

myf

REVISTA DEL COLEGIO
DE MAGISTRADOS Y FUNCIONARIOS
DEL PODER JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE SANTA FE

12

MAGISTRADOS
Y FUNCIONARIOS

DOSSIER • NOTICIAS • JUSTICIA Y GÉNERO • JUSTICIA COMUNITARIA O DE LAS PEQUEÑAS CAUSAS • DEFENSORÍAS ZONALES • POR LOS FUEROS • SECRETARIOS

Dossier
**ECONOMÍA,
INFLACIÓN
Y JUSTICIA**





**COLEGIOS DE
MAGISTRADOS Y FUNCIONARIOS
DEL PODER JUDICIAL
DE LA PROVINCIA DE SANTA FE**

Delegación Norte Santa Fe

(Circunscripción Judicial N° 1)

25 de Mayo 1855, Planta Baja.

(0342) 458 0035

CP 3000, Ciudad de Santa Fe

Delegación Sur Rosario

(Circunscripción Judicial N° 2)

Balcarce 1551

(0341) 440 3081 - 449 2333

CP 2000, Rosario

Consejo Regional Venado Tuerto

(Circunscripción Judicial N° 3)

Saavedra 455

(03462) 46 1011

CP 2600, Venado Tuerto

Consejo Regional Vera - Reconquista

(Circunscripción Judicial N° 4)

• Eugenio Alemán 1852

CP 3550, Vera

• San Martín 1060

(03482) 42 5120

CP 3560, Reconquista

Consejo Regional Rafaela

(Circunscripción Judicial N° 5)

Alvear 226

(03492) 42 4172

CP 2300, Rafaela

ISSN 2545-6555

12

Revista del Colegio
de **Magistrados y Funcionarios**
del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe

myf

Revista del Colegio
de **Magistrados y Funcionarios**
del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe

STAFF

**Revista del Colegio de Magistrados
y Funcionarios del Poder Judicial
de la Provincia de Santa Fe**

AÑO 13 / N° 12
DICIEMBRE 2023

Editor Responsable

Colegio de Magistrados y Funcionarios
del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe

Coordinación General

Dra. Marcela De Luca

Comité Editorial

Dra. Marcela De Luca
Dr. Roberto Dellamónica

Comisión Editorial

Dr. Roberto Dellamónica
Dr. Ivan Kvasina
Dra. Marcela De Luca
Dr. Aldillo Fabiano

Realización fotográfica

Dra. Viviana Cingolani

Correctora

Dra. María Laura Martínez

Dirección Editorial y Diseño Gráfico

Arq. Mg. Claudia Rivarola
Dg. Leandro Gómez

Impresión

Borsellino Impresos

Redacción y Administración

Colegio de Magistrados y Funcionarios
del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe
Balcarce 1551- 2000 Rosario | Pcia. de Santa Fe.

**Queda hecho el depósito que previene
la ley 11.723.**

**Registro Nacional de la Propiedad Intelectual
ISSN 2545-6555**

*Prohibida su reproducción parcial o total
sin la autorización escrita extendida
por el Colegio de Magistrados y Funcionarios
del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe.*

*Las opiniones de las notas son exclusiva
responsabilidad de los autores y no representan
necesariamente el pensamiento de la Dirección
de la Revista.*

*El nombre «Revista del Colegio de Magistrados
y Funcionarios del Poder Judicial de la Provincia
de Santa Fe» y su logotipo, son marca registrada.*

CONSEJO DIRECTIVO 2023

Presidente

Dr. Roberto Dellamónica

Vicepresidente

Dr. Iván Daniel Kvasina

Secretario

Dra. María José Haquin

Prosecretaria

Dra. Patricia Otegui

Tesorero

Dr. Pablo Mariano Lazzeri

Protesorero

Dr. Gonzalo Lopez Quintana

Vocales Titulares

Dra. María Celeste Rosso

Dr. Nelson M. Fogliato

Dra. Lorena Gonzalez

Dr. Matías Ocariz

Dr. Gustavo A. Salvador

Dr. Fabio Mudry

Dra. Ana Laura Gioria

Dra. Rosana Carrara

Dra. Celia G. Bornia

Consejo Regional Sur

Dr. Sergio Fenice

Consejo Regional Norte

Dr. Mauricio Daniel Martelossi

Consejo Regional Oeste

Dra. Cristina Fiz

Vocales Suplentes

Dra. Mónica Klebcar

Dra. Adriana Lucero

Dr. Marcelo J. Molina

Dra. María Romina Kilgelmann

Dra. Marisa Mónica Malvestiti

Dr. Marcelo Fabián Giuliani

Miembros Titulares del Órgano de Fiscalización

Dra. Marcela De Luca

Dr. Jorge Leandro Miro

Miembros Suplentes del Órgano de Fiscalización

Dra. Lorena Spizzirri

Dr. Cristian Omar Werlen

Representante Jubilados

Dra. Viviana Cingolani

Dr. Carlos Pareto

SUMARIO

EDITORIAL

10

Dr. Roberto Dellamónica

Presidente del Colegio de Magistrados y Funcionarios
del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe

DOSSIER

DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

12

Introducción

Dr. Alejandro Andrada

18

Dr. Horacio L. Allende Rubino

Praxis y derecho: inflación y Derechos Humanos
en la realidad de los tribunales colegiados de
responsabilidad extracontractual. Breves reflexiones

34

Dra. María José Alvarez Tremea

El desafío de afianzar la justicia en un contexto
inflacionario. Cuotas alimentarias. Mecanismos
correctores admisibles en el marco del nominalismo

46

Dr. Luciano Daniel Carbajo

Algunas herramientas jurisdiccionales para mitigar los efectos inflacionarios

70

Dr. Maximiliano N. G. Cossari

La difícil búsqueda de soluciones justas en épocas de inflación

78

Dr. Hernán Gonzalo Gálvez

Algunas notas sobre la incidencia del proceso inflacionario en las relaciones patrimoniales y su reflejo en las decisiones judiciales

