tecnologías de la comunicación, inteligencia artificial, algoritmo, bot's, entre otras) han dejado en descubierto que no tienen límites y que sus avances son a pasos agigantados cada década que pasa. Sin embargo, el derecho, y principalmente el derecho del trabajo se está quedando muy atrás. Nótese que mantenemos los mismos institutos de hace casi 50 años, años en los cuales los avances en la actividad laboral han sido revolucionarios.

Como se ha mencionado en recurrentes fallos españoles, "Se puede apreciar que este nuevo sistema de trabajo se diferencia del anterior del siglo XX en dos aspectos fundamentales:

A.- El tiempo de trabajo que el trabajador quedaba a disposición del empresario para realizar su actividad profesional conforme sus instrucciones, normalmente un horario continuado en el que los tiempos muertos eran tiempo de trabajo a todos los efectos, ahora se atomiza en micro tareas sucesivas en función de la demanda. Existe una relación contractual permanente "hibernada" que se actualiza con la asignación de cada micro tarea concreta. Ello supone un elevado ahorro de costes para el empresario que sólo retribuye el tiempo en que se realiza la micro tarea no aquel en que el repartidor en este caso está en situación de disponibilidad. Se produce así una evidente traslación del empresario al trabajador del coste del tiempo de trabajo

B.- La actividad así diseñada a su vez supone para el trabajador la facultad de poder dar su conformidad a cada encomienda de trabajo que se le asigne en cuyo caso entra en situación de preselección para llevarlo a cabo si así lo precisa la demanda y se le asigna mediante el algoritmo a tal efecto creado."

El avance de la tecnología tiene dos visiones, según Eduardo Levy Yeyati para los optimistas la tecnología complementa el trabajo humano. Para los escépticos, lo sustituye: no hace más productivo al trabajador, lo hace redundante. Si una tarea puede realizarse de manera más barata con una máquina, al trabajador le quedan 2 opciones: reducir su paga para volverse más competitivo, o dejarle su lugar a la máquina (Yeyati, L. 2018).

Creo aquí y es una opinión personal, que la tecnología busca retirar o sustituir las tareas repetitivas y voluminosos que no contribuyen al desarrollo del ser humano, y quedaran las tareas que requieran de un desempeño mayor y más calificado. No obstante, debemos analizar si el mundo del trabajo está preparado para este cambio de paradigma, ¿existe un ambiente de preparación para los trabajadores actuales? O por el contrario ¿los empresarios pretenden que el trabajador reduzca su paga o peor aún sus derechos, para volverse más competitivo?

Por el momento en la actualidad podemos ver que la tecnología se ha aplicado para reducir drásticamente los tiempos de espera y el acceso a la información. Asimismo, vemos que se la ha utilizado para generar una gran informalidad en el mundo laboral, generando un retroceso en de todos los derechos laborales de los trabajadores.

Como se mencionó este retroceso en los derechos de los trabajadores de apps, se debe principalmente, a que en primer lugar no son considerados empleados/trabajadores para las empresas dueñas de las apps, más bien los identifican como "colaboradores" "socios" "emprendedores" "repartidores independientes", etc. Aquí las empresas tratan de esquivar las

¹⁵⁸ Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, Facultad de Derecho.

Email: Nicolas.g.islas@gmail.com

Tel: 0249-154-373010

responsabilidades laborales, y para ello les hace firmar a cada miembro un extenso contrato, el cual puede ser modificado por la empresa, pero del cual el trabajador está obligado a aceptarlo tal como lo recibe (como un contrato de adhesión).

Asimismo, las empresas, con el fin de evitar las responsabilidades laborales, utilizan otras herramientas para salirse del derecho laboral. Una de ellas es el algoritmo, del cual, si bien la empresa es dueña, pretende hacer valer que es “él quien decide todo”, cuando en realidad solo es un conjunto de datos que responde según como fue programado.

Otra herramienta es la mencionar que ellos no limitan a sus “colaboradores”, bajo el lema de que cada uno puede conectarse en el horario que quiere, la cantidad de horas y días que quiera. No obstante, esto, es conocido, que el sistema de asignación de repartos funciona en base a un ranking de reputación en donde cuanto más tiempo se está conectado y mejor calificado el servicio se obtienen repartos. Por el contrario, si un repartidor se conecta poco o rechaza pedidos, puede que por más que un día estas 12 horas conectado no reciba ninguna asignación.

Seguidamente las empresas esgrimen que ellos no poseen ninguna facultad reglamentaria, disciplinaria ni de control respecto de los repartidores, cuestión que no es cierta ya que los controlan totalmente no solo desde el GPS del celular que debe permanecer activa en las horas de conexión de app, si no que poseen la posibilidad de bloquear a aquellos que reciben una baja calificación por parte del cliente o que hayan rechazado algún pedido, esto será analizado con mayor profundidad a lo largo de presente trabajo.

Podemos adelantar como sostiene Goldin, que estamos en la actualidad, Argentina y latinoamericana, frente a una huida del derecho laboral, y la aplicación de la tecnología, en este caso plataformas de servicios, son una gran herramienta que dado la falta de regulación, le escapa al derecho laboral actual argentino, y son las intenciones de este trabajo aclarar el panorama para determinar de la manera más correcta, cuales son los elementos que determinan la existencia o no de la relación laboral.

Postura laboralista

La postura sostenida por la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia, y la avalada por este trabajo, sostiene que la relación entre el repartidor y la/las empresas que prestan servicios de reparto a través de apps, es una relación laboral. Para esgrimir esto se desentrañan los diferentes aspectos de estas relaciones, el tiempo de trabajo, la remuneración, la dependencia entre otros.

La dependencia

Dentro de los elementos mencionados, la dependencia es el elemento definitivo del contrato de trabajo. El profesor Ackerman sostiene (2017) que la dependencia se erige como el concepto básico y caracterizante del contrato de trabajo por un doble orden de razones, que se presentan indisolublemente unidas; por un lado, solo cuando la prestación de servicios es ejercida bajo la dependencia de otro, la figura jurídica que la abarca será el contrato de trabajo; por otro lado, la dependencia constituye la llave de acceso a todo el sistema protectorio de la disciplina jurídico-laboral. Se dispara la aplicación de toda la regulación tuitiva del Derecho del Trabajo en tanto en cuanto el objeto de análisis conforme un vínculo dependiente.

La dependencia, es un concepto teórico abstracto el cual es dividido en tres facetas jurídica, técnica y económica. Respecto a la faz jurídica, se afirma que es la nota fundamental de la dependencia, definida como la subordinación jurídica, materialmente visible, a través de la facultad que ostenta el empleador de dar órdenes de trabajo por sí o a través de otros, con la consiguiente obligación del trabajador de acatar esas órdenes; también visible a través del poder de organización y dirección de la empresa.

La dependencia económica, sostiene Ackerman (2017), se manifiesta por el hecho de la apropiación anticipada que el empleador realiza de los frutos que el trabajador produce. Podríamos afirmar que la referencia a “por cuenta ajena”, implica que el trabajador no asume los riesgos del negocio ni obtiene las utilidades, solo percibe una remuneración, la que no guarda una proporción directa con la utilidad que produce la empresa.

La dependencia técnica, refiere al modo en que el trabajador presta las tareas, dado que las realiza bajo las pautas o indicaciones estrictas del empleador.

Por lo que venimos exponiendo parecería que no cupiera duda alguna, respecto a que estas manifestaciones están presentes en el contrato entre repartidores y empresas que prestan servicios de reparto a través de apps. No obstante, para despejar si quedara alguna duda, se mencionarían elementos específicos para demostrar esto.

Las facultades del empleador

Como se mencionó la faz jurídica de la dependencia se refleja en las principales facultades del empleador. Como sostiene Litterio, L (2020) los repartidores se incorporan a una organización ajena que imparte ordenes constantes, sin embargo, no lo hace en persona ni a través de personal jerárquico, sino que lo hace a través de la app, es decir a través de mensajes y notificaciones que el repartidor recibe directamente dentro la aplicación.

Estas apps, realizan un seguimiento de la actividad de los repartidores, dado esto, la empresa conoce la hora de inicio y fin de la prestación de servicio, su localización en cada momento (mientras la aplicación este activa), si rechazo o no repartos y su valuación por los usuarios. Asimismo, todo el desarrollo de actividad esta detalladamente reglamentado internamente por la empresa.

Es decir, la empresa crea un algoritmo, y este es el encargado de recopilar todos los datos. Estos datos son valorados por la empresa, y le ordena al algoritmo dar una respuesta dependiendo los datos obtenidos. Esto es conocido como algoritmo de árbol de respuesta, es decir ante tal pregunta o datos obtenidos emite una respuesta predeterminada. Es decir, la empresa puntura a los repartidores, teniendo en cuenta los datos relevados (horas de actividad, calificación por los usuarios, pedidos rechazados, ubicación, vehículo, etc.), y con esa información el algoritmo le asignará los repartos al mejor puntuado, y omitirá a los menos valorados, incluso el algoritmo podría estar configurado a “bloquear” (despedir) a los trabajadores que no alcancen una puntuación mínima.

Con esto queda claro que la empresa es la que regula como se lleva a cabo la actividad y la que determina, a través de la plataforma, quienes prestan los servicios y en qué momento, por ello sostenemos que el empresario dirige y reglamenta la actividad.

Asimismo, de acuerdo a lo mencionado podemos agregar que la empresa, a través de la app, ejerce el poder disciplinario. Esto lo realiza a través del sistema de premios y castigos que otorga teniendo en cuenta la posición en el ranking que tienen los repartidores.

Según el trabajo de investigación de campo realizado por la Dra. Litterio (2020), los repartidores suelen recibir más pedidos cuando recién ingresan, luego van disminuyendo con el tiempo o se les otorgan pedidos con mayor recorrido (distancia entre el retiro del producto y el destino del mismo).

Los repartidores están sometidos permanentemente a la valoración de los clientes, estas valoraciones si son negativas pueden derivar en sanciones. La sanción más común y visible es la suspensión, que se manifiesta a través del “bloqueo temporal o definitivo” de la cuenta en la app, lo que hace imposible volver a trabajar. Dichas sanciones, son siempre de aplicación inmediata y con escasa o nula posibilidad de revisión.

Siguiendo este orden de ideas, la empresa a través de app, va a “disciplinar” a los repartidores ante varias situaciones, la primera de ella por la calificación que dan los clientes, la

segunda frente al rechazo o demora en la aceptación de pedidos y por último por las horas de conexión. Como se mencionó el bloqueo de cuenta (temporal o definitivo) es manifiesto, el repartidor lo ve, le queda un registro, sin embargo, el sistema de Ranking, no tiene reglas tan claras, el trabajador va recibiendo puntos cuantas más horas le dedica, pero si rechaza un pedido, se demora o incluso un día trabaja menos horas, es penalizado en Ranking, con la quita de puntos. Estos castigos que aplica la empresa a través de la app, son irrecurribles y no se expresa nunca la causa del descuento de los mismos. Asimismo la proporcionalidad entre el otorgamiento y quita de puntos no está clara y depende de la configuración particular del algoritmo, la cual solo es conocida por la empresa.

Ahora bien ¿Por qué es tan importante el Ranking? El ranking, es la base del algoritmo para la asignación de los repartos, es decir cuánto más alto en el ranking, más repartos serán asignados, lo cual es traducido en mayor retribución para el trabajador. Los repartidores entrevistados por la Dra. Litterio (2020) mencionan que es muy difícil mantener una buena posición en el ranking si el trabajo se realiza con libertad en cualquier horario, para mantener una buena remuneración mensual y un buen posicionamiento en el ranking debe trabajarse en las horas de mayor demanda y por lo menos 9 a 10 horas diarias todos los días.

Del análisis de lo mencionado queda muy claro como las empresas aplican y utilizan las facultades que posee cualquier empleador, no obstante, la nota de color aquí está, en que no lo realiza por sí o por otra persona, sino que lo realiza a través de una app, la cual previamente configuro. Y esta configuración responde claramente como lo haría el empleador ante la misma situación, sin embargo, la principal ventaja es que el algoritmo lo hace en segundo, y al empleador tal vez le tomaría días, por todos los datos que tendría que analizar y procesar para tomar la misma decisión.

La jornada

Creo importante desarrollar que se entiende por jornada para los repartidores de empresas que prestan servicios de reparto a través de apps, porque una de las principales frases utilizadas por estas empresas es “el repartidor elige en qué momento se activa y cuantas horas dedica de trabajo”. Lo mencionado por la empresa en principio es cierto, sin embargo, el dato de libertad de “conectarse” cuando quieran, como venimos mencionando si el repartidor no se conecta un mínimo de horas diarias (por lo general 8 y siempre en horarios de alta demanda) no recibe repartos por más que se encuentre activo, ya que su ubicación en el ranking es muy baja.

-

La jornada de trabajo de los repartidores comienza cuando inician sesión (“logueo”) con su usuario en la app. Algunas apps permiten que el repartidor se conecte en cualquier momento, sin embargo, Pedidos Ya y Rappi exigen que el repartidor seleccione que franja horaria va a utilizar (mañana, tarde, noche-madrugada). La jornada normal diaria de los repartidores, en su mayoría, va de 8 horas a 12 horas. Asimismo, para la empresa es muy fácil controlar donde y que están haciendo los repartidores ya que una vez conectado, el repartidor debe activar la geolocalización de su celular (GPS). Recordando el acápite anterior, con esta información la empresa no solo controla, sino que la utiliza para otorgar o quitar los puntos del ranking.

Es importante aclarar que, aunque el repartidor dispone de una mayor libertad, que un trabajador tradicional, dado que puede decidir la realización de un trabajo o no, y en su caso determinar el tiempo que le dedica. Ello no obsta para desconocer el vínculo laboral, más aún cuando se tienen en cuenta las consecuencias que puede tener el uso de esta libertad.

El salario

Elemento fundamental de toda relación laboral y la principal razón por la que se trabaja a cuenta ajena. Los repartidores de empresas que prestan servicios de reparto a través de apps, necesitan su remuneración para vivir. Veremos que las empresas sostienen que ellos no pagan

remuneración, si no que por el contrario son solo intermediarios entre el cliente (que necesita algo) y el repartidor (que se lo puedo llevar). Esto no es del todo cierto como se sostuvo en los fallos mencionado, las empresas son las que fijan el precio y las que cobran el mismo a través de la app (o en efectivo y el repartidor debe depositarlo), el repartidor no tiene ninguna incidencia en la fijación de la tarifa ni en el porcentaje de la misma que le es asignada.

Según los contratos que firman los repartidores con las empresas, se ve en forma reiterada que las empresas se reserva el derecho de fijar el precio final del servicio e incluso modificarlo.

Si bien el coste se le carga en el total de la factura que realiza el repartidor al cliente, pero el pago no se realiza del cliente al repartidor, sino de la empresa a éste y tras haberlo cargado junto con su comisión empresarial a dicho cliente. Además, el cliente en ningún caso fija o conviene con el repartidor el precio del servicio, sino que es la empresa quien lo determina conforme los criterios indicados en el párrafo anterior.

Por ultimo debemos, mencionar que a los repartidores no se les reconoce actualmente en argentina el derecho al salario mínimo ni perciben el sueldo anual complementario. –

La identificación de la relación de dependencia

La dependencia tradicional, no es fácil de dilucidar en estos nuevos contratos, como venimos mencionando, no solo los elementos deben ser reinterpretados, también debemos buscar las herramientas que nos permitan identificar correctamente la relación laboral. Todolí Signes (2019) realiza una clara exposición de 5 nuevas herramientas que muestran claramente la dependencia en la relación entre los repartidores y las empresas que prestan servicios de reparto a través de apps.

I.- *Reputación online*: Todolí Signes, sostiene que las empresas tradicionales siempre han preferido utilizar personal formado por la empresa que asegure la calidad del producto o la prestación del servicio ofrecido por la compañía; personal sujeto a controles de entrada – entrevista de trabajo y procesos de selección–; controles de calidad del trabajo –supervisión por mandos intermedios–, y control de salida –poder disciplinario–. No obstante, hoy en día para conseguir mantener la calidad de los servicios prestados por las personas ya no es necesario todo esto: gracias a la tecnología. Hoy por hoy, todo esto es sustituido por la reputación online. Es decir, el consumidor hoy valora la calidad del servicio recibido mediante la tecnología. Hoy en día con el sistema de valoración por “corazones” “estrellitas” “puntitos”, el usuario le dice a la empresa quién es un buen trabajador y quien es malo de forma muy barata para la empresa, lo que permite a la empresa despedir a los trabajadores “malos” y quedarse con los “buenos” (poder disciplinario) o dar más trabajo a los mejores trabajadores (poder organizativo). *Además, piénsese que los mandos intermedios y los procesos de selección son caros, mientras que el sistema de reputación online, el cliente dona gratuitamente a la empresa toda esta información, ahorrando mucho dinero a la empresa. Por supuesto, algo que comparten, las antiguas formas de relación empresario trabajador y las nuevas es el despido. En efecto, las empresas de economía colaborativa se basan en «desactivar» al trabajador que no tengan un mínimo de puntuación positiva en los sistemas de reputación online. De esta forma, la calidad del servicio se ve asegurada mediante la separación del trabajador de la plataforma virtual. En definitiva, el trabajo en las empresas de economía colaborativa, en muchas de ellas, es el mismo que el trabajo subordinado y por cuenta ajena de siempre con la diferencia de que la tecnología cambia la forma de controlar el trabajo (pero el control sigue existiendo). De hecho, dado que el trabajo es observable por el cliente en todo momento (GPS), se podría decir que estos trabajadores están más subordinados que los trabajadores de la economía tradicional (Todolí Signes, 2019).*

II.- *La propiedad de la información*: como venimos sosteniendo la información de la BIG DATA (datos de los clientes, precios, calidad del servicio prestado) es controlada por el

empresario (dueño del algoritmo). *Esto no es más que una adaptación de la clásica ajenidad patrimonial y es que en el mundo digital la mayoría de negocios no necesitan fábricas o maquinaria para funcionar sino información y datos* (Todolí Signes, 2019). Es decir, el empresario/empleador, mantiene el control de la información, lo que cambia es como y donde la tiene, antes se encontraba dentro de la fábrica/establecimiento, y ahora se encuentra en “la nube”.

III.- *La capacidad de crecimiento del negocio*: está claro que el trabajador autónomo debe aportar lo que la empresa no tiene (experiencia, formación, habilidades), los repartidores solo aportan mano de obra sin que existan posibilidades de desarrollo empresarial, lo cual demuestra un gran indicio de laboralidad

IV.- *Know-how*: relacionado con el acápite anterior el autor menciona, que el “conocimiento o saber hacer” del negocio es un indicio de que se es empresario, por el contrario, si se recibe este “know-how” de otro y solo se aplica se es trabajador.

V.- *La ajenidad en la marca*: La inviabilidad para el repartidor de que, con sus medios y desvinculado de la plataforma, pueda llevar a cabo una actividad económica propia, conecta con la nota que califica como laboral la relación contractual: la ajenidad. El trabajador, aunque trate directamente con los clientes, si lo hace bajo el paraguas de una marca ajena estará beneficiando – o perjudicando– dicha marca –como lo haría un trabajador laboral– y no su negocio –como lo haría un autónomo. Alarcón definió la ajenidad del mercado como una faceta de la ajenidad, por la cual al trabajador se le vetaba el acceso al mercado pudiendo prestar servicios solo a través de su empresario. Precisamente, con la interposición de una marca ajena entre el prestador de servicios y el cliente, se impide que el prestador de servicios actúe en nombre propio en el mercado. Siendo la empresa propietaria de la marca la que será reconocida como actuante en el mercado. La ajenidad en los frutos es evidente porque la empresa hace suyo el resultado de la actividad del repartidor, desplazándose también a la empresa los riesgos del trabajo prestado. Y también aparece la ajenidad en el mercado por cuanto la empresa se constituye como intermediario imprescindible entre la tarea del repartidor y su destinatario final.

Todolí Signes continúa mencionando que las pequeñas inversiones (coche, bicicleta) que el trabajador deba realizar para poder prestar servicios bajo la marca ajena, serán probablemente de un valor insignificante si lo comparamos con el valor de la marca. La propiedad industrial, además, será el verdadero medio de producción que permitirá al negocio funcionar (con ello se vislumbra también la ajenidad patrimonial clásica). Conseguir clientes hoy en día es la parte más importante de cualquier negocio –y proceso productivo de una empresa–, por lo que el propietario de la marca, muy probablemente, sea a su vez el propietario del medio de producción más importante.

Por otra parte, respecto a la exigencia de dependencia, recordemos que actuar bajo una marca ajena implica seguir sus directrices e instrucciones dado el interés del empresario propietario de la marca de mantener su buen nombre –como lo haría con trabajador laboral–. Es decir, si actúas bajo una marca que no es la propia, de una forma u otra estarás subordinado a esa marca. Por todo ello, prestar servicios bajo una marca ajena –como ocurre en la Gig economy– parece que, a priori, cumpliría las dos características distintivas del contrato de trabajo; la ajenidad (mercado y patrimonio) y la dependencia. -

Por todo lo expuesto a quedado claro la situación de dependencia de los repartidores de empresas que prestan servicios de reparto a través de apps, en el capítulo final se hará una recapitulación de lo aquí abordado a modo de conclusión. -

Conclusión

Finalizando debemos recapitular todo lo mencionado y llevar a cabo respuestas a las preguntas planteadas en el comienzo.

¿Estamos frente a un contrato de trabajo? Por lo expuesto a lo largo de este trabajo, la respuesta afirmativa es más que contundente, dado los elementos que hemos detectado, podemos afirmar que estamos frente a una relación de dependencia laboral. Seguidamente ¿Cómo se manifiesta esta nueva manera de dependencia? Aquí debemos recordar que la empresa que presta servicios de reparto a través de apps, crea, controla, administra y mantiene la app, a través de la cual se conecta con los repartidores, con los usuarios y con los comerciantes (dependencia jurídica).

Asimismo, los repartidores que realizan estos trabajos “a demanda” a través de apps, necesitan de su remuneración para poder vivir. Es de mencionar que en estos trabajos abundan los extranjeros y las personas con pocos recursos económicos. El precio final del servicio establecido por la empresa es abonado por ella al repartidor y pese a que este tiene contacto con el cliente final, nunca le cobra una tarifa establecida por él. (dependencia económica). Y como se sostuvo la empresa a través de la app somete al trabajador a sus expresas instrucciones, la pseudolibertad de que el trabajador pueda elegir cuando trabajar y que pedidos rechazar, no es tal, ya que ejercer este derecho, acarrea la pérdida de puntos en el ranking (dependencia técnica).

Por otra parte, debemos echar luz sobre la oscuridad y sostener que, el hecho de que el trabajador utilice sus propias herramientas y medios (vehículo, celular, mochila/caja), no los convierte en empresarios o autónomos. Es inviable para el repartidor, con sus propios medios y desvinculado de la plataforma, pueda llevar a cabo una actividad económica propia, conecta con la nota que califica como laboral la relación contractual: la ajenidad. El trabajador, aunque trate directamente con los clientes, si lo hace bajo el paraguas de una marca ajena estará beneficiando – o perjudicando– dicha marca –como lo haría un trabajador laboral– y no su negocio –como lo haría un autónomo. - Continuando esta línea de ideas, la ajenidad en los frutos es evidente porque la empresa hace suyo el resultado de la actividad del repartidor, desplazándose también a la empresa los riesgos del trabajo prestado. -

Hasta el momento sostenemos que existe ajenidad y la subordinación. Por ende, estamos frente a un contrato laboral. Sabemos y podemos identificar claramente al trabajador, que es el repartidor, pero ¿Quién es el empresario? ¿Es la aplicación, la IA que es conocida como algoritmo o la empresa?

Aquí la respuesta vuelve a ser contundente, tanto la app, como la IA que ejecuta el algoritmo, son creados, modificados y utilizados por la empresa. Es decir, la empresa crea un algoritmo, y este es el encargado de recopilar todos los datos. Estos datos son valorados por la empresa, y le ordena al algoritmo dar una respuesta dependiendo los datos obtenidos. Esto es conocido como algoritmo de árbol de respuesta, es decir ante tal pregunta o datos obtenidos emite una respuesta predeterminada. Por lo tanto, la empresa puntura a los repartidores, teniendo en cuenta los datos relevados (horas de actividad, calificación por los usuarios, pedidos rechazados, ubicación, vehículo, etc.), y con esa información el algoritmo le asignará los repartos al mejor puntuado, y omitirá a los menos valorados.

Con esto queda claro que la empresa es la que regula como se lleva a cabo la actividad y la que determina, a través de la plataforma, quienes prestan los servicios y en qué momento, por ello sostenemos que el empresario dirige y reglamenta la actividad. La empresa, a través de la app, ejerce el poder disciplinario. Esto lo realiza a través del sistema de premios y castigos que otorga teniendo en cuenta la posición en el ranking que tienen los repartidores.

Por último debemos entender que la tecnología y el internet, en los próximos años, van a modificar total y completamente la forma en que muchos tipos de empresas y empresarios interactúan en el mercado, generando la innecesidad de la figura tradicional del trabajador dependiente. Principalmente en ciertos sectores – la mayoría de servicios– las empresas no van

a necesitar dirigir y supervisar el trabajo realizado. Todo lo contrario, la patronal, a través de la tecnología, va a confiar en las evaluaciones realizadas por sus clientes de los resultados del trabajo.

Con las evaluaciones de los usuarios, se seleccionarán a los futuros trabajadores (control ex ante y control ex post). Ya no existirá la necesidad de formar a los nuevos trabajadores, dado que, éstos, si desean trabajar, habrán de estar formados y listos para el trabajo. El trabajo moderno, a través de redes virtuales, y con trabajadores de mayor cualificación, se configura con una menor dependencia y una mayor libertad para el trabajador a la hora de realizar su trabajo. Esta situación puede conllevar que la actividad no siempre encaje perfectamente con la definición de contrato de trabajo existente. No obstante, no debería deducirse que este nuevo tipo de trabajadores no necesiten protección. Por lo tanto, la herramienta de la negociación colectiva surge como una solución viable a este problema.