94

Dr. Esteban G. Masino

Inflación, cuantificación del resarcimiento y límites de cobertura. Estrategias adaptativas del Derecho de daños a la realidad económica nacional

108

Dra. Giselle Mazza

Dra. Analía Mazza

Inflación e intereses: El principio de realidad económica como pauta orientadora

132

Dr. Eduardo Carlos Méndez Sierra

Reflexiones en torno del imperio de la prohibición de indexar en el contexto económico actual

148

Dr. José Ignacio Pastore

La obligación de valor instrumentada en títulos ejecutivos: alternativa ante el nominalismo y la inflación

168

Dr. Ezequiel María Zabale

Inflación, Economía y Justicia. Actualización monetaria en procesos judiciales

DERECHO LABORAL

182

Dra. Julia E. Collado

Dr. Marcelo F. Giuliani

Intereses en materia laboral. Criterios jurisprudenciales

SUMARIO

194

Dr. Fernando R. Marchionatti
Capitalización de intereses por
interposición de demanda judicial

220

Dr. Fabián Nahuel Vega
Algunos apuntes sobre los intereses
y los créditos laborales (a propósito
de la solución de la doctrina judicial -
el acuerdo N° 2 C.A.L.R.)

DERECHO PÚBLICO

232

Dr. Alejandro Dalmacio Andrada
El contencioso administrativo
y el herramental jurídico en mano
de los Jueces frente a la inflación

242

Dr. Carlos Joaquín Gianneschi
La inflación, el artículo 75, inciso 19 de la
Constitución Nacional y el deber de afianzar
la justicia

258

REFLEXIONES DEL PRESIDENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE SANTA FE

Dr. Daniel Erbetta
Cuarenta años de democracia. Actualidad,
desafíos y reformas de los poderes judiciales

270

NOTICIAS

- Jornadas con periodistas. Desafíos actuales de la comunicación judicial
- Instituto de Derecho Penal – tema: audiencia preliminar
- Ciclo de cine
- Seminario interdisciplinario en Derechos Humanos y Administración de Justicia
- Instituto de Género. ¿Qué mundo crean las palabras?
- Campaña día del niño. Entrega de juguetes en Casa FAOHP
- Jornadas: La evidencia y la prueba digital. Una mirada penal y civil

280

Dra. Martina Guirado

Mirada contemporánea del artículo 120 del Código Penal

294

Dra. Karina Di Rocco

Dra. Analía Daniela Perrulli

“Necesidad de nuevas políticas públicas con perspectiva de género y enfoque interseccional en materia de cuidados.”

308

Dra. María Eugelia Chaperó

Dra. Romina Scaglia

La justicia comunitaria de las pequeñas causas. Una justicia moderna concebida antes de tiempo en la Provincia de Santa Fe

JUSTICIA Y GÉNERO

316

Dra. Marina Vitantonio

Ampliación de la legitimación activa para reclamar deudas de personas jurídicas de carácter público o empresas públicas del Estado ante la Justicia Comunitaria

322

Dr. Luciano E. Battcock

La función preventiva en los Juzgados de pequeñas causas de la Provincia de Santa Fe

334

Dr. Martín Andrés Fantoni

Alcance actual del beneficio de justicia gratuita del artículo 53 de la Ley N° 24240 en las acciones individuales de consumidores por ante la Justicia Comunitaria de Pequeñas Causas de la Provincia de Santa Fe

344

Dra. Verónica Patricia Rippa

Competencia material de los Juzgados Comunitarios de las Pequeñas Causas de Santa Fe en cuestiones laborales (art. 123 inciso 9 LOPJ)

JUSTICIA COMUNITARIA DE LAS PEQUEÑAS CAUSAS

356

Dra. Marina L. Fratini
Dra. Romina E. Brining
Violencia Familiar y por motivos de Género
en la Justicia Comunitaria

364

Dra. María Alejandra Nibeyro
El Animal no humano. Su estatus jurídico

DEFENSORÍAS ZONALES

374

Dra. Tania Roimesser
Dr. Carlos Valdes Tietjen
Restricciones a la capacidad

386

Dra. María Belén Baclini
Consecuencias de la identidad tardía

390

Dra. Graciela Fournier
Rectificación de Partidas:
una identidad jurídica

398

Dra. Carla Gallardo
La mediación como método alternativo
de solución de conflictos

406

Dra. Myrian Huljich
El trabajo interinstitucional territorial
de las defensorías zonales

410

Dra. Agustina Filippini
Del “dime cómo te llamas y te diré quién
eres” hacia el “dime quién eres y te diré
cómo te llamas”

POR LOS FUEROS

418

Dra. María del Carmen Musa
Hablemos de Justicia Restaurativa

432

Dr. Marcelo C. Quaglia
Herramientas de protección al consumidor
hipervulnerable en el marco del proceso: una
aplicación concreta de la siempre necesaria
tutela judicial efectiva

448

Dr. Mauro R. Bonato

Ser juez en España: apuntes sobre una fugaz experiencia

472

Dra. Gabriela del Castillo

El uso de la imaginación para el cobro de los alimentos

480

Dra. Silvina Bernardelli

La figura del abogado del NNA. Su designación

488

Dra. Ana Julia Milicic

Los Derechos Humanos y el rol de los Jueces en las modernas democracias

500

Dra. Alejandra M. R. Algarra

El recurso de inconstitucionalidad ley 7055 y el Acta N° 29/21 de la CSJSF

510

Dr. Alejandro Alberto Fiorenza

La importancia del Arte para la Educación Emocional de los Magistrados

526

Dr. Nicolás Alejandro Occhi

Presupuestos teóricos de la Inteligencia Artificial Decisoria: Limitaciones del Chatgpt en el Derecho argentino

SECRETARIOS

538

Dr. Sergio Luis Fuster

Dr. Renato Carlos Viale

El Hilván
Nuestra tarea a la luz del cine

542

Dra. María Eugenia Sapei

El ocaso del papel.
La declinación de las previsiones del Código Procesal Civil y Comercial a consecuencia del sistema informático



ADOS Y FUNCIONARIOS
DEL PODER JUDICIAL
DE LA PROVINCIA DE SANTA FE



COLEGIO DE MAGISTRADOS Y FUNCIONARIOS
DEL PODER JUDICIAL
DE LA PROVINCIA DE SANTA FE

UNCIONARIOS
DEL PODER JUDICIAL
DE LA PROVINCIA DE SANTA FE



COLEGIO DE MAGISTRADOS Y FUNCIONARIOS
DEL PODER JUDICIAL
DE LA PROVINCIA DE SANTA FE

COLEGI



TRADOS Y FUNCIONARIOS
DEL PODER JUDICIAL
DE LA PROVINCIA DE SANTA FE

myf



COLEGIO DE MAGISTRADOS Y FUNCIONARIOS
DEL PODER JUDICIAL
DE LA PROVINCIA DE SANTA FE



COLEGIO DE MAGISTRADOS Y FUNCIONARIOS
DEL PODER JUDICIAL
DE LA PROVINCIA DE SANTA FE

COLEGI



TRADOS Y FUNCIONARIOS
DEL PODER JUDICIAL
DE LA PROVINCIA DE SANTA FE

COLEGIO DE MAGISTRADOS Y FUNCIONARIOS
DEL PODER JUDICIAL
DE LA PROVINCIA DE SANTA FE



COLEGIO DE MAGISTRADOS Y FUNCIONARIOS
DEL PODER JUDICIAL
DE LA PROVINCIA DE SANTA FE

COLEGI



Editorial

Dr. Roberto Dellamónica
Presidente del Colegio de Magistrados y Funcionarios
del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe

Esta nueva edición de la Revista del Colegio de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe, nos trae un dossier de innegable actualidad, al tratar la temática referida a la economía, inflación y justicia.

Los momentos de crisis se identifican claramente con estados de incertidumbre, y las inconsistencias en la economía tienen un decidido impacto en la vida de los ciudadanos, lo que a la postre genera la judicialización de sus consecuencias.

Los poderes judiciales han gestionado las distintas crisis que se han dado a lo largo de la historia de nuestro país, y este no es un momento distinto, ya que diariamente nos encontramos con distintos conflictos en los que los desequilibrios en la economía producen asimetrías en la vida diaria de los ciudadanos, como así también en los contratos que éstos celebran.

En otro orden de ideas, es importante reseñar que nos encontramos transitando el cuarenta aniversario del advenimiento de la democracia y la reinstauración del orden constitucional en nuestro país, lo que nos exige mirar y no olvidar el pasado, soñar y construir un futuro promisorio, y transitar el presente con madurez institucional y con el máximo esfuerzo en la prestación del servicio de justicia.

Desde esta editorial felicitamos a quienes hacen realidad la producción de esta revista, a su comisión directiva, y a las y los autores que aportaran su inestimable colaboración.

Un gran y afectuoso saludo a los asociados y asociadas del Colegio.



myf

12



DOSSIER

ECONOMÍA, INFLACIÓN Y JUSTICIA

myf

13

Coordinación:

Dr. Alejandro **Andrada** | Juez de la Cámara en lo Contencioso administrativo N° 2 de Rosario.

Se nos ha confiado la coordinación del Dossier de este nuevo número de la Revista, circunstancia que nos complace muy especialmente.

Trátase de discurrir acerca de la vasta temática de la: "Inflación, economía y justicia", en todos sus despliegues y connotaciones.

Ocurre que la realidad de nuestro país suele reclamarnos e interpelarnos con temas de circunstancia que, aunque se repitan, no son sino coyunturales: las emergencias que de facto han llegado a conformar -si cabe- un Derecho de la emergencia, la inflación desatada...

Y así, las urgencias desplazan o cuando menos posponen o difieren la consideración de los grandes temas que debieran concitar todo nuestro empeño y atención; por caso, el control mutuo entre los diversos poderes del Estado y nuestra tarea como Jueces en el señalamiento de las excedencias y abusos; la necesidad de un nuevo régimen de coparticipación en

materia tributaria; la sustentabilidad del Derecho de la seguridad social con cajas previsionales que exhiben su asfixia o dificultades que comprometen gravemente el futuro de nuestros jubilados; la necesidad de comprender el rol de categoría invasora que envuelve el Derecho ambiental y que, como tal, penetra las diversas disciplinas jurídicas exigiendo ajustes o modulaciones.

Comoquiera que sea nos toca abordar aquí un complejo entramado jurídico que, aunque circunstancial, reviste una gran importancia. Es que, al lado de la solución de fondo que los Jueces debemos dar a los justiciables se coloca, con pareja importancia, la necesaria contemplación del fenómeno inflacionario, ora en la calificación de una obligación como de valor, ora en la determinación de la tasa de interés aplicable, por ejemplo.

Las páginas que siguen incorporan autorizados estudios a partir de diversos enfoques y desde las diferentes ramas del Derecho.

Hemos estructurado el Dossier en tres capítulos sólo por razones pedagógicas, exagerando las diferencias y disimulando matices.

Lejos de constituir una summa divisio, las relaciones entre lo privado y lo público se entrecruzan. El régimen del Derecho monetario argentino siempre tiene un componente de orden público que veda dejar la cuestión enteramente en mano de los particulares. Pero las decisiones judiciales concretas, no sólo en el Derecho privado del trabajo sino, especialmente, en el contencioso administrativo -como habremos de ver- obliga a desentrañar el sentido y aplicar los artículos 765 siguientes y concordantes del CCC, como lo hace la Corte (ver, por todos, el pronunciamiento in re "Martínez, Gabriel" del 3 de diciembre de 2020 y el fallo recaído en el recentísimo "García, Javier").

En definitiva, en esta materia los textos del CCC resultan aplicables no sólo en el Derecho privado patrimonial sino en otras ramas del Ordenamiento.