Como sostiene Litterio (2020) no debemos olvidar que fue la utilización de máquinas en detrimento del trabajador humano, lo que motivo el surgimiento del derecho del trabajo; y aunque ahora las máquinas han cambiado, se ha digitalizado el mundo laboral, no puede convertirse en una excusa para la informalidad y desprotección. A pesar de esta digitalización el trabajo realizado por los riders/repartidores, sigue siendo trabajo humano, y este trabajo debe ser trabajo decente, amparado por los valores de la justicia social.-

Propuesta:

Siendo la relación existente entre riders/repartidores, y las empresas que prestan servicios de reparto a través de apps, compleja y extensa, creo que sería muy apresurado y disvalioso imponer a los mismos una norma o estatuto. Sin embargo, la implementación de convenio colectivo de actividad, a través de la negociación colectiva podría traer una solución no solo para el reconocimiento de la relación laboral, sino también para acabar con la informalidad del trabajo de los repartidores, y proceder al registro de los mismo para lograr una protección adecuada de los mismos.

Naturaleza jurídica de la prestación impuesta al empleador por el artículo 212 4to. Párrafo de la ley de contrato de trabajo

Por Alan Guerrero
Colegio de Abogados de Bahía Blanca.

Sumario: I- Introducción; II- Nociones Previas: “Accidente o Enfermedad Inculpable”; III- Naturaleza Jurídica De La Prestación. Su Importancia; IV- Implicancias De Cada Postura; V- Conclusión.

I- INTRODUCCIÓN:

En el presente trabajo el lector podrá encontrarse con algunas reflexiones referentes a la llamada “indemnización del art. 212 4to párrafo LCT”. Norma que tal vez pase desapercibida hasta el momento en que toca llevarla a la práctica o analizamos las consecuencias de su aplicación.

Luego de repasar algunos conceptos claves, mencionaremos las dos posturas mayoritarias referentes a la naturaleza jurídica de la obligación mencionada. Tema que lejos de ser una cuestión meramente teórica, demarca una importancia notable en la praxis del derecho laboral.

Por último, señalaremos cuál es nuestra crítica, indicando así posibles alternativas de cara a una futura reforma de la ley laboral.

II- NOCIONES PREVIAS: “ACCIDENTE O ENFERMEDAD INCULPABLE”:

Haremos principal referencia a los accidentes y enfermedades *inculpables*. Mucho se ha dicho a la hora de intentar definir ese último concepto. Claramente difiere según el enfoque del autor. Vamos a tomar las palabras de Jorge O. Morresi, a los fines de guiarnos. El mencionado jurista explicita que pueden catalogarse como tales “*todos aquellos accidentes o enfermedades que afectan a la salud del trabajador por conductas en las que intervienen factores psicológicos o psiquiátricos (léase tentativa de suicidio, ebriedad, drogadicción), o los derivados de la acción de un tercero (como serían los accidentes de tránsito no in itinere o los generados en otro empleo) o por el desarrollo de actividades deportivas (aun las de contacto o riesgo), y que no implican una intención del trabajador de dañarse. En suma, no ha de advertirse en el trabajador una conducta temeraria o dolosa destinada a dañarse para no laborar.*”¹⁵⁹ Entonces, quedarían fuera de este concepto, los accidentes y enfermedades que son consecuencia de conductas del trabajador, respecto de las cuales él podría esperar que generaran resultados que lo podrían imposibilitar de cumplir sus obligaciones laborales.

En ocasiones la incapacidad generada por la enfermedad o accidente inculpable deriva en la extinción del contrato de trabajo, ya sea por decisión del empleador o porque el trabajador ha recaído en un estado tal que lo imposibilita de prestar tareas de la índole que realizaba o incluso, lo deja fuera del mercado laboral.

Se dice que va a ser “**absoluta**” cuando por su propia naturaleza la incapacidad pueda ser calificada de *total y permanente*, de forma conjunta, lo que evitaría toda posibilidad de recuperación al trabajador, independientemente de que pueda o no reinsertarse en el mercado de trabajo.

III- NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRESTACIÓN. SU IMPORTANCIA:

¹⁵⁹ MORRESI, Jorge O., “Extinción del contrato por incapacidad del trabajador”, *Revista de Derecho Laboral*, t. 2018 1 Contratación laboral y despido – I (RC D 1198/2018 p. 303).

Ahora bien, respecto del cuarto párrafo del art. 212 de la LCT. El art. dice que cuando de la enfermedad o accidente inculpable se derivara incapacidad absoluta para el trabajador, el empleador deberá abonarle una indemnización calculada en base a las pautas expresadas en el artículo 245 de la LCT.

Respecto a ese monto que la ley impone pagar por parte del empleador, surgen dos posturas: una que considera que se trata de una **prestación propia del Sistema de Seguridad Social** y la otra que sostiene que implica una **indemnización por la extinción del contrato de trabajo**. Es de trascendental importancia el análisis de las posturas en relación a la naturaleza jurídica de esta prestación. De la posición que se adopte va a depender el régimen jurídico aplicable. Más en específico, el sujeto o sistema en cuya cabeza se debería colocar la obligación de pagar y también, la posibilidad de acumular a esa prestación otras que tengan naturaleza distinta.

La primera postura, insiste en que lo que busca el texto de la LCT por medio del emolumento del 4to párrafo del art. 212 es, **cubrir los riesgos de subsistencia** del trabajador que se encuentra imposibilitado de reinsertarse al mercado de trabajo a causa de enfermedad o accidente inculpable. En consecuencia, la prestación no tendría por fin indemnizar ante la extinción del contrato de trabajo. En esto coinciden autores como: Enrique Herrera¹⁶⁰, Guillermo López¹⁶¹, Marcelo J. Salomón¹⁶², Amanda L. Pawlowski de Pose¹⁶³, Mario E. Ackerman¹⁶⁴, entre otros y se aprecia en fallos como “Mansilla, Manuel Antonio c/ Cía. Azucarera Juan M. Terán Ingenio Santa Bárbara.”, (Fallos: 304:415) CSJN, 1982 y “Rivarola, Jorge Antonio vs. Empresa Ferrocarriles Argentinos”, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 11/11/1982.

La segunda postura esboza como fundamento que, debido a la incapacidad absoluta en que ha incurrido el trabajador por accidente o enfermedad inculpable, el **contrato de trabajo se extingue por imposibilidad de cumplir con su objeto**. Con lo cual, **el empleador debe a su dependiente una indemnización por la extinción del vínculo laboral**. Se enrolan en esta postura autores como: José D. Machado¹⁶⁵, Miguel A. Maza¹⁶⁶, Raúl E. Altamira Gigena¹⁶⁷, y varios más, junto con la mayoría de la jurisprudencia.

IV- IMPLICANCIAS DE CADA POSTURA:

Diremos que adherimos a la postura que considera a la prestación del 4to párrafo del art. 212 LCT como una prestación propia de la Seguridad Social. Esto, en razón de que la extinción del contrato de trabajo ya sea, por la imposibilidad de cumplimiento de su objeto derivada de

¹⁶⁰ HERRERA, Enrique, “Extinción del contrato de trabajo por incapacidad del trabajador”, DT 1984-B, 1203 (AR/DOC/1400/2005 p. 10).

¹⁶¹ LÓPEZ, Guillermo A. F., “La indemnización por incapacidad absoluta del art. 212 de la L. C. T.”, DT 1983-B, 1749 (AR/DOC/1340/2005 p.1).

¹⁶² SALOMÓN, Marcelo J., “Art. 212, párr. 4º, LCT: ¿es constitucional su contenido?”, DT 2020 (noviembre), 84 (AR/DOC/2645/2020 pp. 3-6).

¹⁶³ PAWLOSWKI de POSE, Amanda L., “La compensación del artículo 212, 4º párrafo, de la ley de contrato de trabajo como beneficio propio de la seguridad social”, DT 2002-B, 1412 (AR/DOC/7034/2001 p.1).

¹⁶⁴ ACKERMAN, Mario E., “¿Qué reparan las indemnizaciones del artículo 212 de la LCT?”, *Revista de Derecho Laboral*, t. 2000 2 Extinción del contrato de trabajo - II. (RC D 2121/2012 pp. 6 y 7).

¹⁶⁵ MACHADO, José Daniel, “El doscientos ocho”, *Revista de Derecho Laboral*, t. 2003 1 Las suspensiones en el contrato de trabajo (RC D 3842/2012 p. 4).

¹⁶⁶ MAZA, Miguel Ángel, “Nuevos apuntes sobre el régimen estatutario del trabajador de la construcción”, *Revista de Derecho Laboral*, t. 2004 1 Estatutos y otras actividades especiales II. (RC D 440/2012 pp. 4-5).

¹⁶⁷ ALTAMIRA GIGENA, Raúl Enrique, “Extinción del contrato de trabajo por incapacidad del trabajador”, *Revista de Derecho Laboral*, t. 2000 1 Extinción del contrato de trabajo - I. (RC D 3799/2012 p.2).

fuerza mayor o por falta o disminución de trabajo no imputable al empleador, o por despido injustificado, o por abandono del trabajo, o por muerte del trabajador o incluso por enfermedad o accidente profesional, ya se encuentran reguladas en la Ley laboral (arts.: 244; 245; 247; 248; 254 de la LCT y Ley 24557 respectivamente).

Como se ve, entendiéndolo que el legislador es razonable y coherente, pensamos que no ha querido regular un supuesto ya contemplado anteriormente, esto es, una prestación debida al trabajador por la extinción del contrato de trabajo por fuerza mayor. Más bien, a nuestro entender, el legislador al redactar el acápite estudiado tuvo como fin, establecer un monto que ayude al dependiente a paliar las dificultades que implica el haber contraído una incapacidad tal que lo imposibilita de reincorporarse al mercado laboral en general.

Celebramos la existencia de esta prestación. Permite que quien trabaja cuente con el apoyo de la sociedad a la cual aportó con los frutos de su esfuerzo en una situación que, sin dudas, resultaría ser enormemente difícil para cualquier persona. Sin embargo, no podemos dejar de señalar que la norma comentada, en su redacción actual nos parece injusta, irrazonable e incoherente.

Recurrir a los principios de solidaridad, cooperación y buena fe en el trabajo no nos parece suficiente para fundar una obligación cuantificada, por una de las formas más gravosas que prevé la LCT, e impuesta a un sujeto de la relación laboral que nada tuvo que ver en la producción del daño. Es cierto que es el empleador quien ha utilizado la fuerza laborativa del trabajador y, muy posiblemente, se ha beneficiado de ello. Pero no es menos cierto que el trabajador a cambio ha sido debidamente remunerado, es decir, también se ha beneficiado. Durante la relación laboral el empleador ha debido cumplir una serie de mandatos tendientes a garantizar la seguridad e higiene en el ámbito del trabajo y ha debido afrontar cargas previsionales y de la Seguridad Social. Todo eso deviene en un bienestar del trabajador a la hora de desempeñar sus tareas, y por supuesto, está bien que así sea.

No obstante, el empleador no puede ser visto como una fuente inagotable de riquezas al cual podemos responsabilizar por absolutamente todo lo que redunde en una afectación del trabajador. Pensemos en una pequeña empresa, con tres trabajadores muy amigos, que deciden irse de vacaciones juntos por un fin de semana, y que lamentablemente producto de un accidente de tránsito todos ellos quedan con una incapacidad absoluta. Su empleador deberá abonar a cada uno una prestación igual a la del 245 LCT. ¿Cómo impactaría esto en esa empresa? Y a su vez, en un supuesto como el del ejemplo, ¿no se pondría en riesgo la subsistencia de la compañía?

Tampoco hay una prestación similar a la comentada en caso de que el empleador adquiriera una incapacidad tal que ya no le permita dirigir o controlar su empresa o incluso, cuando éste muera.

La postura que considera a la prestación como una indemnización por la extinción del contrato de trabajo resulta ser la mayoritaria. A pesar de ello, creemos que aunque no se diga directamente, una de las razones subyacentes por las cuales los tribunales de nuestro país se enrolan en esta última línea de pensamiento, es que resulta conveniente no reconocer que el Estado, precisamente el sistema de Seguridad Social, debería hacerse cargo – por lo menos en parte – de la prestación que en la actualidad se impone a un particular (el empleador), que ninguna responsabilidad ha tenido en la derivación de la enfermedad o accidente inculpable que invalida al trabajador.

Coincidimos con lo dicho por Ackerman: *“(…) Las indemnizaciones de los párrafos 2° y 4° [del art. 212 de la LCT] son obligaciones de solidaridad que, por razones de política social, y ante*

*la precariedad del sistema argentino de seguridad social, el legislador ha puesto en cabeza de aquel que utilizó la capacidad laboral del trabajador. (...)*¹⁶⁸

Por otro lado, llama la atención la cuantía del canon a abonar. Como señalamos, el mismo se determina por las pautas utilizadas para la *indemnización por despido incausado*, siendo una de las más altas que prevé la LCT. Pero no es solo el monto lo que nos preocupa, sino la falta de coherencia y razonabilidad en las normas que evidencia. A un empleador cuyo trabajador se incapacita por razones totalmente ajenas al trabajo, se le impone la misma prestación que a un empleador que decide despedir a su dependiente sin justa causa (art. 245 LCT), o que estando en condiciones de reincorporar al trabajador mediante tareas adecuadas a su capacidad reducida simplemente decide no hacerlo (art. 212 3er párrafo).

V- CONCLUSIÓN:

Para concluir, **no estamos diciendo que la persona que se desempeña en relación de dependencia y que se ve afectada por incapacidad absoluta, derivada de accidente o enfermedad inculpable, no merezca un apoyo o contribución económica para enfrentar los efectos de esa contingencia.** Sino que sostenemos que la misma debería ser cubierta por el Sistema de la Seguridad Social, es decir por el Estado. Dando cumplimiento a la manda del art. 14 bis 3er párrafo CN¹⁶⁹ y lo expresado en el Preámbulo de la Carta Magna¹⁷⁰. La norma debería ser reformada, con el fin de que sea realmente la **sociedad** quien se haga cargo de proveer la ayuda económica al trabajador incapacitado para que pueda sobrellevar la contingencia que lo afecta, y que no recaiga solo sobre el empleador.

Sin embargo, nuestro Estado no se encuentra – desde hace varios años – en las mejores condiciones económicas. Con lo cual, proponer simplemente el traspaso de la carga al Sistema de la Seguridad Social sería cuanto menos, ilusorio o incluso, contraproducente para el mismo trabajador.

Por ello, a partir de la bibliografía y jurisprudencia analizada proponemos: La modificación del párrafo 4to del art. 212 LCT estableciendo alguna de las siguientes alternativas: 1- Que la prestación en cuestión sea solventada en partes iguales por el empleador y por el Estado. 2- Que la prestación se mantenga en cabeza del empleador, pero se calcule conforme el art. 247 LCT.

¹⁶⁸ ACKERMAN, Mario E., *Op. Cit.* p. 6.

¹⁶⁹ “El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. (...)”. Art. 14 bis, Constitución Nacional.

¹⁷⁰ “Nos los representantes del pueblo de la Nación Argentina, reunidos en Congreso General Constituyente por voluntad y elección de las provincias que la componen, en cumplimiento de pactos preexistentes, con el objeto de constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, **promover el bienestar general** (...)” [el destacado nos pertenece]. Si bien no puede considerarse que el Preámbulo es una norma en cuanto tal, si establece principios que han atravesado todo nuestro ordenamiento jurídico.

Trabajo presencial vs a distancia en Argentina: realidades que llegaron para quedarse

Abog. Keila V. Nazar¹⁷¹. Colegio de Abogados Avellaneda Lanús

Sumario: I. Introducción – II. 1. Normas fundamentales del Derecho del Trabajo II. 2. Modalidades de trabajo: trabajo presencial y a distancia. - III. Conclusión. Solución propuesta

I. Introducción

Como es de conocimiento mundial, nos encontramos en un 2022 donde puede observarse una crisis generalizada en el país, y uno de los principales sectores afectados es el mercado laboral. Una de las cuestiones que agudizó la problemática ha sido la pandemia por COVID-19, donde las secuelas no han sido solo médicas, sino que ha repercutido en diferentes ámbitos de la vida de las personas. Abordando específicamente los institutos y normas vinculadas al Derecho del Trabajo, tomando la relación de dependencia, en el presente trabajo puntualizaremos sobre las modalidades de trabajo, ya que, si bien es cierto que la modalidad a distancia no es una figura nueva, lo real es que sí ha ido en aumento y masificándose producto de estos fenómenos ocurridos durante los últimos tiempos. Además, las nuevas tecnologías son las que han permitido acompañar estos cambios, y aquí es donde debemos tener presente que no debe descuidarse su regulación, ya que la revolución tecnológica crece a pasos agigantados y el Derecho pareciera no lograr alcanzarla, sobre todo en países donde no contamos con un crecimiento adecuado general. De todas formas, lo expuesto anteriormente daría origen a desarrollar otro trabajo en particular, por lo que, retomando al instituto del Trabajo, veremos primero las normas fundamentales que rigen en la materia, a posteriori cuáles son las particularidades en especial de la modalidad a distancia, su relación con la presencial, así como lo necesario para su mejora, que se plasmará en recomendación o propuesta al finalizar el trabajo, una modalidad que, si bien ya existía como dijimos, podríamos considerar que llegó no solamente para quedarse y expandirse, sino que en muchos casos para pasar a ser la regla general en lugar de la excepción. Por ende, es necesario realizar un estudio específico y estudiar su regulación en miras de mejora, ya que como veremos, deben respetarse los derechos y obligaciones de empleador y trabajador, cualquiera sea la modalidad en la que el trabajo se lleve adelante.

II. 1. Normas fundamentales del Derecho del Trabajo

Cuando comenzamos a analizar el Derecho del Trabajo, por una cuestión jerárquica debemos remitirnos primero a nuestra Ley Suprema (C.N.) que tutela y consagra derechos del trabajador de manera muy clara y amplia, por nombrar unos de sus artículos encontramos el Trabajo consagrado en el art. 14 C.N. como una de las libertades fundamentales. También tengamos presente que, desde la reforma de 1994, los tratados internacionales de derechos humanos gozan de la misma jerarquía que nuestra Ley Suprema, por lo que en la “punta de la pirámide normativa” como nombraría Hans Kelsen, hoy nos encontramos más bien con un bloque de constitucionalidad¹⁷², concepto desarrollado por Bidart Campos, refiriendo a que en consecuencia el principio de supremacía constitucional se ha ampliado hacia otras normas

¹⁷¹ Abogada distinguida con Medalla de Oro. Martillera y Corredora Pública. Docente en Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (U.B.A.).

¹⁷² GUADAGNOLI, R. (2013). “Análisis del sistema de control constitucional argentino”. SAIJ. Cita: DACF130342

fundamentales, lo cual repercute en diversos ámbitos y el derecho del trabajo no está exento. También influye en la materia la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, siendo uno de los principios principales emanados el de la constitucionalización del Derecho Privado, plasmado en el título preliminar capítulo 1. Art. 1. CCyCN " Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho".

Art. 2 CCyCN. "Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento."

Así, hoy superamos la discusión de ver si una rama del Derecho pertenece al Público o Privado, debiendo interpretarse y resolver de manera armónica y en interrelación.

Por otra parte, y ya generando un cierre en estas normativas fundamentales que mencionamos al momento de referir al Trabajo, recordar que existe como máximo organismo a nivel mundial y dependiente de la Organización de las Naciones Unidas, la Organización Internacional del Trabajo (OIT), generando disposiciones que deben respetarse una vez ratificadas. La aplicación efectiva de estas normas internacionales del trabajo en los países continúa siendo un desafío importante.¹⁷³

Y a nivel nacional, además de leyes que regulan problemáticas particulares, encontramos que una de las leyes rectoras en materia de relación de dependencia en el ámbito privado es la Ley de Contrato de Trabajo (LCT).

II.2. Modalidades de trabajo: trabajo presencial y a distancia.

No será objeto del trabajo abocarnos a los derechos y obligaciones que tienen tanto trabajadores como empleadores en general, sino más bien asumiendo el previo conocimiento realizar la comparación entre modalidades.

En particular, como dijimos, la mayor migración de trabajo presencial hacia modalidad a distancia se produjo como consecuencia de la situación generada por la pandemia COVID-19. Allí comenzaron a surgir incertidumbres incluido el ámbito laboral. Un fenómeno que despierta curiosidad es que con posterioridad al aislamiento, cuando se determinó el permitido retorno a la presencialidad, se observó que hay casos en los cuales la presencia física es vista como algo innecesario por el propio trabajador, que estima innecesaria su presencia física para el tipo de labor que desempeña e incluso, considera innecesario exponerse a los medios de transporte, amontonamientos en horas pico, entre otros. Esto genera que también se valore el empleo en aquellas empresas que ofrecen la posibilidad de trabajar "home office", concepto que explicaremos a la brevedad.¹⁷⁴

Teletrabajo

¹⁷³ Organización Internacional del Trabajo (OIT). "Normas internacionales del trabajo en Argentina". (En línea) (Fecha de consulta 24-09-2022). Disponible en: <https://www.ilo.org/buenosaires/temas/normas-internacionales-del-trabajo/lang-es/index.htm#:~:text=Las%20normas%20internacionales%20del%20trabajo,derechos%20b%C3%A1sicos%20en%20el%20trabajo.>

¹⁷⁴ GILLET, M. (2022). "La nueva normalidad: reflexiones sobre el regreso al trabajo presencial". Revista Zigurat. Disponible en: <https://revistazigurat.com.ar/la-nueva-normalidad-reflexiones-sobre-el-regreso-al-trabajo-presencial/>

Cuando definimos al teletrabajo, nos encontramos con un contrato laboral que se celebra cuando se realizan actos, obras o se prestan servicios propios del contrato de trabajo, pero desde el domicilio de la persona que trabaja o en lugares distintos al establecimiento del empleador. El recurso que permite que se lleve a cabo es el uso de las tecnologías de la información y comunicación (TIC).

Tengamos en cuenta que mediante la ley 27.555, se crea el marco de regulación legal al Teletrabajo, no es casual que la misma fue sancionada en junio 2020, entrando en vigencia en abril de 2021, como consecuencia, de los nuevos paradigmas y realidades a los que hubo que adecuarse rápidamente producto de la pandemia. Uno de los derechos que surgen tras la implementación y necesidad de regulación de la modalidad es el derecho a no ser contactado y a desconectarse de los dispositivos fuera de la jornada laboral y durante las licencias (conocido como “derecho a la desconexión”). Que el trabajador se encuentre trabajando desde su hogar no significa que deba estar disponible para trabajar durante más horas que las legalmente correspondidas y acordadas en el vínculo laboral (salvo excepciones como la contemplada en el art. 203 de la LCT).

Otro de los derechos especialmente reconocidos es que el empleador compense los mayores gastos en conectividad o consumo de servicios que se genere al trabajador (se subraya “mayores gastos”, ya que será objeto de análisis en la conclusión del trabajo). Como anunciábamos en la introducción, la conectividad y existencia de la modalidad a distancia se debe y responde al uso de las nuevas tecnologías. El trabajador debe contar con una conexión óptima al desarrollo de sus tareas, el equipamiento, hardware y software necesarios para el desempeño de las tareas. Herramientas, mantenimiento, soporte y los gastos que ello genere deben correr por cuenta del empleador. A su vez, en caso que el trabajador lo requiera, se lo debe capacitar en el uso de las nuevas tecnologías.

Por último, para sumar otra particularidad propia, encontramos que los trabajadores que acrediten tener a su cargo, de manera única o compartida, el cuidado de menores de 13 años, personas con discapacidad o adultos mayores que requieren asistencia específica, tienen derecho a trabajar en horarios compatibles que le permitan realizar las tareas de cuidado a su cargo y/o a interrumpir la jornada.¹⁷⁵

Con relación al “Home Office”, término mundialmente conocido para definir lo que traducido a nuestro idioma sería “oficina en casa”, se entiende que su sutil diferencia con el teletrabajo es que en el empleador no lleva un control rígido o formal sobre el horario laboral, sino que el trabajador administra con mayor flexibilidad sus tiempos, realizando las entregas de su trabajo en el plazo o fechas establecidas.¹⁷⁶

Por último, para dar un cierre a las modalidades de trabajo, es menester resaltar que **los trabajadores en ambos casos tienen los mismos derechos y obligaciones**, y sumado, la modalidad a distancia adiciona otros específicos. A priori pareciera que el trabajo a distancia presenta menos responsabilidades y a su vez menos derechos. Lo cierto es que continúa siendo una relación de dependencia siempre que se encuentren configurados los requisitos de la misma.

¹⁷⁵Ley 27.555. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Argentina. (En línea) (Fecha de consulta 26-09-2022). Disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/justicia/derechofacil/leysimple/teletrabajo#:~:text=El%20contrato%20de%20teletrabajo%20existe,de%20la%20informaci%C3%B3n%20y%20comunicaci%C3%B3n.>

¹⁷⁶ Edenred. “La diferencia que no conocías entre Home Office y Teletrabajo”. (En línea) (Fecha de consulta 22/09/2022). Disponible en: <https://www.edenred.mx/blog/la-diferencia-que-no-conocias-entre-home-office-y-teletrabajo/#:~:text=El%20concepto%20de%20home%20office,los%20horarios%20laborales%20del%20trabajador>

Lo mismo ocurre con la remuneración, que será la correspondiente acorde a las tareas, sin disminuir por la condición de prestar las tareas desde el hogar.

III. Conclusión. Solución propuesta

Mediante el trabajo presentado, pudimos realizar un abordaje sobre las normas fundamentales en el Derecho del Trabajo, para poder avanzar directamente hacia lo que es el objeto propio: estudiar las modalidades de trabajo y desarrollar la que cobró mayor relevancia los últimos tiempos como lo es el trabajo a distancia, demostrado en la necesidad de regularlo mediante una legislación específica.

Vimos que en ambos deben respetarse los derechos y obligaciones de las partes del contrato laboral, empleador y trabajador. Pero como en toda legislación nueva, comenzamos a encontrar aspectos a mejorar, en este caso se presenta lo observado a modo de recomendación o propuesta:

- **Modificaciones en la ley de teletrabajo:**

A. Artículo 10: compensación por mayores gastos de conectividad y/o consumo de servicios. ¿Cómo se establece desde qué momento inicia el mayor gasto de conexión? Se propone que en vez de compensar el “mayor gasto”, el empleador afronte el gasto, siempre que sea la conexión o servicio razonable al uso que requiere el trabajador en sus tareas, para tampoco generar un exceso en el servicio brindado ni perjudicar a ninguna de las partes que integran el vínculo laboral.