La Dra. Alvarez Tremea, Vocal de la Cámara Civil, Comercial y Laboral de Rafaela, analiza con hondura el trascendente tema de las cuotas alimentarias.

El Juez de Distrito, Dr. Zavale, a la sazón Profesor de Derecho de las Obligaciones y Daños, examina la "Actualización monetaria en Procesos Judiciales". Y su colega, el Dr. Carbajo se explaya sobre: "Algunas herramientas jurisdiccionales para mitigar los efectos inflacionarios".

Los Jueces de los Colegiados de Responsabilidad extracontractual Drs. Mazza -y su hermana Giselle, Relatora de la Cámara de lo Contencioso Administrativo- y los Dres. Masino y Allende Rubino analizan la inflación, la cuantificación del resarcimiento y los límites de las coberturas teniendo como norte el principio de la realidad económica y los Derechos Humanos.

Los Jueces de Circuito Dres. Cossari, Pastore y Gálvez analizan las tasas de interés, la obligación de valor instrumentada en tí-

tulos ejecutivos y los problemas actuales de la obligación en moneda extranjera.

Nuestro invitado el Dr. Eduardo Méndez Sierra, a su calidad de Profesor Titular del Derecho de las Obligaciones (UCA) y de autor de obras específicas (como es el caso del libro "Obligaciones dinerarias", de editorial El Derecho), suma su larga experiencia en el ejercicio de la profesión. Su artículo, en este caso, se titula: "Reflexiones en torno del imperio de la prohibición de indexar en el contexto económico actual".

En materia laboral se incorporan tres valiosos aportes de la Dra. Collado y el Dr. Giuliani, y de los Dres. Marchionatti y Vega en los que se discurre ampliamente sobre los intereses en el fuero del trabajo, con un análisis del Acuerdo de la Cámara de Rosario del 27/3/2023, y del Acuerdo de la CNAT n° 2764, del 7/9/2022.

El el ámbito del Derecho público, el Dr. Gianneschi, funcionario de la Corte, aborda la cuestión -como corresponde añadi-

mos nosotros- desde el artículo 75 inciso 19 de la Constitución nacional.

Finalmente, en mi colaboración examino la cuestión en el terreno del contencioso administrativo y de la seguridad social.

Como se advierte, a continuación, se incorporan reflexiones que seguramente habrán de ayudarnos en la solución de los casos que estamos llamados a decidir.

Hemos podido observar, con agrado, que los artículos de los Dossier de los números anteriores de nuestra Revista son cada vez más citados por los operadores del Derecho - Jueces y abogados-, con lo que esta publicación del Colegio se erige en buena hacedora de la doctrina jurídica de nuestro país.

Quiera Dios que superemos prontamente los fenómenos inflacionarios que de tanto en tanto y desde hace décadas nos asolan y que, así, podamos abocarnos enteramente a las grandes problemáticas jurídicas que nos convocan y solicitan.

DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

myf

16





myf

2

17

**Praxis y derecho: inflación
y Derechos Humanos
en la realidad de los
tribunales colegiados
de responsabilidad
extracontractual.
Breves reflexiones**

myf

18

Dr. Horacio L. **Allende Rubino**

*Juez del Tribunal Colegiado de Responsabilidad
Extracontractual de la 6ª Nominación de Rosario.*

I. Introducción

La inflación es un fenómeno económico que ha sido definida como el aumento generalizado de los precios de los bienes y servicios existentes en el mercado durante un período de tiempo sostenido.

Así, cuando el nivel general de precios sube, con cada unidad de moneda se adquieren menos bienes y servicios. Ello implica que el nivel de inflación refleja la disminución del poder adquisitivo del dinero, lo cual se traduce en la pérdida del valor real del medio interno de intercambio y constitutivo, además de la unidad de medida de la economía en un país determinado.

Las causas de la inflación son diversas, y el análisis de las mismas excede, en mucho, las pretensiones del presente artículo.

Las consecuencias de la inflación resultan en desventajas importan-

tes y palpables para la generalidad de los habitantes de un país, tanto más cuando, como en el caso del nuestro, se acerca a niveles de hiperinflación, y además, se caracteriza por ser endémica.

Así, la disminución del poder adquisitivo de la moneda influye en la capacidad de ahorro, implica una reducción del patrimonio, motiva a gastar más rápido, impacta negativamente en la finanzas personales y familiares, aumenta la pobreza, acarrea una pérdida de confianza en la moneda nacional y, en fin, afecta el funcionamiento del sistema económico en su conjunto.

El impacto de la desvalorización monetaria como producto de la inflación incide, sin lugar a dudas, en la relación entre acreedores y deudores, ya sea que las acreencias sean de origen contractual o extracontractual.

Me detendré, en atención a mi pertenencia institucional a los Tribunales

Colegiados de Responsabilidad Extracontractual, en el análisis respecto de las consecuencias que la inflación produce sobre las deudas derivadas de obligaciones que encuentran su fuente en un hecho ilícito, como asimismo en el impacto que el proceso inflacionario produce en el normal desarrollo de las tareas propias de nuestros tribunales, lo cual, en definitiva implica un resultado directo en la prestación del Servicio de Justicia.

II. Inflación y Derechos Humanos

El Derecho pretende lograr la Justicia. Desde la perspectiva axiosófica, aquello que la sociedad argentina considera como “lo justo”, ha sido, en clave valorativa, y con fuerza jurídica imperativa en el sentido de operatividad, incorporado en la Constitución Nacional.

Específicamente, se considera justo la real y efectiva realización de los

Derechos Humanos, conforme la reforma del año 1994.

Dentro de ellos, -teniendo en cuenta que todos, en definitiva, se subsumen en el valor absoluto protegido constitucionalmente, cual es la vida misma- en relación a la inflación cuentan con especial relevancia los Derechos Económicos y el Derecho a la Salud.

En este sentido, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reviste jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional).