B. Artículo 9: Elementos del trabajo. Especificar qué se incluye en elementos de trabajo, ya que solo se aclara el equipamiento tecnológico. Ejemplo, incluir los bienes muebles básicos que el trabajador debe destinar para desarrollar sus tareas laborales.

La siguiente frase citada, pretende dar conclusión al trabajo invitando al lector a un cierre reflexivo y profundo;

“Todo trabajo que enaltece la humanidad tiene dignidad e importancia y debe emprenderse con excelencia esmerada”. - Martin Luther King

Una deuda pendiente: La Oralización en la etapa de Ejecución Penal de la provincia de Buenos Aires

Por Abog Sergio Agustín Barba
Colegio de Abogados San Nicolas

1.- Introducción:

El presente trabajo intenta abordar con una mirada crítica, la falta de oralidad en la etapa de ejecución penal en nuestra provincia. El reproche se agudiza cuando aquella falta no resulta de un vacío legal, sino de la propia inaplicabilidad de la Ley de Ejecución Penal Bonaerense, la que desde la reforma introducida por la Ley N° 14.296 se contempla la oralidad en dicha instancia.

Como luego se desarrollará, se entiende que es la falta de voluntad “política” por parte de los actores que expresamente el legislador puso sobre sus hombros la implementación gradual de la norma, la que frustra la implementación de la oralidad en el sistema de la ejecución penal bonaerense. Han pasado más de diez años desde la promulgación¹⁷⁷ de la Ley N° 14.296 y la oralidad en dicha etapa continúa siendo una deuda pendiente.

No se trata de una simple suspensión de la norma por cuestiones reglamentarias y administrativas, sino de una grave violación a los principios de inmediación, oralidad, bilateralidad y defensa en juicio.

2.- El espíritu gestante de una norma nonata:

La ley de Ejecución Penal Bonaerense 12.256 fue intervenida y modificada en varias oportunidades, pero es objeto de este trabajo la modificación introducida por el Art. 1° de la Ley 14.296 en relación al Art. 3 de la ley originaria.

La redacción original del Art. 3 de la Ley de Ejecución Penal Bonaerense rezaba lo siguiente: *“La ejecución de esta ley estará a cargo del/la Juez/a de Ejecución o Juez/a competente, Servicio Penitenciario Bonaerense y del Patronato de Liberados Bonaerense, dentro de sus respectivas competencias.”*

La 14.296 le agrega un párrafo y cinco incisos, y dicho artículo quedó redactado de la siguiente manera:

“La ejecución de esta ley estará a cargo del/la Juez/a de Ejecución o Juez/a competente, Servicio Penitenciario Bonaerense y del Patronato de Liberados Bonaerense, dentro de sus respectivas competencias.

*Las decisiones del/la Juez/a de Ejecución o Juez/a competente se adoptarán del modo en que lo establecen los artículos 497 y subsiguientes del Código Procesal Penal según Ley N° 11.922 y sus modificatorias, **salvo las relativas a salidas transitorias, libertad asistida, libertad condicional y cese provisorio o definitivo de las medidas de seguridad** a las que se refiere el artículo 24 de la presente, en las que se observarán las siguientes reglas:*

*a) **Las resoluciones se adoptarán oralmente, previa audiencia pública y contradictoria**, con la participación de la persona imputada, su defensa y el Ministerio Público Fiscal.*

b) De lo actuado se labrará acta, debiendo disponerse además su grabación íntegra, a los fines reglados por los artículos 105, 106 y 210 del Código Procesal Penal.

c) Los recursos de reposición y apelación se interpondrán oralmente en la misma audiencia.

d) El recurso de apelación se mantendrá, mejorará y resolverá en audiencia oral, pública y contradictoria, dentro del plazo del quinto día de radicación ante la Cámara.

¹⁷⁷ Fecha de Promulgación: 25/08/2011, Decreto Promulgación: 1317/2011, Fecha B.O.: 08/09/2011.-

e) Denegado el beneficio, los pedidos que se formulen dentro del plazo de los ocho (8) meses siguientes podrán tramitarse en forma escrita, con excepción de lo previsto en el artículo 24 de la presente. Del mismo modo podrá procederse cuando no concurra el requisito temporal para la obtención del beneficio de que se trate.” (El subrayado y la negrita me pertenece).

A título informativo cabe agregar que la redacción actual del Art. 3 de nuestra Ley de Ejecución Penal provincial, en virtud de la reforma introducida por la Ley 15.232, contempla el derecho de la víctima y del particular damnificado a participar de la audiencia estipulada en el inciso a)¹⁷⁸. Dicho sea de paso, la actual redacción del Art. 3 no sólo amplía la participación de las partes en la audiencia, sino que vino a ratificar la voluntad del legislador de establecer la oralidad previo a resolver sobre las cuestiones más trascendentales de dicha instancia.

Ahora bien, la implementación de la oralidad en la etapa ejecutoria de la pena está íntimamente relacionada con el cambio de paradigma en toda la materia procesal, tendiente a una mayor oralización de los procesos. Pero particularmente en el ámbito penal, la oralidad garantiza con mayor éxito los principios de inmediación y bilateralidad. Sobre dichos principios se forjó la redacción de la norma.

Para ello es necesario traer a colación los fundamentos del proyecto de ley que dio origen a la 14.296: *“El presente proyecto... no sólo propone la adecuación a los estándares nacionales de todos los institutos relacionados con la extensión, consistencia y modalidad de cumplimiento de las penas privativas de la libertad sino que, además, retomando una importante iniciativa previa de la propia legislatura, en la que confluye también el trabajo y aporte de diversas instituciones y organismos vinculados a la materia, se integran al texto una serie de postulados y principios que aseguran criterios de interpretación y aplicación notoriamente superadores de los vigentes...” “En concreto, el proyecto propone como ejes esenciales... 2) la oralización de las decisiones trascendentes de la etapa de ejecución.”* Es decir que el legislador dispone la oralidad en esta instancia como uno de los *“ejes esenciales”* de la ley, a los fines de asegurar principios *“notoriamente superadores”* dado que la redacción originaria no los contemplaba.

Lo que se propuso el legislador con la introducción de la audiencia oral y pública en la instancia de ejecución, fue concretar un *“avance esencial en materia de inmediación, bilateralidad y defensa en juicio”*, a tal punto que le dio, incluso, carácter de obligatoria. Y aquí cabe hacer otro comentario al paso. En la etapa de la investigación penal preparatoria, nuestro Código de rito dispone en su artículo 168 bis, la celebración de una audiencia preliminar antes de resolver el dictado de la prisión preventiva o su morigeración, pero la misma resulta obligatoria sólo si fue a pedido expreso de algunas de las partes. En cambio en esta instancia de ejecución de la pena, el legislador ha estipulado que la audiencia sea obligatoria aunque las partes no la requieran, evidenciando la importancia de los asuntos que deben ventilarse en tal oportunidad.

¹⁷⁸ ARTICULO 3.- (Texto según Ley 15232) ... a) Las resoluciones se adoptarán oralmente, previa audiencia pública y contradictoria, con la participación de la persona imputada, su defensa, el Ministerio Público Fiscal, el particular damnificado y la víctima si así lo solicitare.

La víctima que así lo solicite expresamente, será notificada de la fijación de cualquiera de las audiencias a las que se refiere el párrafo anterior. En esa oportunidad podrá expresar su opinión y el Juez deberá valorar lo que haya manifestado en el momento de dictar la resolución.

Si existieran motivos fundados, en la audiencia en la que participe la víctima, y mientras dure su presencia en el acto, la persona imputada podrá ser excluida de la sala, siendo plenamente representado por su abogado/a defensor/a.

De los fundamentos, además, se desprende que: *“La sustitución de la forma escrita por la oral no sólo reporta la humanización de las decisiones a partir del dato insoslayable de que el imputado debe estar presente en la propia audiencia en que se decide su situación, sino que, además, exalta el principio acusatorio al asegurar mayor fluidez de réplicas y contrarréplicas y, finalmente, como lo ha demostrado la experiencia de la flagrancia oralizada, contribuye a la obtención de decisiones más justas y de mayor calidad, amén de reportar a la publicidad y transparencia que debe asignar la actividad de todos los órganos estatales del sistema republicano.”*¹⁷⁹

Lo que pretendió el legislador con dicha audiencia fue postular el contacto directo del magistrado no sólo con los informes administrativos criminológicos y el legajo del interno, sino mas bien con la propia persona encarcelada.¹⁸⁰

Siguiendo la opinión de Natalia Argenti y de Julia Cova, coincidimos que el Juez de ejecución *“sólo conoce por medio de la lectura de informes remotos acerca de la conducta del reo, su forma de relacionarse y su evolución personal. Los informes penitenciarios son los que le servirán de basamento para el dictado de resoluciones en el marco de la vía incidental, documentos que en su gran mayoría son confeccionados al arbitrio del personal penitenciario, carentes de fundamentación y sin rastros de descargos o defensas que pudiera haber ofrecido el condenado.”*¹⁸¹

La audiencia establecida en el inciso a) del artículo 3 de la Ley de Ejecución Penal resulta el marco ideal para que el condenado pueda ser oído directamente por los magistrados, y la oportunidad de los jueces para conocer personalmente aquellos que hasta el momento sólo eran nombres propios de legajos.

Es importante resaltar las **conclusiones del IV encuentro de Secretarios y Defensores de Ejecución Penal de la provincia de Buenos Aires**, llevadas a cabo el 1ero. de Junio de 2012, en donde se expresó de forma categórica la opinión favorable a implementar la oralización en la etapa de la ejecución penal. El punto 1 del aquel documento establecía lo siguiente:

*“Las experiencias departamentales de oralización del proceso de resolución de peticiones realizadas en el marco de la ejecución de la pena han resultado ser positivas, garantizándose intermediación y mayor celeridad. Resulta necesario fortalecer las estrategias para exigir la oralidad en la etapa de Ejecución Penal en aquellos departamentos judiciales en los que aún no se utiliza, teniendo en consideración que existen derechos constitucionales y convencionales comprometidos. La oralidad instaurada por la Ley 14.296 resulta plenamente exigible por vincularse con el derecho de los penados a un debido proceso; al acceso a la justicia efectiva y pronta, lo que compromete cuestiones federales.”*¹⁸²

Otro documento que vale la pena citar es el elaborado en el marco de las **“PROPUESTAS DE LA RED DE JUECES PENALES DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES¹⁸³, Y EL CENTRO DE**

¹⁷⁹ <https://intranet.hcdiputados-ba.gov.ar/refleg/fw14296.pdf>.

¹⁸⁰ Ejecución: Derechos constitucionales y judicialización. Natalia Lorena Argenti y Ana Julia Cova. Ed. Rubinzal Culzoni. Revista de Derecho Procesal Penal. “El Proceso Penal Adversarial”, Tomo II, pág. 237.

¹⁸¹ Ob. Cit. Pág. 238.

¹⁸² <https://bibliotecasabiertas.wordpress.com/2012/06/21/conclusiones-iv-encuentro-de-secretarios-y-defensores-de-ejecucion-penal/>

¹⁸³ La Red de Jueces Penales de la Provincia de Buenos Aires, constituida en Mar del Plata, en marzo de 2000, es una entidad que agrupa a magistrados y exmagistrados del fuero penal bonaerense, con personería jurídica desde 2008, la Red es una asociación civil sin fines de lucro cuya finalidad esencial consiste en la creación de un ámbito para la reflexión, el análisis y la elaboración de propuestas tendientes a mejorar el funcionamiento del sistema de administración de justicia penal bonaerense, para que opere conforme a los principios fundamentales del estado democrático de derecho.

ESTUDIOS DE EJECUCIÓN PENAL DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA U.B.A.¹⁸⁴, RELACIONADAS CON LA SITUACIÓN CARCELARIA BONAERENSE.” Dicho documento concluye lo siguiente:

Punto 7. *“Implementación de las audiencias previstas en el art. 3 de la ley 12256 (mod. Ley 14296). No se ha implementado en la totalidad de la provincia el sistema de audiencias orales que obliga a los jueces a escuchar a las partes y tener contacto con la persona detenida para así poder decidir. Ello sería de indudable valor en un sistema en el que se decide sobre personas privadas de su libertad en unidades que a veces duplican su cupo, sin siquiera escuchar a la persona interesada.”*

2. a.- ¿Y por qué no se realiza la audiencia del inc.a) del Art.3 de la Ley de Ejecución Penal?

Hasta el momento se vino explicando cuál fue el espíritu de la norma, qué fue lo que el legislador trato de lograr. Como se dijo, el artículo 3 de la Ley de Ejecución Penal (Ley 12.256) fue modificado en primer lugar por la Ley 14.296 y luego por la Ley 15.232. Actualmente sólo se encuentra “vigente” el párrafo primero de dicho artículo, el cual se mantiene tal como fue redactado en su forma originaria.

¿Pero qué sucede con el resto de la norma? Es decir con el párrafo segundo y sus cinco incisos. Lo cierto es que varias de las reformas introducidas por la Ley 14.296 iban a hacer implementadas de manera progresiva, entre ellas, las referidas al artículo 3 de la 12.256.

Lo mencionado en el párrafo anterior se encuentra dispuesto en el artículo 7 de la Ley 14.296, del cual se desprende que *“la oralidad para la decisión de las cuestiones mencionadas en el artículo 3° de la Ley 12.256 y sus modificatorias, se aplicarán gradualmente en los Departamentos Judiciales de la Provincia, conforme al cronograma a elaborar por la Suprema Corte de Justicia, la Procuración General de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y el Ministerio de Justicia y Seguridad.”*

La aplicación “gradual” de la audiencia estipulada en el inciso a) de la norma referida, ha sido ilusoria, o probablemente nula. Luego de varias tareas de investigación no se ha podido acceder al “cronograma” que debían elaborar los actores mencionados en el art.7 de la 14.296. En ninguna de sus páginas oficiales surge información acerca de la existencia del mismo. Es por ello que al comenzar con la presente ponencia se dijo que la ineficacia de la norma deviene por la falta de voluntad política entre las partes obligadas a garantizarla.

Es dable ejemplificar con la siguiente resolución lo que sucede cada vez que la defensa solicita la realización de la audiencia en el marco de un incidente de libertad condicional, salidas transitorias o libertad asistida:

“Por su parte, en fecha 31 de agosto de 2020 la Defensa insistió con su petición, como así también con la celebración de una audiencia, apoyando su petición originaria en el art. 3 de la ley 12.256 según ley 14.296.-

En primer lugar, habré de señalar que la audiencia requerida en los términos que plantea la Defensa deviene improcedente.-

Ello así, puesto que, para empezar, la previsión de audiencia en el art. 3 de la ley 12.256 aún no se ha implementado, en los términos establecidos por el art. 7 de la ley 14.296.-

¹⁸⁴ La Red de Jueces Penales de la Provincia de Buenos Aires, constituida en Mar del Plata, en marzo de 2000, es una entidad que agrupa a magistrados y exmagistrados del fuero penal bonaerense comprometidos en la consecución de sus principios fundamentales: la defensa de la independencia del Poder Judicial, así como la protección y promoción de los derechos humanos en el sistema penal. Con personería jurídica desde 2008, la Red es una asociación civil sin fines de lucro cuya finalidad esencial consiste en la creación de un ámbito para la reflexión, el análisis y la elaboración de propuestas tendientes a mejorar el funcionamiento del sistema de administración de justicia penal bonaerense, para que opere conforme a los principios fundamentales del estado democrático de derecho.

Memoro, al efecto, que la audiencia oral y pública como lo prescribe el artículo supra mencionado, en cuanto introduce "...los principios de oralidad, contradicción e intermediación incorporados a la ley de ejecución provincial por Ley n° 14.296, por el momento, no resultan de aplicación obligatoria para los órganos que deban decidir, conforme lo dispuesto en el art. 7 de la norma citada... De tal modo, no habiéndose implementado la elaboración de un programa gradual que logre la operatividad de la norma en cuestión, estimo que el agravio de la parte sobre el punto debe desestimarse..." (T.C.P., Sala Cuarta, del voto del Dr. Kohan en causa n° 65.707 del 11/11/2014).-

*Por lo demás, también vale señalar que en el marco del Expte SCG 47/15, la Subsecretaría de Control de Gestión de la SCJBA, dictaminó que resultaría fundamental que se cumpliera con éste trámite a fin de acelerar los tiempos de resolución de los institutos que éste juzgado resuelve, siempre que se cuente con los recursos físicos y técnicos necesarios, como ser una sala provista con sistema de grabación, extremos con los que no se cuenta en la actualidad e imposibilita el desarrollo de la diligencia en cuestión.*¹⁸⁵

Como puede observarse la excusa radica en la falta de recursos físicos y técnicos, es decir a una cuestión netamente administrativa. Es una excusa absolutamente absurda pero real, que los principios de intermediación, bilateralidad, defensa en juicio, pretendidos por el legislador al disponer la oralidad en la ejecución de la pena, se encuentren frustrados por una razón pura y exclusivamente administrativa.

Se retoma la analogía con la audiencia del 168 bis del C.P.P, en donde en la actualidad no se necesita mayores formalismos para realizarla, incluso en el marco del A.S.P.O¹⁸⁶ las mismas se desarrollaron de manera virtual, mediante Microsoft teams o incluso mediante videollamadas. Es decir que la voluntad para llevarlas adelantes nunca se vio frustradas por cuestiones administrativas.

Ahora bien, también resultó lógica la decisión del legislador de ir implementando las audiencias de manera gradual, dado que no hay dudas de que las mismas alterarían el funcionamiento de los Juzgados demandando mayores recursos, sobre todo humanos. Pero tampoco existen dudas de que no hay nada más alejado a la voluntad de aquel de que la provincia se tome más de diez años en reformar los juzgados para la implementación de la norma.

Según surge de los datos de estadística de la S.C.J.B.A, el promedio de incidentes iniciados durante todo el año 2021 es de 1.021 legajos.¹⁸⁷ El pasado año contó con 247 días hábiles, por lo que nos da un promedio de 4 incidentes diarios. Teniendo en cuenta que no todos los incidentes iniciados se refieren a libertades condicionales, asistidas o a salidas transitorias, se podría manejar la hipótesis razonable de 3 audiencias diarias en caso de aplicarse el segundo párrafo, inciso a) de la Ley de Ejecución Penal.

Está claro que la realización de dicha audiencia no sólo comprende la reorganización de la agenda de los Juzgados de Ejecución, sino que también la del Ministerio Público Fiscal y la del Servicio Penitenciario, que implica la presencia de la fiscalía y defensores oficiales (en su caso), la coordinación con el penal para el traslado de los internos y un lugar físico para la realización de la audiencia. Es decir, una coordinación transversal de todos los actores de la etapa ejecutoria de la pena. Pero a simple vista se puede inferir que son los mismos recursos que se requiere para realizar cualquier tipo de audiencia, incluso, como ya se dijo, la estipulada en el 168 bis del C.P.P.

¹⁸⁵ Autos caratulados: "CEBALLOS ALAN LEONARDO - INCIDENTE DE LIBERTAD CONDICONAL", N° de Expediente: INC. - 20062 – LC. Juzgado de Ejecución Penal N° 1, Departamento Judicial de San Nicolás.-

¹⁸⁶ Asilamiento Social Preventivo y Obligatorio.

¹⁸⁷ <https://www.scba.gov.ar/planificacion/juzgados%20de%20ejecucion%20-%20incidentes.pdf>.

Por otra parte, no se puede soslayar el hecho de que en los últimos años el presupuesto asignado para el funcionamiento del Poder Judicial y el Ministerio Público Provincial viene en franco descenso. A modo de ejemplo, en 2018 la participación del presupuesto del Poder Judicial respecto al presupuesto provincial fue del 4,67%, mientras que en el presente año 2022 es de 3,84%, menor que el 3,93% del año pasado.¹⁸⁸

Sin una seria vocación política por parte de todos los actores que comprenden la etapa de la ejecución de la pena, de quienes deben velar por la asignación de los recursos para una óptima administración de justicia en la provincia de Bs.As, el espíritu gestante del inciso a) del art. 3 de la Ley de Ejecución Penal seguirá siendo una mera expresión de deseo, ante una norma que no termina de nacer.

3. Propuesta:

Para culminar la presente ponencia, es necesario realizar una simple pero muy importante proposición, instar desde la abogacía colegiada a la implementación de la audiencia establecida en el inciso a) del art. 3 de la Ley de Ejecución Penal de la provincia de Bs.As.-

¹⁸⁸ <https://www.scba.gov.ar/planificacion/presupuesto.pdf>.

Delito de lavado de activos. Modificación art. 41 quinquies, 303 y 306 del Código Penal dentro del proyecto de ley de reforma del sistema pla/cft.

Por Abog Cervi, Nicolás Santiago
Colegio de Abogados de San Isidro

Sumario: 1. Introducción. – 2. Breve Reseña Histórica.- 2.1. Aspecto Internacional. – 2.2 Aspecto Nacional: Bien jurídico protegido y legislación vigente. – 3. Sobre el Proyecto de Ley de reforma del Sistema PLA/CFT. Modificaciones al Código Penal. – 3.a. Art. 303 C.P. – 3.b. Art. 306 C.P. – 3.c Art. 41 Quinquies. – 4. Nuevos sujetos obligados. Modificaciones a la Ley n°25.246 y sus modificatorias. – 5.Conclusión.- 6. Bibliografía

Resumen:

Una reforma del sistema de Prevención de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo es necesario luego de 11 años, este nuevo proyecto de ley que se encarga de ello debe ser estudiado y analizado para comprender los alcances que tendría.

Resulta difícil prever la suerte de este proyecto en cuanto a su aprobación, habida cuenta del funcionamiento del Poder Legislativo, sin embargo, resulta de interés evaluar algunos puntos principales¹⁸⁹ en relación a las modificaciones del tipo dentro del Código Penal y la introducción del Abogado como sujeto obligado frente a la UIF en la Ley 25.246.

Una adecuación de la legislación a las recomendaciones y estándares internacionales a fin de tener finalmente un sistema de prevención de lavado de activos y financiamiento del terrorismo sólido y operativo para mitigar con mejor y más efectividad los riesgos.

Introducción:

En el presente trabajo haré un análisis respecto del delito de lavado de activos en relación a las modificaciones dentro del proyecto de ley de reforma del sistema de Prevención de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo, en los cuales se introducen modificaciones al Código Penal en sus artículos 41 quinquies, 303 y 306.

Un entendimiento tanto de la evolución del tipo del lavado de activos a lo largo del tiempo y de estas nuevas modificaciones al Código Penal, así como las propuestas para la ley 25.246 y Res. 28/2018 de la UIF, nos dará un mejor panorama del progreso del sistema de prevención y nos permitirá ver cuales son las falencias y aciertos del mismo para alinearnos con las recomendaciones y estándares internacionales a fin de tener finalmente un sistema de prevención de lavado de activos y financiamiento del terrorismo acorde a las exigencias internacionales.

Breve reseña histórica. Aspecto Internacional:

El término “lavado de dinero” tiene su origen, según el mito popular en la práctica utilizada por organizaciones criminales (mafias) en los años '20, en la que adquirirían lavanderías de ropa que usaban como pantalla para, mediante ellas, dar apariencia de licito al dinero obtenido de los delitos que estos cometían.

En la década del '80, el narcotráfico cobraba especial relevancia y poder, sobre todo en países latinoamericanos como Colombia y México (donde algunos territorios siguen

¹⁸⁹ Decisio, “Algunas consideraciones acerca del Proyecto de modificación de la Ley 25.246”, 5/10/2022

siendo controlados al día de hoy por los denominados carteles), perturbando el orden político, social y económico de los países.

Es así que se sanciona la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (Convención de Viena 1988).

Aparece el Grupo de Acción Financiera Internacional en 1989, como hacedor de políticas, y creador de estándares internacionales para promover la implementación de medidas operativas y legales contra el lavado de activos. Se dictan las 40 recomendaciones del GAFI, utilizadas como estándares internacionales para la creación y adecuación de la legislación de cada estado parte a las normas de PLA/CFT.

En el año 2000 se sanciona la Convención de Palermo, que amplía la cantidad de delitos precedentes al lavado de activos (hasta ese entonces se limitaba al delito del narcotráfico) y establece la responsabilidad de las personas jurídicas y criminaliza el llamado “autolavado”, que no era reprimido hasta entonces por ser tratado el lavado de dinero como un tipo especial de encubrimiento.

Aspecto Nacional: Bien jurídico protegido y legislación vigente:

En 1989 se sanciona la ley 23.737, donde el bien jurídico protegido era la salud pública, en tanto se adecua a la mencionada Convención de Viena de 1988 que considera al delito de lavado de activos exclusivamente ligado al narcotráfico.

En el año 2000, se sanciona la ley 25.246 que modifica a la ley 23.737 criminalizando al lavado de activos en el art. 278 del Código Penal como una forma especial de encubrimiento incluyendo como delito precedente a todos los delitos del sistema penal, de esta manera el bien jurídico protegido pasa a ser la administración pública y ya no la salud pública.

En el año 2011 se sanciona la ley 26.683 y actual momento de la norma, adecuado la tipificación del delito de lavado de activos a los estándares internacionales creando el título “Delitos Contra el Orden Económico y Financiero” dentro del Código Penal, estableciendo así el bien jurídico protegido y considerando al lavado como un delito pluriofensivo.

“Se trata de un bien jurídico supraindividual o colectivo, cuya afectación opera en desmedro de la estabilidad, seguridad y desarrollo económico-financiero formalmente instituido”¹⁹⁰

Asimismo, deja de entender al delito de lavado como una figura de encubrimiento, penalizando ahora si el “autolavado”, determinando la responsabilidad penal de las personas jurídicas y el decomiso sin necesidad de condena previa en materia de lavado de activos.

Sobre el Proyecto de Ley de reforma del Sistema PLA/CFT. Modificaciones al Código Penal.

A) Art. 303.

El proyecto introduce al actual art. 303 CP, el cual tipifica el lavado de activos dentro de nuestro sistema penal, las siguientes modificaciones:

*“ARTÍCULO 303. 1) Será reprimido con prisión de TRES (3) a DIEZ (10) años y multa de DOS (2) a DIEZ (10) veces del monto de la operación el que convirtiere, transfiriere, administrare, vendiere, gravare, **adquiriere**, disimulare o de cualquier otro modo pusiere en circulación en el mercado, **fondos u otros activos provenientes de un ilícito penal**, con la consecuencia posible de que el origen de los bienes originarios o los subrogantes adquieran la*

¹⁹⁰ Carlos Reggiani. Lavado de Activos, Pensamiento Penal, p. 8.

apariciencia de un origen lícito, y siempre que su valor supere la suma de PESOS TRESCIENTOS MIL (\$300.000), sea en un solo acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí.[...]

3) *El que recibiere o **poseyere** bienes u otros activos provenientes de un ilícito penal, con el fin de hacerlos aplicar en una operación de las previstas en el inciso 1), que les dé la apariencia posible de un origen lícito será reprimido con la pena de prisión de SEIS (6) meses a TRES (3) años.*

4) *Si el valor de los bienes no superare la suma indicada en el inciso 1), el autor será reprimido con la pena de prisión de SEIS (6) meses a TRES (3) años. [...]*¹⁹¹

A.1) Es importante aclarar que el tipo objetivo consiste en transformar bienes provenientes de un ilícito penal y darle una apariencia lícita¹⁹², donde las acciones típicas consisten en convertir, transferir, administrar, vender, disimular y, de cualquier modo, poner en circulación, a las cuales se suma con esta modificación el verbo típico **“adquirir”**.

El mismo es definido por la Real Academia Española, en el sentido utilizado, como: **“adquirir**. Del lat. *adquirĕre*. 4. tr. Der. Hacer propio un derecho o cosa que a nadie pertenece o que se transmite a título lucrativo u oneroso, o por prescripción.”

¹⁹³

De esta manera ya no solo son típicos aquellos verbos relacionados con aquel que da, “vender”, “transferir”, sino también sería típica la conducta de aquel que recibe: “adquirir”, a cualquier título.

A.2) Se incorpora la expresión **“fondos u otros activos provenientes de un ilícito penal”**, en lugar de “bienes” como utiliza la norma actual y vigente, a mi entender para ampliar el espectro de bienes que son incluidos en el delito de lavado de activos, en relación al crecimiento del mercado de criptoactivos, nuevas tecnológicas y las nuevas implicancias que la era de la información trae consigo y que los diferentes estados deben incorporar e internalizar en sus ordenamientos jurídicos.

A.3) En el proyecto, se pierde la oportunidad de elevar el monto de umbral del delito punible, que se deja en PESOS TRESCIENTOS MIL (\$300.000), y no se elimina la figura residual del inciso 4to que reprime como lavado todo lo que está por debajo del umbral. Es decir, en el texto vigente, y también en el proyecto, el umbral no es un límite sino un atenuante de la pena, *“en tanto sería una buena decisión de política criminal, punir todo lo que se encuentre sobre el monto en la medida que afecta al orden económico y financiero.”*¹⁹⁴

A.4) Es importante mencionar, aunque es tema para un trabajo totalmente a parte y no forma parte de las modificaciones introducidas por el proyecto de ley, la expresión **“provenientes de un ilícito penal”**. *“La misma, vino a reemplazar a “provenientes de un delito” conforme establecía el artículo 278 del Código Penal. Se entendió que ello elimina la posible discusión en torno a si debería requerirse sentencia condenatoria para su prueba o si, por el contrario, resulta suficiente la mera acreditación de un injusto que, como concepto de delito en abstracto, satisfaga la exigencia típica.”*¹⁹⁵ Esto es objeto de discusión doctrinaria, aun hoy aunque la mayoría de la misma y la propia jurisprudencia concuerden en que solo es necesaria una prueba indiciaria sobre el origen ilícito de los fondos en tanto se pruebe que la conducta es

¹⁹¹ Proyecto de Ley INLEG-2022-54414624-APN-PTE, Ley: Modificaciones en la legislación vigente relativas a la Prevención y represión del Lavado de Activos (LA) y otros

¹⁹² Carlos Reggiani. Lavado de Activos, Pensamiento Penal, p. 8.

¹⁹³ Real Academia Española. <https://dle.rae.es/adquirir>

¹⁹⁴ María Eugenia Talerico, abogada penalista experta en temas de integridad financiera, lavado de activos y financiación del terrorismo. Ex Vice Presidente de la Unidad de Información Financiera Argentina (UIF) (2016-2020). Vice Presidente de la ONG Será Justicia. “MODIFICACIONES EN LA LEGISLACION VIGENTE SOBRE PREVENCIÓN Y REPRESIÓN DEL LAVADO DE ACTIVOS Y OTRO.”

¹⁹⁵ Carlos Reggiani. Lavado de Activos, Pensamiento Penal, p. 11

típica no siendo necesaria entonces una sentencia anterior en relación al delito previo que dio origen a los fondos que será objeto del lavado propiamente dicho.

B) Art. 306 CP.

El proyecto introduce al actual art. 306 CP el cual tipifica el delito de financiación del terrorismo dentro de nuestro sistema penal, las siguientes modificaciones: **“ARTÍCULO 306. 1. Será reprimido con prisión de CINCO (5) a QUINCE (15) años y multa de DOS (2) a DIEZ (10) veces del monto de la operación el que directa o indirectamente recolectare o proveyere fondos u otros activos, de fuente lícita o ilícita, con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte:[...]**

d) Para financiar, para sí o para terceros, el viaje o la logística de individuos y/o cosas a un Estado distinto al de su residencia o nacionalidad, o dentro del mismo territorio nacional, con el propósito de perpetrar, planear, preparar o participar en delitos con la finalidad prevista en el artículo 41 quinquies;

e) Para financiar, para sí o para terceros, la provisión o recepción de entrenamiento para la comisión de delitos con la finalidad prevista en el artículo 41 quinquies.[...]”

B.1) En el art. 306 del C.P., reemplaza el término **“bienes o dinero”** por **“fondos u otros activos”**, nuevamente a mi entender en relación al crecimiento del mercado de criptoactivos y nuevas tecnologías, ampliando el área de incumbencia del poder punitivo.

B.2) Por otro lado de modo correcto prevé que el financiamiento de terrorismo puede tener como fuente dinero lícito o ilícito, aunque en la redacción actual nada decía sobre ello, la aclaración hace a la taxatividad de la ley penal.

B.3) Asimismo, en relación a los últimos informes de gestión de la UIF (2019 – 2021), se ha recomendado que debe preverse el delito de financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva¹⁹⁶ *“para que la sanción financiera dirigida que se prevé en el proyecto sea aplicable sin cuestionamientos a partir de la violación del principio de legalidad.”*¹⁹⁷

C) Art. 45 Quinquies.

El actual art 45 quinquies del CP establece que:

“ARTICULO 41 quinquies — Cuando alguno de los delitos previstos en este Código hubiere sido cometido con la finalidad de aterrorizar a la población u obligar a las autoridades públicas nacionales o gobiernos extranjeros o agentes de una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo, la escala se incrementará en el doble del mínimo y el máximo.[...]”

El proyecto de ley incluye, la frase **“ [...]**alguno de los delitos previstos en este Código, **leyes especiales, y en las leyes que incorporen tipos penales previstos en convenciones internacionales vigentes en la REPÚBLICA ARGENTINA [...]**” introduciendo así la incorporación de tipos penales previstos en convenciones internacionales vigente en el país al tipo penal del terrorismo ampliando el alcance de la norma.

¹⁹⁶ <https://www.argentina.gob.ar/uif/informes-de-gestion>

¹⁹⁷ María Eugenia Talerico, abogada penalista experta en temas de integridad financiera, lavado de activos y financiación del terrorismo. Ex Vice Presidente de la Unidad de Información Financiera Argentina (UIF) (2016-2020). Vice Presidente de la ONG Será Justicia. “MODIFICACIONES EN LA LEGISLACION VIGENTE SOBRE PREVENCIÓN Y REPRESIÓN DEL LAVADO DE ACTIVOS Y OTRO.”

Nuevos sujetos obligados. Modificaciones a la Ley N°25.246 y sus modificatorias.

Las modificaciones introducidas por el proyecto de reforma del sistema PLA/CFT a la ley 25.246 requieren un análisis a parte, en relación al modo en que opera este sistema, los sujetos involucrados, sus competencias y obligaciones, etc.

Pero no podemos dejar de mencionar ciertos puntos importantes como son el cambio de orbita de la cual depende la UIF (Ministerio de Economía), modifica su autarquía funcional, administrativa y económica, así como sus facultades y competencias, incorpora el enfoque basado en riesgos para calibrar los mecanismos de prevención (si bien ya son utilizados por la mayoría de los sujetos obligados), se quitan y agregan sujetos obligados y se crea un registro de beneficiarios finales cuya autoridad de aplicación será la AFIP entre otras modificaciones.

Sin embargo, a los fines informativos y de interés, en relación a las incumbencias profesionales y obligaciones de los colegas abogados, es importante destacar la modificación al art. 20 de la ley 25.246, en el punto 17, donde se incluyen a los profesionales abogados como nuevo sujeto obligado frente a la UIF. El mismo establece:

“ARTÍCULO 20.- Están obligados a informar a la UNIDAD DE INFORMACIÓN FINANCIERA (UIF), de conformidad con las normas que dicte dicho organismo, los siguientes sujetos:[..]

17. Los abogados, contadores públicos y escribanos públicos, y cualquier otro profesional, únicamente cuando a nombre y/o por cuenta de sus clientes, preparen o efectivamente lleven a cabo alguna de las siguientes transacciones: a) Compra y/o venta de bienes inmuebles; b) Administración de dinero, valores y/u otros activos; c) Administración de cuentas bancarias, de ahorros y/o de valores; d) Organización de aportes o contribuciones para la creación, operación o administración de personas jurídicas u otras estructuras jurídicas y e) Creación, operación o administración de personas jurídicas u otras estructuras jurídicas, y la compra y venta de negocios jurídicos y/o sobre participaciones de personas jurídicas u otras estructuras jurídicas.[...]

Los abogados, escribanos públicos y contadores públicos que actúan como profesionales independientes no están obligados a reportar transacciones sospechosas si la información relevante se obtuvo en circunstancias en las que estos están sujetos al secreto profesional.

Esta modificación generó gran discusión y malestar dentro de la profesión ya que en un principio no se establecía los límites de esta obligación frente a la UIF, como se hace actualmente en el citado punto in fine. La cuestión y el derecho al secreto profesional era controversial porque ponía en juego garantías constitucionales, cuestiones profesionales y morales de la profesión que ejercemos día a día.

Con la redacción actual del proyecto esta discusión queda subsanada en tanto no obliga a los abogados a informar operaciones sospechosas siempre que la información se haya obtenido en circunstancias en que están sujetos al secreto profesional.

Ahora bien, ¿Esto excluye a las transacciones mencionadas al principio del art. 20 punto 17 y viceversa? No, la norma habla de dos momentos diferentes, el secreto profesional prevalece por sobre el deber de informar siendo sujeto obligado cuando se obtiene la información, pero ese deber es operativo cuando se **“preparen o efectivamente lleven a cabo alguna de las siguientes transacciones”**, la norma entonces habla de una instancia de obligatoriedad frente a la UIF cuando efectivamente “se preparen o lleven a cabo”.

¿Todos los abogados son sujetos obligados todo el tiempo? No, como establece la norma: **“únicamente cuando a nombre y/o por cuenta de sus clientes, preparen o**

efectivamente lleven a cabo alguna de las siguientes transacciones”, sin mencionar que también es importante que cliente es y qué tipo de operación quiere llevar a cabo.

Conclusión:

Resulta difícil prever la suerte de este proyecto en cuanto a su aprobación, habida cuenta del funcionamiento del Poder Legislativo, sin embargo, es importante la iniciativa después de 11 años de estancamiento del Sistema de Prevención de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo que se genere movimiento y proyectos con intención de adecuarlo a las recomendaciones y estándares internacionales.

El delito de lavado de activos es un delito complejo con ramificaciones tanto en la comisión del delito previo como en la comisión del mismo tipo, transacciones difíciles de trazar, seguir y probar. Por ello una adecuación de la legislación es de importancia mayor.

El proyecto deja temas sin tratar como es la tipificación del delito de proliferación de armas de destrucción masiva, y seguro deje muchos más, no solo en esta posible reforma sino en otras venideras.

Es importante generar un estudio exhaustivo de ello para poder afinar y adecuar de la mejor manera tanto la legislación como el sistema para poder llegar a los estándares recomendados internacionalmente y así poder mitigar lo mejor posible los riesgos.

Nosotros como profesionales auxiliares de la justicia, abogados, debemos promover la excelencia en técnica legislativa y en esa adecuación a los estándares internacionales, ser parte del cambio desde el lugar que nos encontramos es fundamental para dar el debate y generar más y mejores propuestas para lograr un Sistema de Prevención de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo más eficiente en nuestro País.

Bibliografía.

1. Código Penal de la Nación
2. Ley 25.246 (Texto Actualizado)
3. Proyecto de Ley INLEG-2022-54414624-APN-PTE, Ley: Modificaciones en la legislación vigente relativas a la Prevención y represión del Lavado de Activos (LA) y otros
4. Decisio, “Algunas consideraciones acerca del Proyecto de modificación de la Ley 25.246”, 5/10/2022
5. Carlos Reggiani. Lavado de Activos, Pensamiento Penal.
6. María Eugenia Talerico, abogada penalista experta en temas de integridad financiera, lavado de activos y financiación del terrorismo. Ex Vice Presidente de la Unidad de Información Financiera Argentina (UIF) (2016-2020). Vice Presidente de la ONG Será Justicia. “MODIFICACIONES EN LA LEGISLACION VIGENTE SOBRE PREVENCIÓN Y REPRESIÓN DEL LAVADO DE ACTIVOS Y OTRO
7. <https://www.argentina.gob.ar/uif/informes-de-gestion>

La necesidad de poner en funcionamiento, en forma urgente, el cuerpo de “Policía Judicial”, instituido en la ley 15.005

Abog. Lorente, Juan Ignacio
Colegio de Abogados de San Isidro

SÍNTESIS DE CONTENIDOS:

En el siguiente trabajo se describe la problemática relacionada con el accionar de la policía de investigaciones, dependiente del poder ejecutivo provincial (Ley 13.482), en la instrucción de causas penales complejas. Y se sostendrá la idea de que la implementación de una policía

En primer orden, se buscarán algunas definiciones y se describirá la problemática actual de la delegación de investigaciones en personal policial común. En segundo orden se abordará la situación actual de la Policía Judicial, en virtud de que allí se implementó tal sistema, llegando a proponer la siguiente conclusión:

Es necesario dotar de herramientas policiales a la policía judicial, reformando su ley de creación. A su vez, resulta imprescindible poner en funcionamiento de forma urgente la Policía Judicial en la Provincia de Buenos Aires”.

INTRODUCCIÓN.

Durante la década que transcurrió entre el año 1990 y el año 2000, se llevaron a cabo grandísimas transformaciones en lo relacionado con el sistema criminal. Si bien estas transformaciones no fueron aisladas dentro del marco institucional provincial, posiblemente en este sistema sí hayan sido mucho más profundas y relevantes que en otros ámbitos de la administración de las funciones del estado. Basta con pensar en perspectiva sobre el ejemplo de un juzgado Civil y Comercial, o sobre el funcionamiento de la Suprema Corte. Con los cambios razonables de los tiempos, no es considerable ni normativa ni operativamente un cambio esencial. Más cuando uno practica el mismo análisis sobre las instituciones que componen al sistema criminal, se encuentra con un cuadro completamente antagónico. Tanto Policía, como Ministerio Público y Poder Judicial, en dicha materia, hoy realizan tareas diametralmente diferentes y opuestas, a las que realizaban antes del año 1994. Y si bien he corrido la fecha 4 años, no es inocente tal diferencia. Antes de avanzar, es preciso cerrar un concepto.

Para dejar sembrada una definición, podemos decir que el sistema criminal, es sistema pues responde a un orden determinado, y que aunque debería, casi únicamente logra responder con algo de eficacia frente a las conductas que la sociedad considera disvaliosas. Sintetizando, podemos definir al mismo como a un “Conjunto de normas que ordenan la reacción estatal frente a los delitos, contravenciones y violencias”.

Las reformas constitucionales de los años 1994, en el orden nacional y de 1995, en el orden provincial, dan cuenta de la intensidad del reclamo social en materia exigencia del respeto de los derechos humanos por parte del aparato estatal. Concluida la etapa de mayor violencia política de todo el siglo XX, se comenzó entonces a pensar en instituciones que garanticen los derechos de los ciudadanos, principalmente los derechos humanos. Históricamente, más si se piensa fuera de las etapas de dictadura, la institución la cual más ha sido condenado el estado en tribunales internacionales, ha sido la policía. Por citar un caso emblemático, lo haremos con “Walter David Bulacio” (https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_100_esp.pdf). En donde si bien, y adrede, no es un caso de la Policía Provincial, se puede observar la idiosincrasia de las fuerzas policiales argentinas. Por este y por muchos otros casos, se plantean una serie de problemas, cuya respuesta fueron reformas y contra reformas, a la luz del debate

público. Es habitual, estudiar la temática olvidando que el sistema criminal, es la parte más importante de un servicio esencial del estado, que responde a la necesidad pública que es la seguridad. Es por esto que en la línea de pensamiento reformista, el constituyente bonaerense previó la creación de una policía judicial. Luego, el legislador la instituyó con la sanción de la ley 15.005. Es importante destacar, que en muy buena medida, el debate público en muy buena medida estaba relacionado con el gobierno de la política criminal. Por un lado, cuánta autonomía se le permitiría a la policía, de qué manera se distribuiría el poder de reacción y a su vez, quién tendría el gobierno de la policía. Es por esto que no se puede comprender el problema actual, si no se piensa en un contexto más amplio de reforma integral. En primer lugar, las reformas constitucionales nacional y provincial, elevando el estándar nacional en materia de DD.HH. y en esta última, ordenando la creación de una policía judicial. Luego, se sancionan las leyes 11.922, 12.154, 13.482 y en forma tardía, la ley 14.424, de creación de la policía judicial, luego derogada por la ley 15.005, de creación de “la nueva policía judicial”.

Sin profundizar, a efectos de evitar una longitud innecesaria, podemos decir que la ley 11.922, estableció un nuevo código procesal penal, incorporando el sistema acusatorio adversarial y sepultando al sistema inquisitivo. Allí también se quita al personal policial la facultad de instruir las causas, incorporando a la fiscalía como a la directora del proceso penal, y dejando a la policía el rol de auxiliar. En seguida, se sancionó la ley de seguridad pública (y ciudadana). Que intenta corregir el paradigma en materia de política de seguridad, barriendo con el de “Seguridad Nacional” e incorporando el de “Seguridad Ciudadana”, acorde con la vida democrática actual. Al tiempo, se deroga la ley 9550, por intermedio de la ley 13.482. En esta, ya se intentaba disgregar a la policía provincial, dividiéndola en policías según especialidad, y hablando de los elementos operativos, separando a los de “Policía de Seguridad”, de los que llevarían “Policía en Función Judicial”. Más de diez años más tarde, se cumpliría con la manda constitucional, y se ordenaría crear la policía judicial, cuerpo que aún no funciona.

PROBLEMAS DE IMPLEMENTACIÓN.

Es sabido que del dicho al hecho, hay un largo trecho. Y la serie de reformas precitadas, fueron un decir, que en la práctica no fueron mucho más que maquillaje en el agrietado rostro de la policía provincial. Por un lado, en muchos casos se observó a agentes del Ministerio Público, asumir la conducción de las instrucciones, con menos respeto por los derechos que el que tenían los “Comisarios” cuando instruían con el código procesal derogado. Por el otro, a fuerza de presión interna, los altos mandos de la fuerza consiguieron la reunificación de la misma, dependiendo de una misma jefatura, y en consecuencia de la misma burocracia, tanto la policía de seguridad como la policía de investigaciones.

Descripción causa “Leones Blancos”, 500 kgs de cocaína.

(2013, Quilmes, Pcia. de Bs. As.).

<https://www.lanacion.com.ar/seguridad/escandalo-cayo-polaco-destinatario-cargamento-cocaina-robado-nid2497566/>

Encuentran una gran suma de dinero a un titular de una delegación de policía en función judicial.

(2018, San Miguel, Pcia. Bs. As.)

https://realpolitik.com.ar/nota/31016/coimas_en_san_miguel_un_comisario_desafectado_luego_encontrar_80_mil_pesos_en_un_operativo/

Detienen a 9 policías por quedarse con varios kilos de cocaína.

(2022, Moreno Pcia. Bs. As.)

https://www.clarin.com/policiales/policias-presos-quedarse-kilos-cocaina-operativo_0_WBZeUFkb7d.html

Estos, solo por citar tres ejemplos. Si bien existen fallos, no se busca en esta ponencia destacar una cuestión jurídica, sino una cuestión de política criminal y por lo tanto se considera más útil citar artículos de prensa, en tanto que la condena de los hechos de corrupción cometidos por hombres de piel blanca, heterosexuales de clase alta, son de bajísima probabilidad de condena. Aunque esto sería objeto de otra ponencia, sí es cierto que existe un problema, sin adentrarse en una situación puntual,

No advertimos previamente, para que no fuese prematuro, que en la Policía de la Provincia de Buenos Aires, existe una separación entre “Policía de Investigaciones en Función Judicial” y una “Policía de Investigaciones de Narcotráfico”. Aunque muchas veces se les encomiendan tareas cruzadas a ambas reparticiones. Lo cierto es que resulta evidente que cuando la cuantía del monto o la complejidad del asunto escapa a la lógica cotidiana de una comisaría, las probabilidades de desastre aumentan exponencialmente. Y es por esto que resulta razonable plantear que si la herramienta de la policía judicial existe, debería ser implementada de forma urgente, con el fin de quitar de las manos de una institución que a las claras no puede manejar causas complejas, sin ser permeable a la connivencia y a la corrupción.

EL PROBLEMA DE LA LEY 15.005

Habiendo entregado previamente algunos elementos relacionados con la problemática, es imprescindible describir que la situación actual de la Policía Judicial es que, la misma se encuentra en un desarrollo extremadamente lento, por ejemplo, al Departamento Judicial de San Isidro, aún no ha llegado, y que a su vez, está dirigiendo su esfuerzo en camino hacia un modelo similar al “CIJ”, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Tanto el CIJ, como la PJ Bonaerense, tienen agentes sin armas, que a su vez requerirán el auxilio de las fuerzas. El CIJ Porteño, es asistida por la ultra moderna y eficiente “Policía de la Ciudad”. Mientras que la PJ Bonaerense, deberá ser asistida por los mismos cuadros que han llevado a la problemática que determinó su creación. Y es por ello que en atención a poder afrontar las investigaciones relacionadas con los crímenes medianamente complejos, resulta imprescindible reformar la ley 15.005, al menos permitiendo que la PJ tenga dentro de sí cuadros capaces de resolver situaciones operativas propias de Policía de Investigaciones, puntualmente permitiendo el uso de armas y la capacidad de ejercer por sí la fuerza pública, en caso de que las investigaciones que le son consignadas así lo requieran, de modo tal que pueda actuar coordinada y organizadamente junto con la Policía regular, pero sin perder el foco del rol policial propiamente dicho, con el fin de evitar los flagelos antes reseñados y facilitar la labor de la totalidad de los actores del proceso penal y el derecho a la justicia tanto de encausados como de víctimas.

CONCLUSIÓN.

1.- “Es necesario reformar la ley 15.005, dotando de herramientas policiales a la Policía Judicial”

2.- “Es necesario poner en real y efectivo funcionamiento a la Policía Judicial en la Provincia de Buenos Aires”.

Del femicidio a los delitos de género, en la República Argentina

Por Abog Ruiz Díaz, Nadia Victoria, Abog Spinetti, Juan Cruz, Abog Giboudot, Ignacio Alejandro Colegio de Abogados Avellaneda Lanus

SUMARIO.

- I- Palabras preliminares frente a estas problemáticas.
- II- Conceptualización del “Femicidio y los Delitos de Género”.
- III- Características propias de dichos delitos: A) Bien jurídico tutelado. B) Acción Típica Objetiva y Subjetiva.
- IV- Conclusiones.
- V- Propuesta
- VI- Biografía.

I- Palabras preliminares frente a estas problemáticas.

La presente ponencia tiene como principal propósito traer a la mesa académica un tema que es de público conocimiento por todos y todas pero que pocas veces nos detenemos a pensar en profundidad. No es novedad que las mujeres de la República Argentina somos víctimas de diferentes tipos y modalidades de violencias en razón de nuestro género.

Nada nuevo bajo el sol, cuando vemos una y otra vez los mismos tipos delictivos atentando contra uno de los bienes jurídicos supremos tutelados en nuestro código penal, la vida.

No hay duda de que el Estado Argentino, hace notables esfuerzos por prevenir y erradicar, las violencias dentro de nuestra sociedad. Pero tampoco nos caben dudas de que todo ello no alcanza. En una sociedad en donde la justicia y los servidores de ella, son la columna vertebral, esta problemática nos interpela directamente.

En razón de todo lo expuesto avanzaremos desde lo micro a lo macro, en términos conceptuales es bien sabido que muchas veces los vocablos al usar la expresión “Género” se entienden de forma reduccionistas como solamente “violencia contra las mujeres”. Frente a esto nuestro primer interrogante ¿Qué sucede con el resto de los géneros? Géneros que se encuentran de igual manera violentados o acaso solamente para el Estado en materia de violencia importan las estadísticas, y serán más importantes quienes arrojen mayorías dejando por fuera desprotegidos grupos minoritarios pero igualmente vulnerados.

De este primer análisis, se desprende automáticamente el segundo interrogante ¿Es suficiente mayor punitivismo por parte del Estado, frente a la comisión de un delito de género? ¿O simplemente el proyecto de ley de reforma penal -Ley Nº 26.791- es una solución parche como respuesta política, cargada de estériles penas que serán letra muerta a futuro?. En este sentido nos permitimos traer a la mente el recuerdo de la reforma de “La Ley Blumberg” - Ley Nº 25.886- donde nuestros legisladores frente a la presión social, aprobaron una reforma de nuestro código penal donde incrementaron las penas por los delitos de portación y tenencia de armas, elevando de forma inédita esas penas.

Y ahora si, dijimos que nuestro tema de estudio central será la problemática de la violencia en razón del género, que terminará teniendo consecuencia en la comisión de ciertos tipos delictivos que se nutren de otros componentes diferentes a aquellos que se caracterizan

por ser crímenes simplemente violentos del tipo convencional. La violencia presupone, por lo general, posiciones diferenciadas, relaciones asimétricas y desiguales de poder.¹⁹⁸

Lo que nos llama poderosamente la atención es que frente a una problemática de violencia, buscamos soluciones con “violencia formalizadora”, porque el derecho en cierta medida es eso, es “violencia institucionalizada” disfrazada de orden, de reguladora, de establecer y garantizar mediante prohibiciones la paz social.