La inflación, como fenómeno económico, y por ende, social¹, debe ser contemplada por el Derecho, a fin de evitar que se cercenen los derechos fundamentales.

Sucede que la inflación, en cuanto merma la posibilidad de ahorro, de inversión y de desarrollo de las personas, implica un fenómeno que limita

los derechos económicos fundamentales; y como tal fenómeno resulta atribuible, en la mayor medida, a las políticas fiscales y económicas que decide llevar adelante el Estado, conforme la actividad administrativa reglada, se constituye en una violación al art. 4° del Pacto, en cuanto limita de facto tales derechos². También se violentan los artículos 2.1³ (progresividad en la realización los derechos), 6.2⁴ (desarrollo socio económico constante en relación al cumplimiento de todos los derechos fundamentales), y 7.2⁵ (dignidad de la existencia de las personas).

Especial impacto reviste la inflación sobre los derechos protegidos por los artículos 11 y 12:

“Art. 11.

1) Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones

de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento. 2) Los Estados Partes en el presente Pacto, reconociendo el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre, adoptarán, individualmente y mediante la cooperación internacional, las medidas, incluidos programas concretos, que se necesiten para: a) Mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos mediante la plena utilización de los conocimientos técnicos y científicos, la divulgación de principios sobre nutrición y el perfeccionamiento o la reforma de los regímenes agrarios de modo que se logre la explotación y la utilización más eficaces de las riquezas naturales; b) Asegurar una distribución equitativa de los alimentos mundiales en relación con las necesidades, teniendo en cuenta los problemas que se plantean tanto a los países que impor-

tan productos alimenticios como a los que los exportan”.

“Art. 12.

1) Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental...”

En general, podemos aseverar que el fenómeno inflacionario degrada todos los derechos fundamentales previstos en el referido convenio internacional de Derechos Humanos.

Pero, como la inflación afecta también las arcas del Estado, no solo por el aumento del precio de los bienes y servicios, sino también porque la crisis económica que acompaña al fenómeno degrada la actividad privada, con la consecuente merma en la recaudación, va de suyo que impacta negativamente sobre los fondos necesarios para atender la efectividad en la realización de los Derechos Humanos, afectando así los principios de no regresión y de progresividad.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁶, en este sentido, ha determinado la íntima interrelación entre los recursos disponibles del Estado y la realización progresiva de los DESC, para lo cual resulta indispensable el análisis de la política fiscal, lo que incluye las asignaciones presupuestarias específicas⁷.

En consecuencia, la Comisión relaciona el impacto negativo que los bajos niveles de recaudación tienen respecto de los DESC en relación a los sectores más pobres de la población, en clave de desigualdad⁸.

Consideró la Comisión indispensable relacionar la política fiscal con los principios de realización progresiva y no regresividad, de igualdad y no discriminación⁹.

En el capítulo referido al acceso a la justicia, la Comisión destacó sin ambages¹⁰ la función fundamental del servicio como elemento de compen-

sación de situaciones de desigualdad material que impiden la defensa eficaz de los propios intereses de las personas¹¹. Se explaya asimismo, sobre la obligación de los Estados de llevar adelante acciones positivas al organizar el aparato institucional judicial, a fin de asegurar el acceso a la justicia mediante la remoción de los obstáculos de distinta índole que lo obstruyen¹².

Finalmente la Comisión recomendó: *“Realización progresiva y no regresividad. Está vedado al Estado adoptar políticas, medidas y sancionar normas jurídicas que, sin una justificación adecuada y convincente, empeoren la situación de los derechos económicos, sociales y culturales de la población. El Estado tiene el deber de rendir cuentas sobre cómo se han movilizad, hasta el máximo, los recursos disponibles para lograr progresivamente la plena efectividad de esos derechos. “Acceso a la Justicia. Cabe a los Estados diseñar una política integral y*

coordinada, respaldada con recursos públicos adecuados, para garantizar que las personas viviendo en situación de pobreza y pobreza extrema tengan acceso pleno a una adecuada protección judicial. Crear instancias y recursos judiciales idóneos y efectivos en zonas rurales, marginadas y en desventaja económica, con el objetivo de garantizar acceso pleno a una tutela judicial efectiva, así como incrementar el número de abogados de oficio disponibles. Remover los patrones socioculturales discriminatorios que impiden el acceso pleno a la justicia, mediante programas de capacitación y políticas integrales de prevención.

III. La Inflación y el Derecho a la Reparación.

Me referiré ahora a algunas cuestiones específicas relacionadas al título, que se presentan en nuestros tribunales colegiados de responsabilidad extracontractual.

1. Acceso a la justicia.

En estos Tribunales, conforme la reforma procesal del Código de rito realizada en el año 2017, mediante la cual se reemplazó el proceso de declaratoria de pobreza por una declaración jurada emanada del interesado, el posible impedimento o demora en el acceso a la justicia por la imposibilidad de atención de las gabelas de ley ha dejado de existir.

Debemos recordar que el Derecho a la Salud, derivado del Derecho a la vida, constituye un Derecho Humano, con raigambre y protección constitucional¹³.

2. El problema de los acuerdos transaccionales.

La inflación, por otra parte, influye negativamente en la tasa de acuerdos transaccionales, ya sea a nivel extrajudicial, lo cual potencia la judicialización de los litigios, como asimismo en aquellos a los cuales se arriba una vez iniciado el proceso judicial. La consecuencia consiste en que se mul-

tiplican las celebraciones de audiencias de vista de causa (AVC).

En el caso de los Tribunales Colegiados, toda vez que las audiencias preliminares son tomadas por cada Juez de Trámite, la fijación de AVCs, conforma un cuello de botella ineludible, dado que en las mismas ha de estar presente el Tribunal Pleno.

Luego, la baja del índice de acuerdos previos a las audiencias Preliminares (de Proveído de Prueba), o realizados en la propia audiencia, incrementa la tensión sobre el sistema en las vistas de causas.

3. Montos indemnizatorios.

La indemnización integral que procede frente al daño a la salud, constituye la realización efectiva de un Derecho Humano. Tal como determina el CCC en los artículos 1º, 2º y 3º¹⁴ es función de los Jueces, dentro de su jurisdicción y competencia, como integrantes de uno de los poderes del Estado, con-

tribuir, en cumplimiento de la manda constitucional, a la efectividad de los Derechos Humanos consagrados en nuestra Carta Magna.

Indica Calcaterra, respecto de los Derechos Humanos con raigambre constitucional:

“Toda esta normativa marca una clara tendencia proteccionista del hombre considerado como una integridad física, psíquica y moral. Sin embargo es importante tener presente que la importancia de los derechos radica en que puedan hacerse efectivos. Porque los derechos como construcción social 'no son más que lo que la realidad hace con ellos y uno de los retos de este siglo en tornarlos eficaces...’”¹⁵.

Cobra, entonces un sentido claro la disposición del artículo 1740 del Código Civil, en cuanto impone como principio, la restitución in natura, y secundariamente su indemnización. En el caso de la afección permanente a

la integridad psicofísica de las personas, la restitución al estado anterior de las cosas deviene imposible, por ello se indemniza dinerariamente.

La indemnización que se otorgue por incapacidad sobreviniente debe atender, entonces, primordialmente al mantenimiento incólume de una determinada calidad de vida cuya alteración, disminución o frustración, constituyen en sí un daño resarcible¹⁶.

En este sentido, cabe recordar que la Organización Mundial de la Salud (OMS) define la “salud” como el estado de completo bienestar físico, mental espiritual, emocional y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. La salud implica que todas las necesidades fundamentales de las personas estén cubiertas: afectivas, sanitarias, nutricionales, sociales y culturales.

La doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sido clara en

orden a la prioridad absoluta de la protección de la vida y la salud, otorgándola en forma total frente a otros derechos constitucionalmente protegidos, como vg. el derecho de propiedad. Es decir, que frente a la lesión inminente de la vida, salud o integridad psicofísica de una persona si tal protección pudiere afectar un derecho de exclusivo corte patrimonial, se protegerá la vida frente a aquel ^{17;18}.

Parte de la traslación normativa a nivel de regla, del principio de protección del derecho a la vida y la salud, plasmó en el artículo 744 inciso f del CCC, en cuanto determina la inembargabilidad de las indemnizaciones derivadas de daño moral y material por lesiones la integridad psicofísica de las víctimas, cerrando así el círculo protectivo de la reparación plena establecido en nuestro Código Civil y Comercial.

Entonces, el contenido económico de la indemnización que ha de asignarse a la incapacidad sobreviniente, y al

daño extrapatrimonial, reviste especial importancia.

3.1. Las Tablas de los Tribunales Colegiados.

Los Tribunales Colegiados de Responsabilidad Extracontractual de Rosario, continuando una tradición de muchos años, con fines de seguridad jurídica, han acordado, conforme las normas correspondientes del Código Civil y Comercial, el valor del punto de incapacidad.

En tal sentido, la tabla pertinente se ha conformado con base en la fórmula Marshall, tomando en consideración el salario mínimo del convenio colectivo de trabajo correspondiente a los empleados de comercio, por ser éste el sindicato que mayor cantidad de afiliados aglutina. Se tuvo en consideración asimismo, que las pólizas de seguro automotor contienen un límite monetario de garantía.

En función del aumento sostenido de

los índices inflacionarios, actualmente tal tabla se ajusta por consenso dos veces en el año.

Mediante tal ajuste, pretenden los Tribunales Colegiados mantener de alguna manera el valor actual de la reparación.

De todos modos, frente al avance indiscutible del fenómeno inflacionario, los jueces integrantes de estos Tribunales de responsabilidad extracontractual, nos encontramos en permanente consulta a fin de estudiar y consensuar otras posibilidades de ajuste que permitan atender adecuadamente la reparación plena, en un todo de acuerdo con lo normado por el art. 1740 del CCC¹⁹.

Debo precisar que en la inmensa mayoría de los casos que son resueltos por los Tribunales Colegiados, los demandantes no acreditan ingresos, ni que tarea realizaban al momento del hecho; en menor medida lo hacen en relación al trabajo a la fecha del he-

cho, mas no cuál era su ingreso, y en contados casos prueban la labor e ingresos percibidos al momento del siniestro.

3.2. El tema de la fórmula matemática,

En relación a la Tabla, los Tribunales Colegiados adscribimos al criterio de la fórmula matemática como un elemento más pero no el único, a fin de determinar la indemnización por incapacidad civil.

La Cámara Nacional Civil Sala L²⁰, en un fallo de este año, con base en el fallo Grippo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, explicó que las formulas se integran en base a elementos subjetivos, y que, por ende, las mismas han de relacionarse con otros parámetros que debe evaluar el juez a fin de obtener como resultado la reparación integral²¹.

En el citado precedente "Grippo"²² la Corte Suprema de Justicia de la Na-

ción indicó:

“La consideración de criterios objetivos para determinar la suma indemnizatoria en cada caso no importa desconocer la facultad propia de los magistrados de adecuar el monto de la reparación a las circunstancias y condiciones personales del damnificado habida cuenta el margen de valoración de que aquellos gozan en la materia (artículo 165 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), sino recurrir a pautas meramente orientadoras que permitan arribar a una solución que concilie de la mejor manera posible los intereses en juego y evite –o cuando menos minimice– valoraciones sumamente dispares respecto de un mismo daño sin motivos razonables y/o de entidad que lo justifiquen. Ello máxime cuando, como en el caso, la ponderación cuestionada por insuficiente atañe al daño material”.

En sentido coincidente, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa fe, Sala II²³, en meduloso fallo concluyó en la inaplicabilidad exclu-

siva para la determinación de la indemnización por incapacidad de las fórmulas matemáticas.