Nos queremos apropiarnos y nos permitimos citar a Muñoz Conde y García Arán: “Hablar de derecho penal, es hablar, de un modo u otro, de violencia. Violentos son generalmente los casos de los que se ocupa el derecho penal (robo, asesinato, violación, rebelión). Violenta es también la forma en que el derecho penal soluciona los casos estos casos (cárcel, manicomio, suspensiones e inhabilitaciones de derechos). El mundo está preñado de violencia y no es, por tanto, exagerado decir que esta violencia constituye un ingrediente básico de todas las instituciones que rigen este mundo. También del Derecho penal.”¹⁹⁹

Nos parece un buen momento, para que reflexionemos como profesionales del derecho, como ciudadanos y ciudadanas, pero sobre todo como personas que en algún momento de nuestras vidas también hemos sufrido y practicado violencia. En mayor o en menor medida, de manera directa o indirecta, violencia lisa y llanamente. Violencia, que si sigue sin ser trabajada con abordajes serios y comprometidos está condenada a seguir siendo replicada.

II- Conceptualización del “Femicidio y los Delitos de Género”.

El término ***Femicidio*** tiene sus orígenes en estudios realizados en los años ‘90 por movimientos feministas anglosajones, se comienza a utilizar este término para denominar el “*asesinato de una mujer*”.

El femicidio implica la muerte de una mujer en un contexto de género. No es femicidio una manifestación de violencia, de cualquier intensidad, para esas intensidades tendremos otro tipo de encuadramientos delictivos previstos en nuestro actual código penal, como pueden ser lesiones, amenazas, etc. En este sentido una de las características del “Femicidio” es la presencia de una mujer víctima en contexto de violencia, que la hace más vulnerable y este va a ser el elemento determinante de dicha figura delictiva.

El femicidio como delito, es un fenómeno atemporal y complejo, que tiene su raíz en la violencia basada en la inequidad de género. Es una forma de violencia extrema contra las mujeres, que consiste en darle muerte a una mujer, que ya era víctima de violencia de género y que es ese contexto previo el que facilita los medios para que el agresor logre su cometido.

En síntesis podemos decir que el femicidio es la muerte de una mujer, en contexto de violencia de género, por su pertenencia al género femenino.

El **femicidio guarda relación directa con el patriarcado**, como símbolo de dominación del sexo masculino sobre el sexo femenino. Es la máxima expresión de esa cultura patriarcal y misógina en la que todos hemos sido criados.

Ahora bien, en este análisis debemos sumar las figuras del “***Travesticidio o Trans Femicidio***”, que podemos definir de la siguiente manera son la expresión de violencia social extrema que se expresa en instancias anteriores a través de la exclusión permanente en el acceso de derechos fundamentales. En nuestro país los colectivos y movimientos LGTB han visibilizado

¹⁹⁸ Conf. Ossola Alejandro, *Violencia Familiar*, pág 47, Advocatus, Córdoba, 2011.

¹⁹⁹ Conf. Muñoz Conde Francisco y García Arán Mercedes, *Derecho penal, parte general*, pág. 25, Tirant lo Blanch Libros, Valencia, 1993

las condiciones estructurales de vulnerabilidad, marginalidad y violencia sistemática a las que son sometidas la mayoría de las mujeres trans y travestis.

Esta desigualdad a través de su vida, tiene que ver con el cissexismo. En este sistema, las personas cis (es decir, aquellas que no son trans) detentan privilegios que no se reconocen como tales, sino que se asimilan al “orden natural”. En este contexto, ser travesti tiene consecuencias materiales y simbólicas en las condiciones de existencia. Así entendido, el correlato del privilegio cis es la precariedad estructural de las vidas trans, sometidas a una dinámica expulsiva que, en el caso de travestis, las mantiene cuidadosamente separadas de la sociedad y las ubica en un lugar material y simbólico mucho más expuesto a la visita frecuente de la muerte prematura y violenta. Máxime si se tiene en cuenta que la expectativa de vida de las travestis en Argentina se reduce a los 40 años.²⁰⁰

En estas figuras vemos, como también son fundamentales y coincidentes con el femicidio, este contexto previo de violencias y estas condiciones estructurales de vulnerabilidad sirven sin duda de condicionantes al plan de vida de esta población, lo que las coloca en un estatus social desventajoso, considerándolos grupo de riesgo.

Los travesticidios son cometidos con enorme violencia y crueldad, utilizando más de un instrumento y/o modalidad comisiva y frecuentemente con violencia sexual. Gran proporción de ellos son cometidos por clientes si la víctima se encuentra en ejercicio de la prostitución, una persona desconocida o alguien con quien tiene un vínculo socio afectivo, ocasional o estable.

Dicho todo esto, nos parece mucho más acertado empezar a hablar de **“Delitos de Género” ya que el común denominador en las figuras antes descritas son las situaciones previas de desigualdad y de violencia, que hacen al contexto de género y que a su vez posibilitan la comisión de dichos tipos delictivos.** Vale destacar, que estas situaciones previas podrían ser totalmente evitables con un Estado presente a través de políticas públicas de calidad, dicho de paso al momento de la redacción de este documento Argentina no cuenta con un monitoreo sistemático de travesticidios/trans feminicidios.

III- Características propias de dichos delitos: A) Bien jurídico tutelado. B) Acción Típica Objetiva y Subjetiva. C) Pena.

A) Bien jurídico tutelado.

- El bien jurídico tutelado en los delitos antes descritos es la vida misma en sentido físico y biológico.
- El fundamento de mayor penalidad debemos buscarlo, en la condición de sujeto pasivo, las situaciones de género preexistentes al delito y las circunstancias especiales de su comisión que es la violencia ejercida en contexto de género.

B) Tipo Objetiva

- El delito consiste en matar, mujer/ trans

²⁰⁰ BLANCO, L.G. (S/F) “Travesticidio. A postillas acerca de la sentencia dictada en el caso del asesinato de Amancay Diana Socayán” Extraído de: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/46819-travesticidio-apostillas-acercasentencia-dictada-caso-del-asesinato-amancay-diana>

- Se trata de un tipo agravado del homicidio, donde el autor del homicidio es un hombre, la víctima es una mujer/trans, que el agresor haya matado a la víctima por su condición de género.
- El Asesinato se haya perpetrado en un contexto de violencia de género.

Tipo Subjetivo

- El tipo es doloso, de dolo directo. No admitiendo dolo eventual, ni formas imprudentes. Respecto a la consumación, coincide con la muerte de la víctima y se trata de un delito de resultado material.

C) Pena

- La pena prevista según nuestro ordenamiento penal actual es de reclusión o prisión perpetua, pudiendo aplicarse la medida establecida según el Art. Nº 52 del Código Penal.

IV-Conclusiones.

Luego de todo lo expuesto, queda en clara evidencia las desigualdades que nos atraviesan. Vivimos en una sociedad patriarcal, machista y misógina.

La desigualdad frente a la ley, es resultado directo de lo que afrontamos día a día como sociedad. Volvemos a insistir en esta idea de que no podemos buscar solamente soluciones positivistas.

Si bien entendemos que los delitos de género que tienen gran contenido de expresiones de odio, deben ser juzgados con todo el peso de la ley; es deber del estado velar por agendas públicas donde la cuestión de género sea tratada desde la prevención y no solamente poner el foco en cuestiones de pena.

Un estado actuante y garante, debe velar por las cuestiones de género de forma cuantitativa y cualitativa. No hace mucho tiempo, nuestro código penal tenía legislado delitos contra el honor, que “justificaban” si un hombre mataba a su esposa por haber sido infiel.

Si no hace mucho tiempo, el estado legitimaba estas cuestiones de violencia extrema contra el género femenino, si ese es el origen de su ADN, la pregunta es ¿Qué hacemos con esas masculinidades violentas?, ¿Qué hace el Estado para terminar con esas violencias naturalizadas?

Muchas preguntas, pocas respuestas y una sola afirmación nos urge como profesionales del derecho entender las necesidades sociales, es una demanda permanente que nos hace la sociedad en la que vivimos, nos desarrollamos y ejercemos. Hoy la cuestión de género, es una necesidad social, es nuestro deber ético y moral aggiornarse en esta temática, caso contrario seremos cada día menos abogado/as.

V- Propuestas

1. Impulsar un proyecto de Ley, donde se tenga por objeto la creación de un instituto dependiente de alguna esfera del Estado, para rehabilitación de masculinidades violentas. Esta

propuesta surge, desde el enfoque de prevención que debe tener el estado y también como medida protectora de la víctima ya que se podría generar un sistema de monitoreo del violento.

2. Generar anualmente una jornada sobre “Masculinidades y Género”, en la que participen las comisiones de jóvenes de todos los Colegios de Abogados de la Provincia de Buenos Aires. En este sentido, el trabajo mancomunado y articulado, entre las comisión de jóvenes y género, será fundamental.

Lo ideal sería que antes de matricularse, el nuevo profesional interesado tenga una jornada de concientización sobre esta temática a la que deberá asistir de forma obligatoria.

VI- Biografía.

BOUMPADRE, J.E. (S/F) “Los delitos de género en la reforma penal (Ley 26.791). Extraído de: <http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2013/02/doctrina.pdf>

DÍAZ LÓPEZ, J.A. (2012) “El odio discriminatorio como circunstancia agravante de la responsabilidad penal” Extraído de: 79 <http://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/11312/56391diazlopezjuanalberto.pdf?sequence=1>. (última consulta: 24/02/2019) FIGARI, C.E. (2017) “Consideraciones sobre el movimiento LGTB en Argentina” Extraído de: <http://onteaiken.com.ar/ver/boletin24/onteaiken24-04.pdf>

BUOMPADRE, Jorge E. (2013), “Violencia de Género, Femicidio y Derecho Penal. Los nuevos delitos de género”. Córdoba. Ed. Alveroni.

BUOMPADRE, Jorge E. (2018), “Derecho Penal parte especial”. Resistencia. Ed. Contexto.

TRAZZA, A. (2014) “El homicidio agravado por odio de género y femicidio – art. 80 inc. 4 del Código Penal”.

DOCUMENTOS CONSULTADOS:

- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y erradicar la Violencia contra la Mujer.
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Recomendación General n° 28 relativa al art. 2 de la Convención para la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer.

Los procesos colectivos como herramienta para garantizar el acceso a la justicia de sectores vulnerables

Autor: Abog Antonella Biglieri

Para adentrarnos en su estudio, deberíamos revisar los antecedentes que precedieron al modelo actual de los procesos en clave colectiva.

Estamos de acuerdo en que el proceso judicial, en pocas palabras, nació para resolver conflictos entre particulares. Pero, pregúntense, ¿un proceso cuyas bases datan de más de 400 años, puede ser la herramienta idónea para los conflictos que nos aquejan en la actualidad? la respuesta inmediata, parece ser que no.

Conozcamos un poco más de las acciones colectivas y viajemos al país que las vio desarrollarse. Las *class actions* fueron incluidas en la Regla 23 de Procedimiento Judicial Federal de Norteamérica en 1938. En una sociedad asolada por la discriminación racial y la urgente necesidad de garantizar derechos civiles a la comunidad afro, estas acciones se convirtieron en una herramienta fundamental para conseguirlos. Así, para 1950, lo sucedido a Rosa Parks quien, en su regreso del trabajo, fue arrestada por sentarse en el área del bus destinada a “*white people*” marco un antecedente esencial para la lucha creciente por los derechos de esa comunidad. En 1954, aquellas voces resonaron en las puertas de la Corte Suprema estadounidense que, finalmente, dictó la sentencia en el caso “*Brown vs. Board of Education*” declarando la inconstitucionalidad de las leyes segregativas. Para los ‘70 y ‘80 con los avances de la sociedad de consumo, las *class actions* también se hicieron oír e inmediatamente dieron respuesta a los daños que las grandes empresas le ocasionaban a la población y al medio ambiente.

Ahora bien, estas acciones así como las conocemos, han sabido desplegarse en el sistema de *common law*. Esto es así porque “...el *common law* se caracteriza por ser una tradición generalmente no codificada y fundada en el precedente judicial, mientras que la tradición del *civil law* es conocida por un derecho codificado, tanto sustancial como procesal, donde los jueces son meros aplicadores de la ley...”²⁰¹. El predominante rol de director del juez en el sistema *common law* permite que aquellos puedan moverse con flexibilidad y que, al momento de decidir, no tengan que aplicar una norma ya determinada a un caso que tal vez necesite otro tipo de remedios.

Entonces, qué sucede con el sistema *civil law*, típico en los países latinoamericanos. En los Estados de tradición codificada, el rol del juez queda relegado a mero aplicador de la ley, es por ello que, la importancia de dictar códigos de procedimiento para regular los procesos colectivos es tan fundamental.

En nuestro país, antes de la reforma de 1994, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN) había realizado ciertos guiños al reconocimiento de derechos colectivos. En el fallo “Kattan” (1983) reconoció que cualquier ser humano tiene el derecho subjetivo de accionar para proteger el medio ambiente y que, tal afirmación, es una garantía implícita reconocida por el artículo 33 de la Constitución Nacional.

La llegada de la reforma constitucional de 1994 representó un cambio cultural, social y político, pues pasamos de una democracia representativa a una democracia participativa, es

²⁰¹ VERBIC, Francisco; “Introducción a los procesos colectivos y las acciones de clase”; 1ra ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editores del Sur, 2021, págs. 38/39.

decir, ya no dejábamos en manos de nuestros líderes el cuidado de nuestros asuntos, sino que, con mayor información y tecnología, nos comenzamos a involucrar en aquellas situaciones que requerían de nuestra protección o participación. En ese contexto, los constituyentes introdujeron a través de los artículos 41 y 42 el reconocimiento a derechos colectivos al medio ambiente y el trato equitativo y digno a los usuarios y consumidores. Pero además, les reconocieron legitimación colectiva a algunos actores en el artículo 43.

Si bien, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN) ha reconocido la operatividad del artículo 43 de la Constitución Nacional y vale aclarar que, en Argentina a nivel nacional, contamos con la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240 y la Ley General del Ambiente N° 25.675 que, si bien cuentan con algunas disposiciones sobre las acciones colectivas, son normas de fondo y no regulan los procesos colectivos. Por esta razón, a casi 30 años de la reforma, la CSJN se ha visto en la necesidad de redactar instrumentos que permitan a los y las litigantes cumplir con los requisitos necesarios para presentarse en un proceso colectivo.

Justamente, los **leading case “Halabi” y “Padec” y, por otro lado, las Acordadas 32/2014 y 12/2016** simbolizaron un “tirón de orejas” para el Congreso de la Nación. Ante la demora legislativa, en “Halabi”, caso que involucraba un planteo de inconstitucionalidad de una ley y su decreto reglamentario, la CSJN adoptó un sistema mixto de legitimación entre el sistema norteamericano de *class actions* y el sistema europeo de protección en manos de organismos públicos como el *Ombudsman* o Defensor del Pueblo y, también, confirmó los alcances de la sentencia colectiva. Asimismo, utilizó aquella oportunidad, para diferenciar las categorías de derechos, por un lado, los derechos individuales, por el otro, los derechos colectivos que tienen por objeto bienes indivisibles (como es el caso del medio ambiente) y, finalmente, los derechos colectivos que tienen por objeto bienes individuales homogéneos, es decir, enteramente divisibles. Posteriormente, en el caso “Padec”, el Dr. Carlos Fayt se sumó a la mayoría de la Corte y de esta manera, le dio mayor firmeza al precedente de “Halabi”.

A través de la Acordada N° 32/2014, se creó el Registro Público de Procesos Colectivos con el objetivo de que los procesos en clave colectiva sean inscriptos en aquel registro que debe ser consultado por los jueces para evitar sentencias contradictorias y que, en el eventual caso de que exista relación entre las causas, el juez que previno debería decidir en todas las conexas.

Posteriormente, la CSJN dictó la Acordada N° 12/2016 con la que aprobó el Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos incluyendo, por ejemplo, los requisitos de la demanda, la inscripción del proceso colectivo, la remisión al juez que previno, los efectos colectivos de las medidas cautelares y, aún más importante, puso en cabeza del juez no la elección sino el deber de adoptar medidas para ordenar el procedimiento.

Con estos antecedentes históricos, debemos introducir algunas aclaraciones sobre los elementos de estas acciones. Cuando hablamos de proceso en clave colectiva, estos pueden ser denominados de diferentes formas (acciones de clase, proceso colectivo, acción popular, entre otros), sin embargo, a pesar de tener elementos diferentes, siempre deben manifestarse dos que, sin ellos, se diluiría la efectividad de los procesos colectivos. Estos son: **la representación atípica y la cosa juzgada colectiva**. Para comprender el alcance del primero de ellos, debemos comenzar por lo que entendemos por legitimación: “...es el derecho que tiene quien se presenta a la jurisdicción para obtener una decisión o pronunciamiento sobre derecho sustancial invocado,

*sea favorable o no, de hecho cuando una de las partes carece de ella, el juez se limitará a inhibirse porque es una condición para que pueda dictarse sentencia de fondo*²⁰².

Pero la legitimación puede ser reconocida, por un lado, como legitimación *ad causam* o causal que es aquella que entiende que el sujeto lesionado es quien presenta una acción ante un juez para que se resuelva el conflicto y, por el otro, como legitimación *ad processum* o procesal, que refiere a la legitimación otorgada por una norma (como el artículo 43 de nuestra Carta Magna le otorgó legitimación procesal a las Asociaciones, al Defensor del Pueblo, entre otros). Sin comprender que existe esta división y basándonos en la concepción tradicional de legitimación no podríamos otorgarle la representación a un sujeto atípico reconocido por la norma. Entonces, quién es este sujeto que ejerce su representación atípica. **Decimos que es “atípico” pues quien acciona para promover la protección jurisdiccional lo hace sin un poder otorgado por los sujetos directamente afectados, podría, incluso, presentarse con el desconocimiento o en contra de la voluntad de aquellos sujetos.** Es por ello, que para el juez se presentan grandes desafíos al momento de analizar si otorga o no la legitimación a este representante colectivo, desafíos que veremos más adelante.

El otro elemento que nos queda por analizar y que también debe manifestarse en cualquier proceso colectivo, es la sentencia con efectos *erga omnes*, colectiva o expansiva. En el sistema judicial argentino, las resoluciones tienen efectos *inter partes*, esto quiere decir que no causa efectos más allá de los sujetos que estén participando de la causa. Pero, en los procesos en clave colectiva, que los efectos de la sentencia sean expansivos es una necesidad presente como lo es también la representación atípica, pues, entonces, no estaríamos hablando de un proceso colectivo. Como ya dijimos, la eliminación de alguno de estos dos elementos perjudica la efectividad de este tipo de procesos. **Para entender mejor esta cuestión, me resulta interesante traer aquí el ejemplo de lo que sucedió con la Ley de Defensa del Consumidor.** Esta norma fue sancionada en 1993 y tenía disposiciones relativas a la legitimación colectiva de las asociaciones que propendan a la defensa de los consumidores y usuarios y, por otro lado, artículos que indicaban los alcances de la *cosa juzgada*.

Sin embargo, al ser promulgada, el Poder Ejecutivo, a través del Decreto 2089/93, vetó el artículo de disponía efectos expansivos de la sentencia colectiva y, en conclusión, **vació de sentido el proceso colectivo.** Para el año 2008, se dio una nueva discusión en el Congreso de la Nación y, a través de la Ley N° 26.361, se modificaron los alcances de las sentencias quedando el artículo redactado de la siguiente manera: **“ARTICULO 54. — Acciones de incidencia colectiva. (...) La sentencia que haga lugar a la pretensión *hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones, excepto de aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga*”** (el resaltado me pertenece).

En cuanto a la última frase del párrafo anterior, tengo el pie para introducirme en el análisis de los sistemas que permiten garantizar el principio de autonomía personal. Estos son los sistemas *opt in* (optar por incluirse) y *opt out* (optar por excluirse). El primero de ellos, respeta a ultranza la autonomía personal, pues solo serán alcanzados por la sentencia colectiva, aquellos que específicamente se hayan presentado para ser parte en el proceso. El sistema *opt out*, elegido por nuestro ordenamiento normativo, sostiene que solo las personas que manifiesten que quieren ser excluidas por los alcances de la sentencia no formaran parte del proceso colectivo.

²⁰² DEL HUERTO SILVA, María Fernanda; “La legitimación para obrar en los procesos colectivos: evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina”; 1ra ed.; Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editorial Jusbaire, 2021, pág. 23.

Una cuestión más que resta por definir sobre estos sistemas que comentamos es que aquellos solo podrán ser practicados frente a situaciones en las que se persigue la protección de derechos enteramente divisibles, pero si hablamos de un bien colectivo como lo es el medio ambiente tal derecho no podrá ser ejercido, puesto que en definitiva la decisión que se tome respecto a ese bien no puede fraccionarse para unos sí y para otros no.

Finalmente, en lo que respecta a este contexto general de los procesos colectivos, quiero detenerme en aquellas cuestiones señaladas para el análisis de estas acciones, hablo de las ventajas, los desafíos y el rol del juez.

Garret Hardin (1968) ecólogo estadounidense expuso en su teoría “la tragedia de los comunes” aquel problema referente al daño que acciones aisladas le hacían al medio ambiente. En estos casos, el interés del sujeto que actuaba ilícitamente pesaba más que el interés del individuo que, en soledad, quería proteger el bien colectivo. Frente a esto, el proceso colectivo resulta una herramienta ventajosa para desalentar esa conducta ilícita, puesto que las grandes empresas no temen a ser demandadas ya que las personas pierden fuerza en el proceso individual, pero que, en un proceso colectivo, encuentran mayor poder de discusión. Además, los costos que representa un proceso individual suele desincentivar a la persona que tiene interés en demandar, en cambio, a través del proceso colectivo, no solo el costo-beneficio da un resultado positivo, sino que los tribunales también ahorran en tiempo, materiales y recursos humanos. A modo de ejemplo, pensemos en algún interés ilícito de unos pocos pesos que te cobra la tarjeta de crédito, individualmente no nos convendría accionar contra el Banco responsable, pues el costo que me demandaría pagar un abogado termina siendo mayor que el beneficio que pueda reconocermé una sentencia. En cambio, si todas las personas a las que nos cobran este interés ilícito nos presentamos a demandar colectivamente, es probable que el Banco no vuelva a actuar ilícitamente y los costos del juicio no resulten tan onerosos como si accionara individualmente.

Por otro lado, es importante remarcar que los procesos colectivos garantizan el acceso a la justicia a los sectores vulnerables (a lo que volveré de inmediato) que sin conocimiento de los derechos que los amparan no se presentan frente a la justicia para hacerlos valer.

En cuanto a los desafíos, es fundamental hablar del rol de los jueces como directores del proceso colectivo para garantizar el principio de autonomía personal y debido proceso. En primer término, porque son los jueces quienes deben cumplir con la inscripción del proceso en el Registro Público y que, además, son los encargados de aprobar y dictar las medidas de difusión adecuadas para que todas las personas que tengan interés en la pretensión que será resuelta en la sentencia colectiva puedan conocer lo que se va a resolver o, caso contrario, puedan elegir ser excluidas de la decisión. Con respecto al debido proceso, es también el juez el encargado de revisar, en cualquier momento, que quien se presenta como legitimado colectivo sea adecuado para representar al grupo afectado, teniendo en cuenta que el derecho a ser oído es difícilmente o imposible de practicar en un proceso colectivo y, por esta razón, es fundamental que el representante sea el apropiado para llevar adelante esa causa.

Para finalizar, como ya lo hemos relatado, en el ordenamiento nacional de nuestro país no contamos con un código procesal para casos colectivos. Recordemos que en nuestro sistema del *Civil Law*, los procesos frente a los tribunales tienen que cumplir con la normativa que disponen los códigos procesales referentes a la materia que los regule.

Sin embargo, desde la reforma de 1994, no se ha dictado este código que regule procesos colectivos y por ello la CSJN ha tenido que tapar lagunas.

Veamos, dicho tribunal en el caso “*Halabi*” ha puesto en cabeza de los jueces dotar con efectividad la protección de los derechos colectivos reconocidos en la Constitución Nacional aunque no dispongamos de la regulación del proceso colectivo.

Más aún, responderíamos ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos si tal situación no se cumpliera teniendo en cuenta que hasta la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha abordado el tema de la efectividad de las garantías indispensables para la protección de derechos humanos en sus Opiniones Consultivas N° 8 y 9, diciendo que, de comprobarse la impracticabilidad de dichas garantías, se estaría transgrediendo la normativa internacional de protección contenida en la Convención Americana de Derechos Humanos.

Por último, considero de importancia traer aquí aquellos casos colectivos en los que ha quedado demostrado que **ante afectaciones masivas solo masivamente puede resolverse la vulneración.**

Hablamos de, por ejemplo, “Asociación Benghalensis” en el cual se garantizó el derecho de las personas con VIH acceder a tratamiento y medicamentos (derecho a la salud), el famoso caso “Mendoza” relacionado con sanear la contaminación del bien colectivo interjurisdiccional “Riachuelo” (derecho a un medio ambiente sano) y “Verbitsky” promovido para resguardar los derechos de los detenidos en cárceles argentinas.

Finalmente, no se nos escapa a este análisis el caso “Cepis” en el cual la CSJN debió realizar una subdivisión de clases reconociéndole solo la protección colectiva a los usuarios residenciales, siendo estos los que requerían tal protección por demostrarse que entre los otros eran el grupo más vulnerable frente a los proveedores de servicios. Fijémonos que no solo hablamos de la protección de derechos que tradicionalmente los vinculamos como fundamentales para el ser humano, sino que también la protección colectiva se ha extendido a otros sectores vulnerables que la doctrina y la jurisprudencia han visibilizado.

Para entender y cerrar esta cuestión, notemos que, en esa línea, se ha dictado la Resolución N° SCI 139/2020²⁰³ que estableció que *“a los fines de lo previsto en el art. 1º de la ley 24.240 se consideran **consumidores hipervulnerables** a aquellos consumidores que sean personas humanas y que se encuentren en **otras situaciones de vulnerabilidad en razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, que provoquen especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos como consumidores.** Asimismo, podrán ser considerados consumidores hipervulnerables las personas jurídicas sin fines de lucro que orienten sus objetos sociales a los colectivos”.*

Así las cosas, la doctrina especializada, la jurisprudencia de los supremos tribunales, y la práctica de los abogados continúan dando pasos en este camino que es el de encontrar los remedios idóneos que garanticen los derechos reconocidos en la normativa constitucional e internacional, aun cuando estos no se encuentren regulados.

Se hace camino al andar...

²⁰³ BO del 28/05/2020, AR/LCON/8PCD.

La tutela anticipada frente al riesgo de prejuzgamiento en un proceso garantista

Por Abog Ugalde, Martin Ariel²⁰⁴
Colegio de Abogados de Mar del Plata

Sumario: I) Exordio, II) Los anticipos pretensionales en la prevención procesal III) Bilateralidad de la petición IV) Fricciones con la competencia subjetiva del juzgador V) Conclusiones

I) Exordio

Stephen Hawking dijo “El desorden aumenta con el *tiempo* porque nosotros medimos el tiempo en la dirección en la que el desorden crece”²⁰⁵. El proceso como método de debate pacífico, necesariamente insume *tiempo*.

Aquel “desorden” al que aludía Hawking, en el proceso lo vemos plasmado en la noción de *riesgo o peligro* de que ocurra un perjuicio por la demora de la serie procedimental que impida la ejecución de un pronunciamiento (*periculum in mora*), o bien un daño de difícil e imposible reparación ulterior (*periculum in damni*)²⁰⁶.

Estos riesgos generan una tensión entre la seguridad que demanda un proceso garantista y la celeridad. Para paliar estas tensiones, aparece la *prevención procesal*, cuya función dentro de la Teoría General del Proceso es el aseguramiento o anticipación de un momento futuro hipotético, brindando instrumentos que conjugan la necesidad de respuesta inmediata o urgente y el respeto a la inviolabilidad de la defensa en juicio.

Y dentro de aquel *género* de la prevención procesal, tenemos distintas *especies* de vehículos para aquel aseguramiento, dentro de los cuales aparecen los *anticipos pretensionales*²⁰⁷.

Al significar estos últimos un adelantamiento de la pretensión a un momento anterior al pronunciamiento definitivo, nos ponen en la situación de analizar varias cuestiones de relevancia no solamente para la prevención, sino para el estudio de la Teoría General del Proceso. En este trabajo me centraré fundamentalmente en dos de ellas: la necesaria bilateralidad previa al despacho del anticipo y el riesgo de prejuzgamiento en el que puede incurrir el magistrado que la resuelva.

II) Los anticipos pretensionales en la prevención procesal

Los anticipos pretensionales, son considerados como una figura que posibilita al juzgador pronunciarse tempranamente, una vez trabada la *litis* y luego de una cognición sumaria

²⁰⁴ Abogado, graduado con Diploma de Honor de la UNMDP (2021). Maestrando en Derecho Procesal (Universidad Austral, CABA). Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Procesal. Miembro del Instituto de Derecho Procesal del Colegio de Abogados de Mar del Plata. Actualmente ejerce la profesión de abogado en el área previsional y de la seguridad social.

²⁰⁵ Hawking, Stephen (2018) “*Historia del tiempo. Del big bang a los agujeros negros*”. Ed. Paidós, p. 194.

²⁰⁶ Calvino, Gustavo (2022) “*La prevención procesal (medidas cautelares, interinas y anticipos de pretensiones): Desafíos temporales y probatorios*”. RC D 43/2022, p. 2.

²⁰⁷ Así, siguiendo al autor citado en la nota (2), podemos distinguir entre medidas cautelares, anticipos pretensionales y medidas interinas.

sobre el fondo de la cuestión sometida a debate en el proceso, otorgando en forma total o parcial al actor o reconviniendo lo pretendido en la demanda o reconvención²⁰⁸.

Erróneamente la doctrina y la legislación confunde esta categoría con las medidas cautelares²⁰⁹, lo que muchas veces lleva a su despacho *in audita et altera pars*. Pero del análisis de sus requisitos surgen que no son lo mismo:

a) *Convicción suficiente acerca del derecho invocado*: lo que se hace aquí es un juicio de probabilidad, pues la petición debe basarse en prueba inequívoca que lleve al juzgador a esta convicción suficiente. No alcanza con la mera verosimilitud del derecho de las medidas cautelares, se requiere una fuerte probabilidad de que el derecho invocado existe y debe ser tutelado.

b) *Urgencia extrema*: se trata del *periculum in damni*, si la medida no se efectiviza en forma inmediata, se causaría un daño irreparable a quien requiere el anticipo. El daño tiene que ver con la privación del bien que se reclama en el proceso durante el tiempo que dure este, y no para asegurar la ejecución de una eventual sentencia de condena.

c) *Contracautela suficiente*: para responder por los daños de quien debe soportar la medida en caso de que la pretensión se rechace en el pronunciamiento definitivo o el anticipo sea revocado.

d) *Que la anticipación de la tutela no genere de por sí efectos irreparables en la sentencia definitiva*: los efectos del anticipo deben ser fácilmente reversibles.

Habiéndose detallado sus requisitos propios, surgen a toda luz sus diferencias con las medidas cautelares ¿Por qué se las confunde entonces? Alvarado Velloso señala con toda claridad que en razón de ser el embargo preventivo la cautelar más antigua, extensa y detalladamente trata de la legislación procesal, el resto de las cautelas imaginables ulteriores han remitido a aquella figura para su regulación. Por otro lado se previó la necesidad de anticipar el resultado de la sentencia en casos de grave riesgo, pero a partir de la segunda mitad del siglo XX con el aumento del poder extraordinario de los jueces aparecen nuevas “cautelas” (medida cautelar innovativa y poder cautelar genérico), pero sin advertir el legislador que esto nada cautela sino que anticipa el contenido de una sentencia declarativa o de condena²¹⁰.

Esta confusión pudo verse hace veinticinco años en lo decidido por la Corte Suprema de Jus en el *leading case* Camacho Acosta c. Grafi Graf SRL y otros (Fallos: 320:1633) en el cual se efectuó un análisis en relación a un verdadero anticipo pretensional vehiculizándolo como una medida cautelar de tipo innovativo, aun cuando la Corte hizo expresa mención de que se estaba anticipando la jurisdicción en el tema que fue llevado a su estudio²¹¹.

²⁰⁸ Cfr. Calvino, G. y Bordenave, L. “Medidas cautelares, tutelas anticipadas y medidas autosatisfactivas”, LL, 2011-B, p. 2.

²⁰⁹ Así, por ejemplo, el Anteproyecto de Código Procesal de las Familias, Civil y Comercial para la provincia de Buenos Aires regula la tutela anticipada en su art. 324 diciendo que “la medida cautelar podrá anticipar total o parcialmente el objeto de la pretensión contenida en la demanda o reconvención, si la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora así lo justifican.”. Aquí puede verse con toda claridad la confusión, pues llama cautelar a un instituto que nada cautela y le asigna requisitos que no son propios de los anticipos pretensionales sino de las medidas cautelares.

²¹⁰ Alvarado Velloso, Adolfo (2009), *Sistema Procesal. Garantía de la libertad*. Rubinzal Culzoni, T. II p.487.

²¹¹ Cdo. 12) “Que el mencionado anticipo de jurisdicción que incumbe a los tribunales en el examen de ese tipo de medidas cautelares, no importa una decisión definitiva sobre la pretensión concreta del demandante y lleva ínsita una evaluación del peligro de permanencia en la situación actual a fin de habilitar una resolución que concilie –según el grado de verosimilitud- los probados intereses de aquél y el derecho constitucional de defensa del demandado”.

Por sus requisitos, es tal el estudio pormenorizado que debe hacer el juzgador a la hora de despachar esta medida a efectos de anticipar el objeto de tutela, que probablemente –tal y como señala A. Meroi- le sea muy difícil volver sobre sus pasos²¹². Ello nos lleva a los siguientes interrogantes: ¿Hay una necesaria sustanciación? ¿Es recusable el juez que despacha estos anticipos para entender en el pronunciamiento definitivo?

III) **Bilateralidad de la petición**

Señalé anteriormente que la historia de la legislación cautelar se ha desarrollado a través del embargo. Dicha medida –al igual que el resto de las medidas cautelares-, no es ni puede ser acción procesal (cfr. Briseño Sierra), pues lo característico de dicha actividad es lograr el inmediato proveimiento favorable sin la previa bilateralidad.

Siendo que la acción procesal es la única instancia necesariamente proyectiva y la única apta para dar inicio a un proceso, la *petición cautelar* como variante del derecho de peticionar ante las autoridades, dará como inicio un procedimiento²¹³.

La no bilateralidad del embargo haya fundamento en una cuestión lógica, no alertar al deudor de la existencia de un actual o eventual proceso en su contra a efectos de evitar que el mismo se desprenda de los bienes que ulteriormente posibilitarán la ejecución de la sentencia que vaya a dictarse en dicho litigio.

El haber incluido a los anticipos pretensionales dentro de la categoría de las medidas cautelares hizo que se les aplicaran sin más las condiciones propias del embargo, provocando que se obvie toda audiencia previa de quien debía sufrir sus efectos, trayendo por consecuencia un claro perjuicio en sus derechos y bienes, neutralizando la inviolabilidad de la defensa en juicio (art. 18 CN).

Para el derecho procesal la bilateralidad debe ser siempre la regla, y la unilateralidad siempre la excepción. Así nos lo enseña Alvarado Velloso pues siendo el proceso un método de debate dialéctico, es un medio para que se desarrolle un diálogo entre las partes (tesis, antítesis, síntesis). Cuando se adelanta el resultado de la pretensión procesal omitiendo la audiencia previa para tutelar un derecho que hipotéticamente puede perderse, se genera otro mal mayor: evitar el proceso como método de debate, convertir aquel diálogo en un monólogo²¹⁴.

Hay quienes plantean que el bilateralizar afecta la celeridad y tutela de los derechos del peticionante del anticipo. Pero lo cierto es que no hay ninguna afectación a la *eficacia procesal*²¹⁵ pues si hacemos un estudio de derecho comparado veremos que la regla es la sustanciación previa al despacho de las tutelas anticipadas (vgr. art. 733 Ley de Enjuiciamiento Civil española; el art. 669 *octies* del CPC italiano; el *référé provision* francés, etc.)

Es más, la prevención procesal prevé otro mecanismo para garantizar esta suerte de celeridad agravada que cierta doctrina reclama sin sacrificar la bilateralidad de la tutela anticipada. Así, como auxilio de la medida cautelar y de los anticipos pretensionales, existen las *medidas interinas*, que son (cfr. Calvino) despachos urgentes limitados por un plazo determinado, unilaterales y excepcionales que tienden a mitigar los riesgos que caben prever en

²¹² Meroi, Andrea A. *El Despacho de una Tutela anticipada*, p. 32.

²¹³ Alvarado Velloso define a la petición como “la instancia primaria dirigida por un particular (cautelante) a una autoridad (juez o árbitro) que puede resolver por sí misma acerca de la pretensión sometida a su decisión”, la misma tiene contenido pretensional pero no dará inicio a un proceso sino a un procedimiento (op. cit. p. 58).

²¹⁴ Alvarado Velloso, op. cit. t. II, p. 570.

²¹⁵ Se entiende por *eficacia* la capacidad para obrar o producir el efecto deseado. Siendo la razón de ser del proceso constituir un método de debate, logra su eficacia al garantizar la paz social evitando la justicia por mano propia (Cfr. Alvarado Velloso, op. cit. t. II, p. 195)

razón de la demora o daño grave que se generaría durante el lapso que insume la sustanciación previa a la tutela anticipada²¹⁶.

Bilateralizar es garantía de la imparcialidad entendida en sentido amplio, pues es un distintivo lógico derivado de la estructura del proceso: tres sujetos, donde dos debaten en igualdad de condiciones y un tercero resuelve luego de dicha discusión²¹⁷. Sin perjuicio de que excede al objeto de este trabajo el carácter procesal o procedimental de la petición del anticipo pretensional²¹⁸, el despacharlo sin previa sustanciación aumenta el acuse de prejujuamiento de dicha decisión, pues tal y como se pregunta Alvarado Velloso: *¿No parece un claro desatino decir que no ha prejuzgado el juez que, valorando la extrema verosimilitud de un derecho y calificando de impostergable la urgencia al resolver un caso, lo ha hecho a voluntad y oyendo una sola de las posibles campanas?*²¹⁹

Por lo tanto, considero que es un recaudo ineludible y previo al despacho de cualquier anticipo pretensional, la sustanciación con el afectado de la medida, pues hace no solo salvaguarda la defensa en juicio sino también la imparcialidad del juzgador. Solo en el caso de que la sustanciación pudiera generar un *periculum in damni*, corresponde pedir una medida interina para paliar aquel perjuicio.

IV) **Fricciones con la competencia subjetiva del juzgador**

Puede que un juez o árbitro sea objetivamente competente, pero no serlo subjetivamente. La competencia subjetiva hace a la persona del juzgador, hace a su imparcialidad (siempre en sentido amplio). Debiendo ser respetada irrestrictamente, su ausencia afecta la utilidad del proceso para la resolución del litigio, teniendo como medio para atacarla la recusación (partes) y la excusación (juez)²²⁰.

La pregunta es la siguiente: *¿Debería estar comprendido en los términos del Art. 17 inc. 7 CPCCN la recusación del juez que despacha estas medidas?*

Anteriormente me referí al precedente Camacho Acosta, donde la corte resolvió dejar sin efecto la sentencia que, sustentada en la imposibilidad de incurrir en prejujuamiento, desestimó la medida cautelar innovativa, solicitada en un proceso de daños y perjuicios, tendiente a que se imponga a los demandados el pago de una prótesis en reemplazo del antebrazo izquierdo del actor que había sido amputado por una máquina de aquéllos, ya que existían fundamentos de hecho y de derecho que imponen al tribunal expedirse provisionalmente sobre la índole de la petición formulada.

Así, esta tesis entendió que aquel anticipo “que incumbe a los tribunales en el examen de ese tipo de medidas cautelares, no importa una decisión definitiva sobre la pretensión concreta del demandante” (cdo. 12). Y que aquellas medidas se encuentran encausadas en forma excepcional sobre el fondo de la cuestión para evitar perjuicios que se podrían producir en caso de inactividad del magistrado (cdo. 10).

²¹⁶ Calvino, *Prevención...*, p. 2.

²¹⁷ Calvino, Gustavo, “El proceso con derechos humanos: método de debate y garantía frente al poder”, Universidad del Rosario. Facultad de Jurisprudencia. Bogotá. Editorial Universidad del Rosario, 2011, p. 148

²¹⁸ Meroi señala que pertenece al ámbito de los *incidentes procesales*; para Alvarado Velloso –siguiendo a Briseño Sierra- las cautelares son accidentes procesales, actividades extrañas a la serie procedimental principal, que se relacionan de alguna forma con ella, pero dejan intocada la eficacia del instar bilateral pues no interiere en su normal desarrollo (Meroi, op. cit. p. 30; Alvarado Velloso, Adolfo, *Introducción al estudio del derecho procesal*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1998, t. 2, pp. 266 y ss.)

²¹⁹ Alvarado Velloso, Adolfo, *El procedimiento cautelar y la solución urgente de una pretensión*, en “Escritos sobre diversos temas de derecho procesal”, p. 870.

²²⁰ Alvarado Velloso, Adolfo, *Sistema...*, op. cit. t. I, pp. 290 y ss.

Entiendo que la tesis sostenida por la Corte en Camacho Acosta no es correcta y que sí incurre prejuzgamiento el juzgador que despache el anticipo pretensional, pudiendo ser recusable en los términos del art. 17 inc. 7 CPCCN²²¹.

En primer lugar, la misma Corte en otros precedentes ha dejado de lado la postura de quienes sostienen que las causales de recusación son taxativas y deben admitirse en forma restrictiva. Así, hubo casos en donde habilitó causales de recusación no previstas legalmente, con argumento en el “temor fundado que genera el previo y necesario juicio de mérito” que se da en casos como este.

Así, por ejemplo, en la causa Llerena, Horacio Luis (Fallos: 328:1491), sostuvo que un mismo juez correccional no puede llevar adelante la instrucción de un caso y luego juzgado, pues “si bien las causales de recusación deben admitirse en forma restrictiva, ese principio no puede ser interpretado de modo tal que torne ilusorio el uso de un instrumento concebido para asegurar la imparcialidad del órgano jurisdiccional llamado a decidir una controversia, condición de vigencia de la garantía del debido proceso”.

En el mismo sentido lo resolvió en el caso Dieser (Fallos: 329:3046), cuando decidió que la misma Cámara de Apelación no podía seralzada del juez de instrucción y, luego, del juez penal de sentencia.

A esto debemos añadir lo que dicen los instrumentos internacionales de derechos humanos que integran el ordenamiento jurídico argentino con jerarquía constitucional y la jurisprudencia de la Corte Interamericana, por lo que se pone en tela de juicio si la línea que estableció la Corte argentina en su momento en Camacho Acosta continúa satisfaciendo los requerimientos de imparcialidad del tribunal en los términos establecidos por dichos instrumentos.

Esto fue traído a colación por la Corte Suprema en el citado precedente Llerena, cuando dijo que existe cuestión federal suficiente si la defensa pone en discusión el alcance de la garantía de juez imparcial, y que se deriva de las garantías de debido proceso y de la defensa en juicio consagradas expresamente en los artículos: 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos -que forman parte del bloque de constitucionalidad en virtud de la incorporación expresa que efectúa el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional.

Y su importancia también radica en la ética judicial, pues la imparcialidad también es una exigencia que hace al efecto civilizador y justificador del juez vinculado con la equidistancia que debe conservar respecto a las partes implicadas en el caso, por lo que corresponde su inhibición frente a la pérdida de esa neutralidad²²².

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos tuvo oportunidad de pronunciarse sobre este punto en el caso Castañeda Gutman contra México (2005) donde ante la solicitud de una medida provisional por parte de un candidato a las elecciones mexicanas del año 2004 la Corte señaló que no podía expedirse sobre la correspondencia entre dicha normativa y la Convención sin entrar en el análisis del fondo de la cuestión, esto pues las pretensiones del peticionario quedarían consumadas con la orden de adopción de medidas provisionales. Así, entendió que ello implicaría un juzgamiento anticipado por vía incidental con el consiguiente

²²¹ Art. 17 inc. 7 “Serán causas legales de recusación (...) haber sido el juez defensor de alguno de los litigantes o emitido opinión o dictamen o dado recomendaciones acerca del pleito, antes o después de comenzado”.

²²² Vigo, Rodolfo L., “Ética judicial: su especificidad y responsabilidad”, en Tratado de Derecho Judicial, t. I, Abeledo-Perrot, 1era ed., CABA, 2013, p. 863.

establecimiento *in limine litis* de los hechos y sus respectivas consecuencias objeto del debate principal; restándole sentido a la decisión de fondo.

Esta última decisión de la CIDH relativa al prejuzgamiento en materia de anticipos pretensionales no es una cuestión baladí, pues dicho tribunal ya ha señalado que “el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”²²³. Por su parte, en los autos “Mazzeo” (Fallos 330:3248) y “Acosta” (Fallos: 339:1448) sostuvo que la jurisprudencia de la CIDH ya no es tan sólo una guía orientativa, sino antes bien una “...insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos”.

Al requerir el anticipo pretensional para su dictado la “cuasi-certeza” (mucho más que la sola verosimilitud de las medidas cautelares) es evidente que ha valorado el juzgador los hechos del proceso, así como también las pruebas obrantes en él, no mediante una ligera y superficial apreciación sino que ha elaborado un razonamiento lógico que probablemente vaya a repetirse en la sentencia definitiva y que muy difícilmente sea distinto al que arribó al ordenar el dictado de la medida.

Anota la Dra. Meroi que es altamente probable que el despacho se emita con buena cantidad de prueba documental y con fuertes argumentos de un lado y de otro. Con ello, es tal el cuidado que un juez toma (o debiera tomar) a la hora de anticipar todo o parte del objeto de tutela, que seguramente le resultará muy difícil volver sobre sus pasos²²⁴. Pero quienes siguen la doctrina de Camacho Acosta parecen admitir que de lo que reste de la serie procedimental o de la apreciación de la prueba en base al estándar vigente en el dictado de la sentencia se pueda arribar a un resultado diferente²²⁵, por lo que descartan la hipótesis de prejuzgamiento.

Entiendo que esta cuestión también se vio coadyuvada por aquellas teorías que entienden que en la prevención procesal hay un estándar probatorio atenuado. En los anticipos pretensionales se realiza un juicio de probabilidad que implica que las pruebas alcancen determinado estándar.

Así desde el derecho anglosajón se señalan tres estándares de prueba: *preponderance of the evidence* (primer grado de convencimiento judicial, si bien insuficiente para liberar de toda duda razonable, suficiente para inclinar la decisión en un sentido más que en otro), *clear and convincing evidence* (segundo grado de convencimiento judicial, que indica que el hecho a probar es altamente probable o razonablemente cierto) y *evidence beyond reasonable doubt* (tercer grado de convencimiento judicial, estándar utilizado para decidir si el reo es culpable).

Estos estándares lo que buscan es distribuir el riesgo de los *Type I errors* (falso positivo) y los *Type II errors* (falso negativo), como una suerte de compensación: cuanto más bajo el estándar mayor probabilidad de falso positivo, y cuanto más alto el estándar más probabilidad de falso negativo. Hay autores que aplican el despacho del anticipo pretensional al *clear and convincing evidence*, pero a raíz de la confusión existente entre aquella categoría y las medidas cautelares, mucha veces se conceden anticipos o cautelares sin que alcancen el estándar de prueba, ya sea por no reparar en el aspecto sistémico o por aplicación de teorías de difícil aceptación como la de los “vasos comunicantes”²²⁶.

²²³ CIDH. Caso, “Almonacid Arellano y otros vs Chile”, Sentencia del 26/09/06, parr 124.

²²⁴ Meroi, Andrea, op. cit., p. 23 y ss.

²²⁵ Cfr. Calvino, *Prevención...*, v. nota 15 “el estándar de prueba es un indicador del nivel de probabilidad que se requiere para tener por probado un enunciado fáctico introducido por las partes, que el juez aplica al momento de apreciar la prueba y que los abogados deben tener en consideración al aportarla y producirla” (op. cit. p. 8)

²²⁶ Cfr. Calvino, *Prevención...*, v. nota 16, op. cit. p. 8.

En realidad en la prevención procesal la diferencia con el fondo del litigio –máxime en un anticipo pretensional- no está en el diverso estándar de prueba, sino en que la prevención procesal tiene objetivos probatorios autónomos, los cuales son acreditar los requisitos de procedencia para el dictado de la medida (en este caso la cuasi-certeza y el *periculum in damni*).

Siendo ello así, no pareciera posible que frente a un análisis de pretensiones y pruebas rendidas en el proceso, que requiere generar una convicción equivalente a una cuasi certeza (conforme el estándar probatorio que se debería alcanzar para su despacho) pueda resultar inocua sobre la mente del juzgador.

En todo supuesto en que el juez, cumpliéndose los demás recaudos del anticipo pretensional, se ve en la necesidad de despachar una medida tal como la analizada, y más cuando se encuentran en juego derechos tales como el derecho a la vida, a la integridad física, a la salud, al medioambiente, a la libertad, etc. debe disponer la anticipación de la tutela e inmediatamente después apartarse²²⁷ de seguir entendiendo en el proceso en razón de estar afectada su competencia subjetiva por prejuizgamiento en los términos del art. 17 inc. 7 del CPCCN.

V) Conclusiones

El tiempo que consume ese método de debate que es el proceso nos pone en situaciones de tensión entre una serie procedimental que garantice la inviolabilidad de la defensa en juicio y el peligro de que se produzca un daño irreparable sobre la persona o bienes de quien peticiona con urgencia ante las autoridades la satisfacción de una determinada categoría de pretensiones.

Para ello, los anticipos pretensionales como especie dentro del género de la prevención procesal, aparecen como una alternativa adecuada para asegurar el resguardo de estos derechos. Estos anticipos, para corresponderse con un debido proceso respetuoso de las garantías constitucionales entiendo que deben estar sometidos a ciertos requisitos en razón de que versan sobre la pretensión de fondo y los recaudos que se exigen para su dictado.

Estos requisitos no son otros que la bilateralidad previa a su despacho, y la posibilidad de que las partes puedan controlar la competencia subjetiva del juzgador (o él mismo de oficio lo haga) mediante la recusación por prejuizgamiento. Solo así podremos admitir una tutela anticipada que no viole la imparcialidad del juez y el derecho de defensa del afectado, aspectos que son necesarios para asegurar la existencia de un proceso.

²²⁷ Recordemos que el art. 30 CPCCN norma que todo juez que se hallare comprendido en alguna de las causas de recusación mencionadas en el art. 17 deberá excusarse. Por lo tanto, sin perjuicio del mecanismo de contralor de la competencia subjetiva del juez que el ordenamiento procesal confiere a las partes, considero que es preferible siempre que el juzgador advirtiendo este prejuizgamiento se aparte de oficio de seguir entendiendo en el proceso.

La Coparticipación Federal y la Ciudad de Buenos Aires

Por Abog Carzoglio, Augusto Alejandro²²⁸

Colegio de Abogados de San Isidro.

1. INTRODUCCIÓN

En esta ponencia vamos a abordar la problemática del Federalismo en la Argentina, la coparticipación Federal y el decreto de necesidad y urgencia del día 10-09-2020 nro 735/2020, en donde se reduce en un 1,18% el ingreso por coparticipación que recibe la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Asimismo, se evaluará la situación del proceso judicial iniciado por la Ciudad de Buenos Aires contra el decreto que redujo el porcentaje que recibe por coparticipación federal.

Finalmente, se propondrá una solución al problema de la coparticipación que afecta a varias provincias, y en particular a la de Buenos Aires.

2. QUE ES EL FEDERALISMO

Desde la Constitución de 1853, la Argentina, conforme lo establece el artículo primero, adopta para su gobierno la forma representativa, republicana y federal.

No vamos a profundizar en los conceptos de “representativa” ni de “republicana” ya que no hacen a la cuestión de este trabajo. Pero sí podemos permitirnos la referencia al artículo 22 de nuestra norma fundamental en lo que respecta a la forma representativa, donde dice que el pueblo no delibera ni gobierna sino a través de sus representantes.