Señaló:

“cuando se trata de determinar indemnizaciones para daños como los que se reclaman en el sub iudice, la “motivación suficiente” a que alude el artículo 95 de la Carta Magna provincial no impone de manera inexorable el empleo de cálculos matemáticos (a pesar de lo expresado dogmáticamente en tal sentido por el tribunal anterior en grado), deviniendo incluso apartado del recto entendimiento judicial todo discurso que se remita indeliberadamente a sus resultados... en realidad funcionan sobre la base de premisas y variables (años restantes de edad económicamente activa, monto de ingresos probables, porcentaje de incapacidad, intereses, etc.) siempre subjetivas en su determinación y concreción, con el agravante de hacer perder de vista que en estos casos el respeto a la iustitia conmutativa todavía sigue dependiendo

fundamentalmente de la prudentia del juez, cuya experiencia vital y razonabilidad práctica no pueden reemplazarse por la idolatría de las fórmulas algebraicas, que con frecuencia conducen a resultados absurdos y son epistémicamente incapaces de asegurar rigurosidad (por la radical inconmensurabilidad y relatividad que signa a la mayoría de aquellas variables y por el carácter preponderantemente conjetural que tienen todas) ni tampoco corrección (pues no pueden abarcar las complejas y múltiples operaciones mentales que preceden al hallazgo de la expresión numérica que hace concreta la medida de la indemnización)”²⁴.

Especificó la Cámara:

“...debemos dejar de ser esclavos del algoritmo”, y que en el marco del derecho de daños, “la “fundamentación” constitucionalmente exigida y exigible a la decisión judicial referida a la indemnización no podría equivaler sin más a un “cálculo”, debiendo desarrollarse la labor de determinación del quantum dentro de

márgenes de razonabilidad (el límite del "mínimo" y el "máximo" al que aludía Hegel al hablar de las facultades del juez) relativamente flexibles, cuyo respeto ha de asegurar la validez de lo resuelto"²⁵.

También se ha expedido sobre el particular la Corte Suprema de Justicia de nuestra Provincial.

Así, in re "Barrera C/ Brito"²⁶: indicó: *"Ingresando en el examen de tal agravio, cabe liminarmente señalar que el artículo 1746 del Código Civil y Comercial no implica necesariamente la aplicación de fórmulas matemáticas -de una variedad considerable y utilizadas con el pretexto de objetivar al máximo el razonamiento- para la determinación del quantum indemnizatorio, en tanto en el ámbito del derecho de daños la "fundamentación" constitucionalmente exigible a la decisión judicial referida a la indemnización se satisface cuando aquél se determina con motivación razonable, adecuada a los aspectos personales, laborales y de la vida en re-*

lación de la víctima que fueron lesionados, es decir, justipreciando las consecuencias que la afectaron tanto desde el punto de vista individual como desde el social" (del voto del Dr. Erbetta).

IV. Conclusión.

Podemos entonces concluir, luego de este breve desarrollo respecto de un tema por demás complejo, en que la inflación afecta directa y profundamente los Derechos Humanos, en nuestro caso, especialmente el Derecho a la Salud, y el principio constitucional de Reparación Integral.

Por ende, constituye una obligación para los jueces, derivada de su deber funcional, la de buscar, en la solución del caso, la eficacia protectora de tales derechos fundamentales, intentando, en la idea de Alexy, la pretensión de corrección del Derecho, en el marco de la interacción entre las fases complejas de la realidad social, la norma y la justicia. ■

CITAS

¹ FERREYRA, PINTO, URIBE VILLEGAS, OSCAR: *"La inflación y su significado sociológico"*. Revista Mexicana de Sociología, Vol. 27. N° 1. Enero-Abril 1965. <https://doi.org/10.2307/3538748>. Consultada, 5 de julio de 2023: *"Es más que un fenómeno monetario o puramente económico, es un hecho social o socio-cultural complejo. Se une a determinadas condiciones de la estructura de la sociedad, de la educación y de la cultura del pueblo, de su desenvolvimiento, de su tasa de aumento de población de las crisis políticas, de la presión del comercio internacional y a toros innumerables factores complejos que condicionan la inflación"*

² *"Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, en el ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática"*

³ Art. 2.- 1) Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a

adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

⁴ Art. 6...2) Entre las medidas que habrá de adoptar cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto para lograr la plena efectividad de este derecho deberá figurar orientación y formación técnico - profesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana.

⁵ Art. 7.- Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en es-

pecial...2) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto.

⁶ Comisión IDH, OEA/Ser. L/V/II.164 Doc. 147, *Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas*, 2017, párr. 494, 496, y 502.

⁷ Así, indicó: “Tomando en cuenta la obligación de los Estados de utilizar los recursos disponibles para realizar progresivamente los DESC, no es posible analizar los esfuerzos de los Estados por eliminar la pobreza sin tener en cuenta su política fiscal, entendida como la política de recaudación y asignación de los recursos públicos un obstáculo para el financiamiento de políticas y programas. Por ello, la CIDH considera que los Estados deben tomar medidas pertinentes para un análisis integral de las políticas fiscales”.

⁸ Aseveró: “Asimismo, según ha advertido la CEPAL, “el aumento de la eficiencia de la recaudación de impuestos exige que se vuelvan a examinar las moratorias fiscales, las exenciones y las prórrogas que benefician de forma desproporcionada a los sectores más acomodados de la sociedad”. Los bajos niveles de recaudación de impuestos tienen un impacto desproporcionado en los

sectores más pobres de la población y constituyen un obstáculo para el financiamiento de políticas y programas. Por ello, la CIDH considera que los Estados deben tomar medidas pertinentes para un análisis integral de las políticas fiscales.

⁹ “los principios de derechos humanos constituyen un marco que apunala las funciones clave de la política fiscal y la tributación. En este sentido, desde el enfoque de Derechos Humanos, resultan particularmente relevantes para la política fiscal los siguientes principios y obligaciones: aseguramiento de los niveles mínimos esenciales; movilización del máximo de recursos disponibles para la realización progresiva de los DESC; realización progresiva y no regresividad de estos derechos; y el principio de igualdad y no discriminación”.