En cuanto a la forma republicana, implica una división de los poderes del estado, contrariamente a lo que sucedía en las monarquías absolutistas en donde todo este poder del estado recaía sobre una misma persona.

Si uno busca en el diccionario de la Real Academia Española la palabra “Federal” le va a surgir como adjetivo de “federativo”. Y la misma institución define la palabra “federativo” como *“Dicho del sistema de gobierno de varios estados con leyes propias: Que en ciertos casos y circunstancias hace que estén sujetos a las decisiones de un gobierno central”*.

Es decir, en simples palabras, que un estado federal es aquel en donde el poder radica en las provincias (o estados según el caso), y éstos le ceden parte de ese poder a un gobierno central (en nuestro caso el Estado Nacional) y se reservan para sí algunas competencias. Más específicamente, todas aquellas competencias que no fueron explícitamente delegadas al gobierno central.

La Argentina se dice que es un Estado Federal en los “papeles” pero en la práctica no, toda vez que el Estado Nacional tiene un gran poder y las Provincias dependen de él.

Algunas de las competencias que las Provincias delegan al Estado Nacional son el dictado de los Códigos de fondo en materia Civil, Comercial, Penal, Laboral entre otros. También regula la cuestión tributaria y que impuestos cobra cada uno.

3. HISTORIA DE LA CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES

²²⁸ Abogado, Facultad de Derecho (UBA). Maestrando en Derecho Administrativo y Administración Pública (UBA). Profesor Adjunto (I) de la Materia Derechos Humanos y Garantías de la Facultad de Derecho (UBA), Docente de la materia Principios de Derechos Humanos y Derecho Constitucional del CBC (UBA) y Profesor Titular de la materia Teoría General de los Derechos Humanos en la Universidad del CEMA. Cofundador del Podcast “DOSIS DE DERECHO” y conductor del programa de radio “DERECHO AL PODCAST” en Radio UBA.

La Ciudad de Buenos Aires fue desde la Independencia Argentina un territorio codiciado y por ende muy conflictivo. En sus orígenes la Ciudad de Buenos Aires era la Capital de la Provincia homónima. Con la sanción de la Constitución de 1853, quedó establecido que la sede del Gobierno Nacional iba a ser en la Ciudad de Buenos Aires, pero la Provincia de Buenos Aires no formó parte de esa primera Constitución y se negaba a ceder su propia capital al Estado Nacional.

En ese entonces, se eligió a la ciudad de Paraná, Provincia de Entre Ríos, como capital del país, pero los intentos por lograr que la Ciudad de Buenos Aires sea la Capital Federal no iban a cesar. Mientras tanto, los funcionarios nacionales que no prestaban servicios en la ciudad de Paraná, eran meros huéspedes dentro de la Ciudad de Buenos Aires.

Incluso en el año 1860, cuando Buenos Aires se incorpora a la Constitución Nacional, exige que se elimine ese artículo y se requiera para la federalización de un territorio no solo la aprobación del Congreso Nacional, sino de la legislatura o legislaturas provinciales que corresponda.

Así en la actualidad el artículo 3 de nuestra Constitución establece: “...*Las autoridades que ejercen el Gobierno federal, residen en la ciudad que se declare Capital de la República por una ley especial del Congreso, previa cesión hecha por una o más legislaturas provinciales, del territorio que haya de federalizarse...*”.

Es finalmente con la sanción de la ley Nacional Nro. 1029 el 20 de Septiembre de 1880, y la posterior aprobación por parte de la Legislatura Provincial mediante la ley Nro. 1.355 el 26 de Noviembre del mismo año, que la Ciudad de Buenos Aires deja de estar bajo la órbita de la Provincia de Buenos Aires, y es cedida al Estado Nacional.

Tampoco fue inmediato el retiro de los funcionarios provinciales de la Ciudad de Buenos Aires, hubo largos años de transición.

En 1882 se fundó la Ciudad de La Plata y se la designó como la nueva Capital de la Provincia de Buenos Aires.

En conclusión, la Ciudad de Buenos Aires, quedó federalizada y bajo la órbita del Estado Nacional en 1880 y pasó a llamarse Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires. El intendente de Buenos Aires era elegido por el Presidente de la Nación y los habitantes de la Ciudad únicamente elegían a los integrantes del concejo deliberante. La mayoría de los servicios que se brindaban dentro del territorio de la Capital Federal, dependían y eran costeados con recursos del Estado Nacional. Así podemos mencionar la seguridad (con la Policía Federal), el Poder Judicial (con los Juzgados Nacionales), el servicio de Subterráneos, el Registro de la Propiedad Inmueble, el Registro Público de Comercio (Inspección General de Justicia), y tanto otros, que dependían política y económicamente del Estado Nacional.

En el año 1994, con la reforma de la Constitución Nacional, los constituyentes decidieron darle autonomía propia a la Ciudad de Buenos Aires, y por ello pasó a llamarse Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Dictó en 1996 su propia Constitución, respetando el principio Republicano establecido en la Constitución Nacional. Así el Poder Ejecutivo estará a cargo de un Jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y el Poder Legislativo de una Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, compuesta por 60 legisladores. Y se les dio la posibilidad a los habitantes de la Ciudad de votar y elegir directamente tanto al Jefe de Gobierno como a los Legisladores.

La autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, tampoco fue, ni es, un acto inmediato ni repentino. La autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, es un proceso que se viene gestando desde la aprobación de la Constitución de 1994 y aún hoy sigue en proceso.

En la actualidad está en pleno proceso de traspaso el Poder Judicial Nacional a la Ciudad de Buenos Aires y los demás servicios que, por mandato Constitucional, deben estar bajo la órbita de la Ciudad.

A modo de ejemplo, vamos a explicar el caso del Poder Judicial Nacional.

El Estado Nacional tiene su propio Poder Judicial, que tiene competencia material en los temas Federales, estos jueces son los llamados Jueces Federales. Asimismo, y hasta el año 1994, al tener a su cargo el servicio de justicia dentro del territorio de la Ciudad de Buenos Aires, también dependían del Estado Nacional las causas judiciales ordinarias o no federales, es decir, conflictos entre vecinos de la Ciudad de Buenos Aires y donde nada tenía que ver el Estado Nacional ni cuestiones Federales. Estos Juzgados son los Juzgados “Nacionales”, es decir, Juzgados con competencia ordinaria, pero que por tener competencia territorial dentro de la Capital Federal dependen directamente del Poder Judicial de la Nación.

Con la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, se comenzó a traspasar muy lentamente la competencia ordinaria que se encontraba bajo la órbita del Poder Judicial Nacional, al Poder Judicial de la Ciudad. Es decir, los Juzgados Nacionales están pasando de una forma u otra al Poder Judicial de la Ciudad. Este proceso aún no se finalizó, y si bien se traspasó gran parte de las causas en materia penal, aún no se traspasó nada de los fueros civiles, comerciales ni laborales. Por ello se da la paradoja que los sueldos y gastos que se requiere para resolver judicialmente las controversias de los vecinos de la Ciudad de Buenos Aires son costeados por impuestos que pagan todos los habitantes de la Nación, es decir, los habitantes de Tierra del Fuego, Chaco o la Rioja, solventan los jueces que resuelven los conflictos de los habitantes del distrito más rico del país.

Ahora bien, ¿por qué es tan difícil concretar el traspaso? Por un lado hay una resistencia de jueces y empleados de los Juzgados Nacionales que podrían ver afectadas sus condiciones laborales y su “estatus” de “Nacionales”, pero por otro lado, el problema es el dinero.

El artículo 75 inc. 2 en su cuarto párrafo establece “...*No habrá transferencia de competencias, servicios o funciones sin la respectiva reasignación de recursos, aprobada por ley del Congreso cuando correspondiere y por la Provincia interesada o la Ciudad de Buenos Aires en su composición...*”. En palabras fáciles, cuando el Estado Nacional le pase algún servicio o función a una Provincia o a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, debe hacerlo con la correspondiente partida presupuestaria para poder hacer frente a ese gasto.

4. COPARTICIPACIÓN FEDERAL DE RECURSOS FISCALES

Como fue explicado en los puntos anteriores, la Argentina es un Estado Federal, y por ende las Provincias le cedieron al Estado Nacional algunas competencias y conservan las no delegadas expresamente.

Entre las delegaciones está la facultad de cobrar tributos, que es la principal fuente de recursos para que los Estados, tanto nacionales como provinciales, puedan sostenerse y financiar los servicios que deben prestar a los habitantes.

Algunos tributos son exclusivos de la Nación, otros son exclusivos de las Provincias y algunos son concurrentes.

El artículo 75 inciso 2, en sus primeros cuatro párrafos establece:

“...Imponer contribuciones indirectas como facultad concurrente con las provincias. Imponer contribuciones directas, por tiempo determinado, proporcionalmente iguales en todo el territorio de la Nación, siempre que la defensa, seguridad común y bien general del Estado lo exijan. Las contribuciones previstas en este inciso, con excepción de la parte o el total de las que tengan asignación específica, son coparticipables.”

Una ley convenio, sobre la base de acuerdos entre la Nación y las provincias, instituirá regímenes de coparticipación de estas contribuciones, garantizando la automaticidad en la remisión de los fondos.

La distribución entre la Nación, las provincias y la ciudad de Buenos Aires y entre éstas, se efectuará en relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada una de ellas contemplando criterios objetivos de reparto; será equitativa, solidaria y dará prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional.

La ley convenio tendrá como Cámara de origen el Senado y deberá ser sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, no podrá ser modificada unilateralmente ni reglamentada y será aprobada por las provincias...”

Es decir, parte de los impuestos recaudados, entre ellos el Impuesto al Valor Agregado (IVA), se juntan y van a una masa que luego se distribuye o coparticipa entre el Estado Nacional y las Provincias.

La Ley Nro. 23.548, Ley de Coparticipación Federal de Recursos Fiscales, que data del año 1988 es la que se encuentra vigente en la actualidad a pesar de que la propia Constitución en la disposición cláusula transitoria sexta establece: *“Sexta. Un régimen de coparticipación conforme lo dispuesto en el inc. 2 del Artículo 75 y la reglamentación del organismo fiscal federal, serán establecidos antes de la finalización del año 1996; la distribución de competencias, servicios y funciones vigentes a la sanción de esta reforma, no podrá modificarse sin la aprobación de la provincia interesada; tampoco podrá modificarse en desmedro de las provincias la distribución de recursos vigente a la sanción de esta reforma y en ambos casos hasta el dictado del mencionado régimen de coparticipación...”*.

Desde entonces hasta la actualidad nunca se logró el consenso político necesario para poder dictar una nueva ley de Coparticipación Federal, y lo único que se hicieron fueron parches sobre parches.

El artículo 8 de la Ley 23.548 establece que *“...La Nación, de la parte que le corresponde conforme a esta Ley, entregará a la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y al Territorio Nacional de Tierra del Fuego una participación compatible con los niveles históricos, la que no podrá ser inferior en términos constantes a la suma transferida en 1987. Además la Nación asume, en lo que resulte aplicable, las obligaciones previstas en los incisos b), c), d), e) y f) del artículo 9º, por sí y con respecto a los organismos administrativos y municipales de su jurisdicción sean o no autárquicos...”*.

En resumen, la ley de coparticipación, obliga al Estado Nacional a otorgarle a la Provincia de Tierra del Fuego, que fue territorio Nacional hasta el año 1991, como la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que estuvo bajo la órbita del Estado Nacional hasta 1994, parte de lo que le corresponde por coparticipación.

El monto que el Estado Nacional le da a la Ciudad de Buenos Aires y a Tierra del Fuego, son dados mediante decreto del Poder Ejecutivo Nacional y salen de los fondos que le corresponden a la Nación y no a otras Provincias.

5. EL PORCENTAJE PARA LA CABA

En el año 2002, se dictó el decreto 692/02 que dice *“...Establécese que la participación que le corresponde al GOBIERNO DE LA CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES por aplicación del artículo 8º de la Ley N° 23.548, será transferida en forma automática y diaria por el BANCO DE LA NACION ARGENTINA hasta un monto mensual equivalente a la doceava parte del nivel que se establezca anualmente en las leyes de Presupuesto de Gastos y Recursos de la Administración Nacional...”*

Al año siguiente, se modificó la suma mediante el decreto 705/2003, y se fijó en 1,40% del monto total recaudado por los gravámenes establecidos en el artículo 2 de la ley 23.548.

Ambos decretos se dictaron durante la presidencia de Eduardo Duhalde.

En el año 2016, con el Gobierno de Mauricio Macri, se dictó el Decreto 194/16 en donde se aumenta ese porcentaje a 3,75%. Mediante el decreto 399/2016, se modifica el decreto 194/16 y se aclara que el aumento del porcentaje “...serán destinados para consolidar la organización y funcionamiento institucional de las funciones de seguridad pública en todas las materias no federales ejercidas en la CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES...”, en las comunicaciones oficiales se argumentó tal aumento en el traspaso de la seguridad y la creación de la Policía de la Ciudad, así como también el traspaso del subte (si bien fue traspasado en el 2011, no hubo en ese entonces traspaso de recursos), en los fundamentos del decreto no aclaraba tal situación.

El 16 de Noviembre de 2017, tanto el Estado Nacional, como las Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, celebraron el llamado “CONSENSO FISCAL” que fue aprobado mediante la ley 27.429. En el mencionado acuerdo, se modifican impuestos y producto de este acuerdo, al año siguiente se dicta el decreto 257/18 reduciéndose el porcentaje que le corresponde a la Ciudad a 3,50%.

Finalmente el 9 de septiembre de 2020, mediante el dictado del decreto 735/20, el porcentaje que recibe la Ciudad de Buenos Aires se reduce al 2,32%.

Es dable destacar, que el dictado de este decreto y la reducción del porcentaje se efectuó para crear el Fondo de Fortalecimiento Fiscal de la Provincia de Buenos Aires, es decir, los fondos que se le reducen a la Ciudad van a asignarse a este programa de ayuda a la Provincia de Buenos Aires.

Por otro lado, tampoco podemos dejar de mencionar que la creación de este Fondo se dio en el marco de la Pandemia Mundial por el Covid-19 y en medio de un reclamo de las fuerzas de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires, con una gran cantidad de efectivos apostados en distintos puntos de la Provincia y sobre todo en la puerta de la Residencia Presidencial de Olivos.

El decreto 735/20 fue impugnado judicialmente por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, y el proceso judicial se encuentra tramitando ante al Corte Suprema de Justicia de la Nación, quien hasta el momento no se expidió ni sobre el fondo de la cuestión, ni sobre la medida cautelar solicitada.

En diciembre de 2020, el Congreso de la Nación sancionó la ley 27.606, en donde establece, entre otras cosas, que el monto que reciba la Ciudad de Buenos Aires por la transferencia de competencias, será acordado de forma bilateral entre el Gobierno Nacional y el de la Ciudad.

6. CONCLUSIÓN

Es indudable que al no dictar una nueva ley de coparticipación federal, la decisión acerca del porcentaje que va a recibir la Ciudad de Buenos Aires en concepto de coparticipación federal, esta en cabeza del Poder Ejecutivo Nacional.

Tal como vimos mas arriba, la Constitución en el art. 75 inc. 2, le impone como limite al PEN que no puede haber transferencia de competencias sin los recursos.

La discusión de si los recursos asignados por el Gobierno de Macri eran excesivos o si el nuevo porcentaje impuesto por el Gobierno de Alberto Fernandez es poco, excede el marco de esta ponencia.

Sin perjuicio de ello, personalmente creo que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, debería hacer lugar a la acción interpuesta por la Ciudad de Buenos Aires, no con fundamento

en que el PEN no tiene potestades para reducir el monto que recibe la CABA, sino por el momento y la forma en que se decidió una reducción considerable de lo que percibe la Ciudad.

El decreto que reduce casi en un 45% los ingresos por coparticipación para la CABA, fue dictado en Septiembre de 2020 y aplicado de forma inmediata. Es decir, la Legislatura de la CABA, había aprobado el presupuesto 2020 previendo un ingreso y antes de terminar ese ejercicio se le reducen sustancialmente los ingresos. Para peor, en ese momento estábamos sufriendo los primeros y mas severos efectos de la pandemia por Covid19.

Por otro lado, tampoco es posible dejar de mencionar, que el decreto 735/20, debido a un conflicto gremial con la policía bonaerense, crea el Fondo para el Fortalecimiento Fiscal de la Provincia de Buenos Aires. Nadie puede estar en contra de mejorar la situación fiscal de la Provincia de Buenos Aires, que personalmente creo es la mas perjudicada por la coparticipación federal. Pero la forma en como se dicto el decreto y como fue anunciado por Alberto Fernández, generó una tensión entre la CABA y el resto de las provincias, en especial Buenos Aires, ya que pareciera que la falta de recursos de la Provincia de Buenos Aires se debe a que la CABA recibe recursos de más.

Esta errónea disputa entre las Provincias y la CABA, tiene que solucionarse con una nueva ley de coparticipación federal, que lleva demorada mas de 25 años, y que es difícil que pueda sancionarse, porque para que una provincia reciba mas recursos otra provincia debe cederlos.

Personalmente, creo que la única solución, es comenzar un debate serio, y en donde salga a relucir el federalismo establecido en nuestra Constitución. A mi modo de ver, el que tiene que ceder puntos de coparticipación en favor, no solo de la CABA, sino de muchas provincias y en especial la de Buenos Aires, es el Estado Nacional.

El Art. 3 de la Ley de Coparticipación Federal, establece que el Estado Nacional recibe el 42,34% de la masa coparticipable, mientras que el resto de las provincia se reparten el 54,66%.

Si pretendemos ser un Estado realmente Federal, el poder debe radicar en la Provincias, y no podemos pensar que las provincias tienen poder sin tener recursos.

Por otro lado, si aumentamos el porcentaje de coparticipación de las provincias disminuyendo el del Estado Nacional, también colaboraría en terminar con las discrecionalidades que tienen los gobiernos nacionales de turno para la asignación de partidas y obras a provincias que les convenga políticamente.

Interpretaciones y Ganancias: Una mirada sobre cómo interpreta la Corte Suprema

Por Abog Lucio N. Cattenazzi
Colegio de Abogados de San Martin

TEMA: Analizar los métodos de interpretación que utiliza la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando el impuesto a las ganancias entra en conflicto con el Derecho Internacional.

I. Introducción:

El presente trabajo tiene como primer objetivo analizar, en los fallos “Pirelli” (340:644) y “Molinos” (344:2175), cómo la CSJN utiliza pautas interpretativas para legitimar sus decisiones cuando normas impositivas nacionales e internacionales están en conflicto. Como segundo objetivo este trabajo se propone comparar ambas sentencias bajo la óptica de los métodos interpretativos utilizados y el principio de seguridad jurídica, para describir el comportamiento del Máximo Tribunal argentino, en el marco del derecho tributario internacional, y la actividad empresarial multinacional en Argentina.

II. Análisis Jurisprudencial:

a) “Pirelli”

Hechos.

Los hechos del presente fallo hacen referencia a que Pirelli Neumaticos SAIC pagaba regalías a Pirelli Pneumatici SPA de Italia sin que el contrato de licencia de patentes y asistencia técnica se encontrara inscrito en el INPI²²⁹, por lo cuál la AFIP le determinó de oficio a Pirelli Neumaticos SAIC el impuesto a las ganancias, ya que el organismo recaudador entendió que la no inscripción del contrato en el INPI le impedía a Pirelli gozar del beneficio, establecido en el CDI entre Italia y Argentina, de poder computar como gastos deducibles del tributo a su cargo el monto de las regalías giradas al exterior, ya que el requisito de la inscripción surgía de la lectura conjunta del artículo 9 de la ley 22426 y el art. 12 del CDI.

Derecho.

Que la CSJN establece de manera concisa en su considerando 7, que a los fines de resolver el presente conflicto normativo hay que interpretar las siguientes normativas, la ley 22.426 (Transferencia de tecnología) y la ley 22.747 (ley que aprueba el CDI entre Argentina e Italia).

Método Interpretativo.

La problemática de los métodos interpretativos en el fallo Pirelli surge de los considerando 8, 9 y 10, donde la CSJN trae a análisis los términos legales que se discuten, estableciendo que la ley 22.426 y la ley 22.747 son conflictivas entre sí, en cuanto al tratamiento que realizan de las regalías. La conflictividad está constituida entre, a) el artículo 9 de la ley 22426, que establece que la falta de cumplimiento de la obligación de inscribir el contrato ante la autoridad competente es un impedimento para que sea viable computar como gastos deducibles del tributo a su cargo el monto de las regalías giradas al exterior, y el art. 12 del CDI al establecer que las regalías son imponibles también por el Estado Contratante de donde ellas provenien, *pero* como contracara de esta posicion, b) tenemos el artículo 25 del citado CDI que se denomina “Principio de No Discriminación”, el cuál establece que las regalías que pague una

empresa de un Estado Contratante a un residente del otro Estado Contratante serán deducibles, en la determinación del impuesto a las ganancias, en las mismas condiciones que si lo hubiera pagado a un residente del estado mencionado en el primer termino.

Establecida la conflictividad de los artículos, es cuando los métodos interpretativos deben brindar luz sobre la aplicación de la ley. Así es como la CSJN comienza a analizarlos detenidamente en los considerandos 12 y 13 del fallo. Como técnica disuasiva y para adelantarnos su resolución, la CSJN en su considerando 12 comienza el análisis con el método de interpretación literal, estableciendo que mientras la letra de la ley no exija esfuerzo para determinar su sentido, esta debe ser aplicada directamente. Siendo que en el considerando 13 su análisis recae sobre normativa de carácter internacional, al nombrar los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, aplicando así, el principio de buena fe que establece que los términos contenidos en los tratados deben interpretarse conforme el criterio corriente que haya de atribuirles en el contexto de este y teniendo en cuenta su objeto. Por ende la CSJN en este momento es donde establece cuáles van a ser sus “pautas interpretativas” (observar principio del considerando 14) para el presente fallo, como síntesis de sus considerandos 12 y 13, y así podemos decir que la CSJN por un lado establece primero que para aplicar la ley sólo debe tenerse en cuenta su letra, y luego, que esas letras deben interpretarse según su sentido corriente teniendo en cuenta el contexto del tratado y su objeto.

Establecido lo anterior, la CSJN prosigue adicionando a su razonamiento el principio hermenéutico conforme el cuál no cabe presumir la inconsecuencia del legislador. Siendo así que con toda este instrumental interpretativo, método literal, principio de buena fe y la no inconsecuencia del legislador, es que se encuentra lista para resolver.

Resolución:

En su considerando 15, establece que no cabe extender la restricción del apartado 2 del art. 12 del Convenio más allá de su letra y que debe estarse a la aplicación del art. 25 y su “principio de no discriminación”.

Por lo que llegado a este punto, a la CSJN solo le restaba dilucidar si las regalías pagadas por empresas Argentinas a un residente Argentino pueden deducirse como gasto del Impuesto a las ganancias. Cuestión que lleva adelante en el considerando 16, estableciendo que ni la ley 22.426, ni la LIG establecen restricción alguna para llevar esta deducción a cabo.

Por todo lo expuesto es que la CSJN admite el recurso extraordinario y confirma la sentencia apelada, y así Pirelli gana el juicio.

b) “Molinos Río de la Plata”

Hechos:

Los hechos del presente fallo hacen referencia a que “Molinos Argentina” constituyó en 2003 una empresa en Chile cuya denominación es “Molinos Chile” bajo la modalidad de “plataforma de inversiones”. Molinos Argentina era titular del 99% del capital accionario de Molinos Chile y había integrado el capital social mediante transferencia de los paquetes accionarios mayoritarios de tres sociedad uruguayas y una peruana de Molinos. Molinos Chile declaró dividendos originados en las acciones de las empresas Uruguayas y la empresa Peruana, *como renta no gravada* en los términos del art. 11 del CDI firmado entre Argentina y Chile, que establecía que los dividendos distribuidos por su sucursal en Chile solo quedarían gravados por el estado contratante en donde reside la empresa, a lo que debe agregarse que Chile había

modificado una norma, que pasó a establecer que en las sociedades de plataformas de inversión solo se iban a gravar las ganancias de fuente chilena. Dicho lo anterior la AFIP aplica el art. 2 de la ley 11.683, principio de realidad económica, estableciendo que Molinos Argentina utilizaba de manera abusiva el CDI antes citado y que deben abonar el impuesto a las ganancias en Argentina, atento a que si los dividendos obtenidos por las empresas constituidas en terceros países que no eran parte de ese tratado hubieran sido remitidos a la sociedad argentina, hubieran quedado alcanzados por Argentina, en virtud del principio de renta mundial (art. 146 inc b, LIG).

Derecho:

Que la CSJN establece de manera concisa en su considerando 5 que se encuentran en conflicto los artículos 27, 31 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, el CDI firmado entre Argentina y Chile (aprobado por la ley 23.228), la CVDT (aprobado por la ley 19.865) y el art. 2 de la ley 11.683.

Método interpretativo:

Que la CSJN establece en su Considerando 6, que debe interpretar el art. 11 del CDI entre Argentina y Chile para determinar, si el estado argentino está impedido de gravar las ganancias de los dividendos originados en las acciones de las sociedades controladas por “Molinos Chile” o si en cambio, puede gravar dichas ganancias ya que la empresa Molinos Argentina utilizó el CDI de manera abusiva y cabe aplicarle el art. 2 de la ley 11683 (principio de realidad económica).

Siendo así, desde un primer momento la CSJN establece que en este caso particular debe estarse a una interpretación sistemática del derecho en conflicto. Al principio plantea la cuestión jerárquica de la normativa en conflicto pero al mismo tiempo deja entrever que no son grupos normativos autónomos y que deben ser interpretados en su conjunto. Por lo que de una lectura de los artículos 27 y 31 de la CN establece que si bien la jerarquía del CDI en cuestión es supra legal, no se encuentra por encima de la CN, y que este debe respetar “los principios de derecho público”, dentro de los cuáles se encuentra “el carácter no absoluto de los derechos y la pauta de razonabilidad para su reglamentación”. De tal principio se desprende que a pesar de que el tratado no tenga una cláusula abusiva, puede su uso considerarse abusivo desde una lectura dentro del ordenamiento jurídico Argentino y del derecho internacional. La lectura antiabusiva desde el derecho internacional lo fundamenta con la CVDT, nombrando su pauta principal, “el principio de la interpretación de buena fe conforme al criterio corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de este y teniendo en cuenta su objeto y fin”, para complementar “el principio de razonabilidad” inserto en el art. 27 de la CN.

Hasta aquí la Corte hace un “desdoblamiento” interpretativo muy interesante, y recién en el considerando 12 podremos entender la finalidad de todo este despliegue intelectual en base a una interpretación sistemática de las normas antedichas. En el considerando 12, la CSJN establece que dentro una interpretación sistémica, el CDI citado debe interpretarse de una manera finalista, siendo su fin “evitar la doble imposición”. Establecido lo anterior, y teniendo en cuenta la decisión unilateral tomada por el gobierno chileno, al modificar su legislación y permitir el ingreso de las “sociedades plataforma de inversiones” sin gravarles sus rentas de fuente extranjera, es que se entiende que el contribuyente, al utilizar estos instrumentos, distorsiona la finalidad del CDI, en tanto, se genera una dinámica donde la actora se resguarda en él y obtiene una situación de “no imposición”, en vez de respetar su finalidad y utilizarlo para evitar una situación de doble imposición, por lo que el CDI, siempre y cuando sea aplicado de buena fe y en los términos de su finalidad, no encontraría en estos hechos el ámbito de validez material para ser aplicado, ya que no existe en el presente caso una situación de doble imposición que deba amparar.

Resolución:

Por lo que la CSJN, basándose en una interpretación sistémica entre, la CN con su principio de razonabilidad y no abuso del derecho (arts. 27 y 31), la CVDT con su interpretación de buena fe y de acuerdo a los fines de los tratados, el art. 2 de la ley 11683 y su principio de realidad económica, es que se decide por aplicar la norma anti abusiva argentina proveniente directamente de la última ley citada, y procede a desconocer la forma que Molinos Argentina le daba a su negocio, y a recalificarla, ya que en estos términos más los hechos probados, es que se deduce que hay una discordancia manifiesta entre los negocios realizados por Molinos Argentina y la forma o estructura que este le asignó, ya que es claro que el *beneficiario efectivo* de esta dinámica compleja de negocios es Molinos Argentina y por ende establece que el CDI de referencia no ampara la utilización de las sociedades de plataforma del derecho chileno para eludir el pago del impuesto a las ganancias en Argentina. Siendo así, hace lugar a la queja, se declara admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada y así la AFIP gana el juicio.

III. Análisis comparativo: La “estabilidad interpretativa” y la seguridad jurídica.

De la lectura de ambos fallos podemos comprender que la CSJN ha variado su forma de interpretación a lo largo de los años. El antecedente jurisprudencial “Pirelli”, basado en una interpretación letrista de las normativas en conflicto, es del año 2017, en cambio “Molinos”, basado en una interpretación sistemática de las normativas en conflicto, es del año 2021, cuatro años separan a ambas sentencias y podemos decir que la seguridad jurídica en cuanto a la interpretación de normativa de carácter nacional e internacional con referencia a la LIG, ha sido vulnerada.

Es claro que podemos establecer, que el fallo Molinos interpretado desde la óptica del fallo Pirelli, nos brinda una resolución diferente. Hagamos hincapié en el considerando 12 del fallo Molinos, donde la CSJN, a los fines de justificar su postura interpretativa sistemática y en parte finalista, escribe que el artículo 11 del CDI entre Argentina y Chile “*debe leerse*” y cuando lo transcribe agrega lo siguiente: ““(para evitar la doble imposición) (...)””. No hay mejor ejemplo de lo que la CSJN ha intentado hacer en el fallo Molinos que estos pequeños detalles que lo explican todo: En el fallo Molinos la CSJN “agregó palabras” a las leyes e intentó desvirtuar su espíritu a través de una interpretación integral de las normas en conflicto, creando derecho. Sí leemos Molinos (2021) desde Pirelli (2017), el resultado es inesperado y la seguridad jurídica es vulnerada, en cambio, si lo que buscamos es “*estabilidad interpretativa*” entre ambos fallos lo esperable hubiera sido que la CSJN aceptara la letra del CDI entre Argentina y Chile y resolviera que nada tiene para observar el CDI sobre la decisión legislativa del Estado Chileno de no gravar las rentas de fuentes extranjera de sus sociedades de plataforma de inversión y que de considerarse indeseable la dinámica de mercado internacional que se daba en los hechos por la normativa, esta debía ser cambiada por confluencia y decisión de los órganos ejecutivos y luego legislativos de ambos países, y así Molinos debería haber ganado el juicio. Cambio normativo que llegó en 2015, donde Argentina y Chile suscribieron un nuevo CDI con su respectivo Memorando y Protocolo, encontrándose el espíritu de todos estos instrumentos en comunión con el plan de acción BEPS y su cláusula sexta, donde se busca, a) evitar la doble imposición como así también la reducida o nula tributación, b) la limitación de beneficios, y c) la aplicación de normativa interna relativa a la prevención de la evasión fiscal.²³⁰ Pero esto de ninguna manera

²³⁰ Braccia Mariano F. , “El nuevo enfoque BEPS sobre el abuso del convenio.” , Pagina 3, “El nuevo enfoque BEPS, sobre el abuso de convenio, está compuesto, junto a las además modificaciones del MCOECD y sus Comentarios, por tres elementos trascendentales que complementan el cambio de cosmovisión expresado

podía ser aplicable al fallo Molinos, por ser los hechos del fallo anteriores a la entrada en vigencia del nuevo convenio.²³¹

IV. Conclusión

Por todo esto y a modo de recomendación este trabajo se propone traer a debate a los Colegios de Abogados Departamentales las implicancias prácticas para la profesión liberal del accionar interpretativo por parte de la CSJN. Ya que es de destacar que un abogado que asesora en lo correspondiente al impuesto a las ganancias de Argentina en el año 2018 a una empresa multinacional que lleva adelante negocios en dicho país bajo las reglas interpretativas del fallo Pirelli, sería luego, en el año 2021, desautorizado ante su cliente por el cambio interpretativo realizado por la CSJN en el fallo Molinos, y la empresa, ante tal desfalco en su confianza, podría retirar su actividad económica del país. Cuestión que pone como requisito para tener reglas de juego claras para las empresas multinacionales la existencia de una *estabilidad interpretativa* de nuestro Máximo Tribunal a la hora de interpretar convenios para evitar la doble imposición, caso contrario, no habrá seguridad jurídica, ni desarrollo productivo en Argentina.

por el Proyecto BEPS. El primero de los elementos se refiere a la modificación del título del MCOECD y la incorporación de un preámbulo, en respuesta a la misión encomendada a la Acción 6, "para clarificar que los convenios fiscales no se destinan a ser empleados para generar la doble imposición" (8). El segundo elemento está relacionado con la naturaleza jurídica de la cláusula PPT y su relación con los principios de los Comentarios del MCOECD sobre el "Uso inapropiado de la Convención". El tercero de los elementos a considerar involucra la propuesta para la incorporación de novedosos mecanismos a los CDIs, para responder a situaciones de doble imposición, que consagran al principio del impuesto único en el MCOECD. (...)"

²³¹ Considerando 22 del voto en disidencia del Dr. Carlos Fernando Rosenkrantz en el fallo "Molinos" (Molinos Río de la Plata S.a c/ Dirección General Impositiva s/ recurso directo de organismo externo.)

El avasallamiento de las pymes bajo el estandarte del combate a la facturación apócrifa. Un salvavidas basado en los principios del derecho tributario, administrativo y constitucional

Por Ezequiel Alejandro Gumiero²³².
Colegio de Abogados de Mar del Plata.

Resumen: El presente trabajo busca describir un fenómeno actual y preocupante en el mundo de las pequeñas y medianas empresas, que consiste en padecer las consecuencias tributarias²³³ de haber contratado con un proveedor que en su momento reunía condiciones de operatividad y que años más tarde es considerado apócrifo por el Fisco Nacional.

Para ello, se comenzará a describir someramente en este trabajo el fenómeno económico y jurídico de las facturas apócrifas, para luego explicar las conductas que asume en consecuencia la AFIP-DGI, quien bajo el ropaje de la “íntegra percepción de la renta pública” soslaya principios elementales del derecho tributario, constitucional y administrativo.

Sumario.

I. Un intento de aproximación al concepto de factura apócrifa. - II. La problemática. - III. La situación actual y su estado jurisprudencial. Análisis de preceptos constitucionales, tributarios y administrativos. - IV. Conclusión.

I. Un intento de aproximación al concepto de factura apócrifa.

En líneas generales y en lo que a este trabajo respecta, podemos definir a la factura apócrifa como un documento comercial que, pudiendo cumplir recaudos formales, no se condice con la realidad de los hechos y/o sujetos intervinientes en una operación que se intenta respaldar.

Su intención es la simulación de un hecho económico con trascendencia tributaria, que puede involucrar una falsedad ideológica (aunque el comprobante, formal o instrumentalmente es válido, transmite una verdad objetiva adulterada o falsa) o una falsedad material del comprobante (no existe como tal).

Si bien los fines, objetivos y los perjuicios que al fisco causan el uso de facturas apócrifas pueden ser muchos, la trascendencia tributaria clásica y por excelencia que tienen estos documentos suele ser la reducción de la base imponible en el impuesto en que se trate, traduciéndose en un beneficio económico de quien las utiliza en perjuicio de las arcas del Estado.

De esta forma, a modo de ejemplo y con el fin de circunscribir el presente trabajo, podemos observar que aquellas facturas pueden utilizarse con la finalidad de generar un crédito fiscal inexistente y que sea superior al débito, a través de la inclusión de las mismas en las DDJJ de IVA cuando así corresponda.

Asimismo y de corresponder, las mismas suelen ser utilizadas en las DDJJ de Ganancias para reducir la base imponible a través de la deducción de los costos que la LIG permite computarse en razón del tipo de gasto y la actividad declarada.

También pueden ser utilizadas para ocultar quienes son los verdaderos proveedores de los productos o servicios que son facturados.

²³² Abogado, egresado por la Facultad de Derecho – Universidad Nacional de Mar del Plata. Litigante en el ámbito del derecho tributario y contencioso administrativo. Cursando especialización en derecho administrativo -cohorte 2022- (UNMDP). Docente adscripto a la cátedra de Teoría General del Proceso – UNMDP.

²³³ En materia de ilícitos tributarios y determinaciones administrativas de la materia imponible.

Debe destacarse que existen otros motivos, finalidades y todas ellas combinables entre sí que dada su extensión no serán abordadas en el presente.

II. La problemática.

Este fenómeno descrito ha proliferado en nuestra economía²³⁴ de tal forma que se han detectado la existencia de usinas de facturas truchas. Es decir, empresas sin capacidades técnicas ni financieras, ni recursos tecnológicos o humanos que emiten un sinfín de este tipo de facturas a cambio de un precio.

Esto derivó en la adopción de medidas por parte del Estado para combatir este fraude económico, siendo relevantes la inclusión del artículo sin número a continuación del artículo 33²³⁵ de la Ley 11.683²³⁶ (T.O Ley 25.795) y 34²³⁷ del mismo cuerpo legal.

Ello, sumado a todo el poder de fuego contenido en las facultades de verificación y fiscalización del capítulo V de la Ley 11.683 dio lugar a la creación de un Registro, a través de la Instrucción General 748/2005 por el cual la AFIP carga de forma unilateral y sin sustento en un acto administrativo a aquellos contribuyentes a los cuales considera apócrifos. Es decir, ya no hablamos de un contribuyente que utiliza facturas apócrifas sino de una ficción económica. Una mera pantalla utilizada por uno o más sujetos para emitir facturas por productos o servicios que no comercializa.

Este registro es conocido como “Base E-APOC”, se actualiza periódicamente y constituye una obligación de los contribuyentes verificar que los proveedores con los que contratan no estén incluidos en esta base de datos.

Sin embargo, el gran problema que este registro genera es que la carga del contribuyente casi siempre es retroactiva a una fecha decidida arbitraria y unilateralmente por el Fisco Nacional, creando un efecto de contagio. Generándose cada vez más una situación que se puede esquematizar de la siguiente manera:

Mi empresa contrata la adquisición de un producto X en el año 2019 al contribuyente Y²³⁸, emitiéndose la pertinente factura, incluyendo la misma en mi DDJJ de IVA de agosto de 2019 generándome un crédito fiscal y en mi DDJJ de Ganancias para el período 2019 con el objeto de deducir el gasto.

Posteriormente ocurre que en Julio de 2022 el Fisco Nacional carga en base E-APOC al contribuyente Y, considerando que el mismo es un contribuyente apócrifo desde el año 2018.

Automáticamente, todas las facturas que haya emitido a mi favor en el período que hemos mencionado se encontrarán en la mira del Fisco Nacional por ser consideradas las mismas como facturas apócrifas, aún cuando la operación haya existido realmente.

²³⁴ Y por supuesto en la de muchos otros países. No es esta un patrimonio cultural nacional.

²³⁵ “Los contribuyentes estarán obligados a constatar que las facturas o documentos equivalentes que reciban por sus compras o locaciones, se encuentren debidamente autorizados por la AFIP. El P.E.N.”

²³⁶ Ley de Procedimiento Tributario (L.P.T.).

²³⁷ *Facúltase al P.E.N. a condicionar el cómputo de deducciones, créditos fiscales y demás efectos tributarios de interés del contribuyente y/o responsable a la utilización de determinados medios de pago u otras formas de comprobación de las operaciones en cuyo caso los contribuyentes que no utilicen tales medios o formas de comprobación quedaran obligados a acreditar la veracidad de las operaciones para poder computar a su favor los conceptos indicados. Idénticos efectos a los indicados en el párrafo precedente se aplicarán a aquellos contribuyentes que por sus compras o locaciones reciban facturas o documentos equivalentes, apócrifos o no autorizados, cuando estuvieran obligados a realizar la constatación dispuesta en el artículo sin número incorporado a continuación del artículo 33.*

²³⁸ Que posee CUIT vigente, no se encuentra cargado en base E-APOC y cuyas facturas cumplen todos los requisitos formales para su emisión.

Las consecuencias que esto genera a las empresas varían, centrándonos en este caso a la conducta desplegada por el Fisco consistente en impugnar las declaraciones juradas presentadas por la pyme (y en muchos casos pagadas), dando inicio al procedimiento administrativo de determinación de oficio contenido en los arts. 16, 17 y ssgtes. de la L.P.T. El cual culmina con el dictado de un acto administrativo donde el Fisco Nacional determina la materia imponible²³⁹ en el IVA, Ganancias y Salidas No Documentadas (generalmente), con más la aplicación de la multa por defraudación al Fisco Nacional, contenida en el art. 46 de la LPT, con base en las presunciones contenidas en el art. 47 de dicho cuerpo legal.

De esta manera, el Fisco ha impugnado declaraciones juradas de los contribuyentes con base en el desconocimiento de las facturas utilizadas por haber emanado de otras empresas que el mismo Fisco ha considerado apócrifas unilateralmente, pese a que la factura había sido emitida en cumplimiento a las normas formales de emisión y con la CUIT vigente al momento de la contratación.

Esto generó un embate entre las pymes afectadas por este tipo de determinaciones tributarias contra el Fisco Nacional, en la cual el estado le impone al administrado no solo el deber de acreditar -en algunos casos muchos años después- la veracidad de operaciones ya consumadas, sino que le obliga a cargar con las consecuencias de una declaración de apocricidad en la cual el administrado no ha tenido ningún tipo de intervención en dicho proceso y por el cual se ve perjudicado.

III. La situación actual y su estado jurisprudencial. Análisis de preceptos constitucionales, tributarios y administrativos.

Actualmente, el problema se reedita y se agrava porque la evolución en el mundo comercial impone hoy -gracias a las nuevas tecnologías- la reducción de las estructuras empresariales hasta el punto de existir empresas intermediarias (comercializadoras, por ejemplo) cuyas estructuras, composición de capital y recursos humanos son mínimos. Fenómeno al que la AFIP le cuesta adaptarse y, luego de manifestarse determinados incumplimientos formales de estas empresas, son cargados como contribuyentes apócrifos de manera unilateral, arrastrando consigo todas las operaciones comerciales realizadas con otros contribuyentes.

Todo ello conduce a discutir a través de los hechos y la prueba la veracidad de las operaciones por parte de las pymes, a las que se les termina por cuestionar y reprochar las inconsistencias detectadas en la fiscalización que se hizo al contribuyente apócrifo, en violación al principio de reserva de Ley en materia tributaria.

Como dijo la Procuradora General de la Nación en su dictamen dado en el precedente *Bildown* (Fallos 334:1854²⁴⁰) que la Corte hizo suyo: *“nada encuentro en la ley de IVA -y tampoco indican norma concreta alguna los representantes de la demandada- que otorgue al Fisco la posibilidad de condicionar la restitución del crédito fiscal al exportador al hecho de que sus proveedores hayan abonado sus respectivos gravámenes. En otras palabras, **no existe precepto alguno que subordine el derecho a la restitución del IVA del exportador al cumplimiento de las obligaciones sustantivas por parte de los terceros con los que operó**²⁴¹. para luego concluir que “pretender ello conduce a dos inaceptables conclusiones. En primer lugar, equivale a constituir al contribuyente en una suerte de responsable del cumplimiento del cumplimiento de la obligación*

²³⁹ Es decir, determina con exactitud la diferencia entre el impuesto pagado conforme a la DDJJ y el que -a juicio del Fisco- correspondería abonarse, eliminando de la ecuación en este caso las facturas consideradas apócrifas de la cuenta.

²⁴⁰ *“Bildown S.A. c/ Fisco Nacional (AFIP-DGI)”* Fecha de sentencia 27/12/2011.

²⁴¹ Tampoco existe aquella obligación para operaciones del mercado interno.

sustantiva de otros, sin norma legal que así lo establezca. Y, en segundo término, lleva a que el Fisco se vea liberado de su inexcusable deber de verificar, fiscalizar y cobrar las sumas adeudadas por los contribuyentes, **mediante la transferencia de esa responsabilidad hacia un tercero, como dije, sin ley que así lo autorice**".

Si bien el precedente *Bildown* tiene sus aristas particulares por tratarse de reintegro de IVA por exportaciones, es insoslayable que los preceptos invocados y las críticas que la PGN hace al Fisco por la forma de vulnerar el principio de legalidad tributaria son, a juicio del suscripto, comunes a todos los casos en los que se impugnan las operaciones de las pymes con contribuyentes que son incluidos años después y retroactivamente en base E-APOC.

En este mismo sentido, se destaca lo resuelto por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (CNAF), sala II, en autos "VZ BATH & BODY S.A. (TF 36087-I) c/ Dirección General Impositiva s/ recurso directo de organismo externo", que consideró expresamente que "corresponde tener especialmente en cuenta que el mentado proveedor al tiempo en que operó con la contribuyente actora (esto es 15/09/2006 al 19/02/2007) se encontraba inscripto en AFIP, contaba con CUIT válida, estaba dado de alta en los impuestos correspondientes, presentaba sus declaraciones juradas y no estaba incluido en la base APOC; y todo ello por cierto, al margen de que posea o no posea bienes registrables o cuente con personal a cargo (lo que, por cierto, es un dato irrelevante en empresas de este rubro); y, en función de ello, cabe concluir que -en el particular supuesto de autos- no corresponde trasladar la responsabilidad a la contribuyente por la presunta falta de capacidad operativa del citado proveedor ya que -según surge de las constancias de la causa, en especial de la prueba pericial contable- obró con diligencia al momento de la celebración de las operaciones."²⁴²

Es necesario puntualizar que la Cámara consideró que la inexistencia o falsedad de los hechos invocados por el Fisco Nacional eliminó la causa que motivó el dictado del acto administrativo que determinó la materia imponible y aplicó las multas a la contribuyente, convirtiendo las resoluciones recurridas en actos nulos de nulidad absoluta conforme lo dispuesto en el art. 14 de la LNPA, revocando los mismos con costas a la AFIP.

Sin embargo, existe otra óptica que no se ha tenido en cuenta y que echa por tierra este tipo de determinaciones. La misma tiene base en el derecho de propiedad que ampara a los contribuyentes que han realizado estas operaciones, desde un punto de vista de la consumación de la relación jurídica al amparo de la Ley vigente en aquel momento -en lo cual tiene especial relevancia que el proveedor no se encontrara cargado en base APOC al momento de la contratación- y la otra reside en el efecto liberatorio y probatorio del pago como elemento cristizador de la relación jurídica y de los derechos adquiridos por el contribuyente en la misma.

La carga en base APOC es realizada por un inspector que no tiene rango de juez administrativo y es efectivizada en base a la instrucción general 748/2005. Si bien las mismas no constituyen leyes en sentido estricto emanadas del congreso, no dejan de ser generales, obligatorias e impuestas a los contribuyentes. Máxime cuando son emanadas del organismo recaudador nacional. A juicio del suscripto, son leyes en sentido amplio que proyectan sus efectos en los derechos del contribuyente y en nada se encuentran exentas de su debido control constitucional.

Tomando este concepto, recientemente la Corte se ha pronunciado en Fallos 345:876²⁴³, estableciendo que *"Cuando bajo la vigencia de una ley el particular ha cumplido todos los actos y condiciones sustanciales y los requisitos formales previstos en ella para ser titular de un*

²⁴² Instancia a la que se accede por vía del recurso de revisión y apelación limitada contenido en los arts. 86 y 192 de la L.P.T.

²⁴³ "Saiz, Jorge A. c/ AFIP-DGI s/ Ordinario" fecha de sentencia 30/08/2022.

determinado derecho, debe considerarse que hay un derecho adquirido, porque la situación jurídica general creada por esa ley se transforma en una situación jurídica concreta e individual en cabeza de un sujeto que, como tal, se hace inalterable y no puede ser suprimida por una ley posterior sin agravio al derecho de propiedad consagrado por el artículo 17 de la Constitución Nacional (Fallos: 296:719; 298:472; 307:305; 314:481; 317:1462, entre otros) y que el efecto retroactivo de la ley encuentra un valladar insorteable”

En ese sentido, cargar a un contribuyente en base APOC en el año 2022, estableciendo que es considerado apócrifo desde el año 2018 por ejemplo y, en consecuencia, atropellar todas las facturas que ha emitido e impugnar todas las DDJJ presentadas por los diferentes contribuyentes que con el han contratado, constituye una violación al principio constitucional de propiedad mediante la aplicación retroactiva de una norma que vuelve sobre relaciones jurídicas ya consumadas, correspondiendo fulminar el acto administrativo de la D.O. por aquella razón, entre las otras que han sido delineadas.

Pero además, existe un punto que quienes ejercemos el derecho administrativo y tributario no podemos dejar pasar por alto.

Como dije la carga en base APOC constituye una acción realizada por el inspector de la AFIP, que no es realizada por un juez administrativo, ni constituye un obrar que emane de un acto administrativo. Siendo este el único método por el cual podría válidamente actuar la administración.

Por lo que deberíamos cuestionarnos seriamente la procedencia de las determinaciones realizadas por el Fisco a los contribuyentes que contrataron con proveedores reputados apócrifos, porque con este actuar, la Administración Federal busca llenar de contenido actos administrativos en respaldo a calificaciones de contribuyentes no amparadas en actos administrativos con el rigor absoluto que impone la LNPA en defensa de los administrados.

Por último, párrafo aparte merece la reflexión que debemos hacer respecto de las multas aplicadas por el Fisco Nacional en estas determinaciones por aplicación del art. 46 de la L.P.T.

Debemos tener en cuenta que las infracciones e ilícitos tributarios tienen naturaleza penal indiscutida, en virtud del *stare decisis* de la Corte en los precedentes *Parafina del Plata* (Fallos 271:297), *Usandizaga*, *Perrone* y *Juliarena S.R.L.* (303:1251), “*Wortman, Jorge Alberto y otros*” (Fallos 316:1313), entre otros célebres fallos, en virtud del principio receptado en la LPT de la personalidad de la pena en el art. 54 ap. 3°.

Teniendo ello en cuenta, el principio de irretroactividad de la Ley en materia penal juega un papel preponderante a la hora de analizar y rebatir los actos administrativos que imponen aquellas multas por defraudación cuando los mismos tienen su génesis en la interpretación retroactiva de la calidad de un contribuyente para fundar e impugnar la facturación, que sirve como elemento base para generar la condición objetiva de punibilidad que vuelve típica la conducta reprochada.

IV. Conclusión.

Como abogados que litigamos en este ámbito debemos ser especialmente cautelosos en el asesoramiento a los contribuyentes, en función de la etapa que transita frente a un procedimiento iniciado por el Fisco. Ya que, si bien la tesis aquí sostenida y replicada por los contribuyentes al momento de recurrir las determinaciones impositivas resultan claras en sus preceptos jurídicos y de una lisa y llana aplicación, no podemos soslayar que tanto la Corte como las Cámaras del fuero exigen un muy elevado respaldo probatorio a la hora de hacer lugar a los recursos interpuestos por el contribuyente.

De hecho, y como podemos observar en la jurisprudencia reseñada y relacionada, la declaración de repugnancia de estas conductas frente a la Constitución Nacional siempre viene

acompañada de una reserva hecha por los Magistrados que la circunscribe no solo al caso concreto sino a la especial prueba producida. Lo que en la práctica genera el sin sentido de tener que probar indefectiblemente la veracidad de operaciones consumadas, pese a que - constitucionalmente hablando- ello no debería ser exigible.

¿Será el *due diligence* un recaudo implícito e innominado a la hora de tamizar y valorar por los jueces la situación del contribuyente?

Si bien es nuestro trabajo abogar por la defensa de estos derechos constitucionales que resultan vulnerados, desde el primer momento de nuestra intervención, y que tal ilicitud en el obrar del Fisco surge patente, no es menos cierto que descuidar este punto podría conducir a resultados muy contrarios a los intereses de nuestro asistido, teniendo en cuenta que las determinaciones impositivas terminan arrojando diferencias en el IVA, ganancias y en salidas no documentadas, con más las multas que se aplican y los antecedentes que ello genera para futuras fiscalizaciones²⁴⁴. Cuestión que debe ser prudentemente evaluada en cada situación concreta por los colegas.

²⁴⁴ Me refiero por ejemplo a las disposiciones del artículo sin número a continuación del art. 49 de la Ley 11.683 (T.O Ley 27.430) en lo referido al agravamiento de sanciones tributarias por “reincidencia”.

Cuadernos de Cijuso

El Saber nos hace mejores

www.cijuso.org.ar

Año VII - Nº 15 – Marzo de
2023

La Plata,
Provincia de Buenos Aires,
República Argentina

~