¹⁰ Párrafos 503, 507 y 510.

¹¹ “Las personas que viven en situación de pobreza o pobreza extrema generalmente enfrentan mayores obstáculos para acceder a la justicia, así como a los medios que le permitan la gestión efectiva para denunciar y exigir el cumplimiento de sus derechos. Las políticas que apuntan a garantizar servicios jurídicos a personas carentes de recursos

actúan como mecanismos para compensar situaciones de desigualdad material que afectan la defensa eficaz de los propios intereses”.

¹² “El derecho internacional de los derechos humanos ha desarrollado estándares sobre el derecho a contar con recursos judiciales y de otra índole que resulten idóneos y efectivos para reclamar por la vulneración de los derechos fundamentales. En tal sentido, la obligación de los Estados es fundamentalmente positiva, de organizar el aparato institucional de modo que todos los individuos puedan acceder a esos recursos. A tal efecto, los Estados deben remover los obstáculos normativos, sociales o económicos que impiden o limitan la posibilidad de acceso a la justicia, y también asegurar el acceso a la información y, en ciertas circunstancias, el asesoramiento que requieran”. “Es común que la desigual situación económica o social de los litigantes se refleje en una desigual posibilidad de defensa en juicio. Un primer aspecto en relación con los alcances del derecho a acceder a la justicia está dado por los obstáculos económicos o financieros en el acceso a los tribunales, y por el alcance de la obligación positiva del Estado de remover esos obstáculos para garantizar un efectivo derecho a ser oído por un tribunal”.

¹³ Conf.: artículo 75 incisos 22 y 23 de la Constitución nacional; artículos 3° y 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículo 1° de la Convención Americana de Derechos y Deberes del Hombre; art. 1° de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 4, 41 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica-; art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo abierto a la firma en Nueva York el 19.12.1966; art. 12.1 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; y arts. 6.1, 6.2 y 27.1 de la Convención sobre Derechos del Niño.

¹⁴ Artículo 1°. 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 reguladas legalmente, siempre que no sean

contrarios a derecho. Artículo 2°. 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. Artículo 3°. Deber de resolver El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada.

¹⁵ CALCATERRA, MARCELA: “El Derecho a la Salud como expresión de uno de los Derechos Humanos más elementales”, en “Derechos Humanos y teoría de la Realidad”, editado por la Defensoría del Pueblo de la Provincia de Santa Fe, Santa Fe 2003.

¹⁶ CF. CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, “La responsabilidad por daños desde la Filosofía del Derecho”, en AA.VV., “Derecho de Daños”, Buenos Aires, ed. La Rocca, 1989, págs. 317 y ss.; y “Aportes metodológicos a la filosofía del daño”, en MOZOS, JOSÉ LUIS DE LOS Y SOYO COAGUILA, CARLOS A. -Directores-, “Responsabilidad Civil. Derecho de Daños”, Lima, Grijley, 2006, tomo 4, págs. 89 y ss.

¹⁷ Conf.: CAMACHO ACOSTA, MAXIMINO C. GRAFI GRAF, S.R.L. Y OTROS (C. 2348. XXXII-R.H.) 7-ago-1997MJ-JU-E-9497-AR | EDJ9497 | EDJ9497.

¹⁸ En el caso “Mosqueda”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho “... el derecho a la salud, máxime cuando se trata de enfermedades graves, está íntimamente relacionado con el derecho a la vida, siendo éste el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución nacional. El hombre es el eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye un valor fundamental, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (v. doctrina de Fallos 323:3229)”: MOSQUEDA, SERGIO c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados, s/ Recurso de Hecho. M.1503 XLI, 07/11/06, y en igual sentido Reynoso, NILDA NOEMÍ C/ INSSJP, R 68 XL, 16/05/06; y Recursos de hecho deducidos por la Defensora Oficial de P. C. P y la actora en la causa P. H. P. y otro c/ D. C., L. A. y otro s/ art. 250

del C.P.C. 6-dic-2011. MJ-JU-M-70425-AR | MJJ70425 | MJJ70425.

¹⁹ Artículo 1740. Reparación plena. La reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. La víctima puede optar por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero. En el caso de daños derivados de la lesión del honor, la intimidad o la identidad personal, el juez puede, a pedido de parte, ordenar la publicación de la sentencia, o de sus partes pertinentes, a costa del responsable.

²⁰ Cámara Civil - Sala L, Expte. n° 21482/2018 S, H Y c/ Transporte Larrazabal CISA s/ Daños y Perjuicios, 13/02/2023: También indicó: “A pesar de lo que se ha interpretado en torno a la redacción de esta norma, expreso desde ya que no recurriré a la utilización de fórmulas matemáticas, pues desde mi punto de vista, las conocidas como “Vuotto” o “Méndez” —entre otras—, no resultan de aplicación obliga-

toria en este fuero...la aplicación de fórmulas aritméticas a las que pareciera aludir el mencionado precepto constituyen, en mi visión, solamente pautas orientadoras a considerar a fin de dotar de mayor objetividad el principio de reparación plena del daño (art. 1740 del CCCN), de modo que su resultado no debe ser seguido de manera estricta. Ello es así, porque las ventajas que se le han atribuido a aquel método no deben llevarnos a olvidar que las fórmulas juegan junto a un haz de pautas fundamentales ajenas al mundo de las matemáticas y con todas las cuales el juzgador ha de trabajar para aquella determinación, de modo que su aplicación desprovista de prudencia puede llevar a verdaderos despropósitos (conf. voto del Dr. Eduardo De Lazzari en CASTELLI, MARÍA CECILIA contra Banco de Galicia y Buenos Aires S.A., SCBA LP C 119562 S 17/102018 y en C. 117.926, «P., M. G.», sent. de 11-II- 2015; C. 118.085, «Faúndez», sent. De 8-IV-2015). Así, en la determinación del monto indemnizatorio, el tribunal de la causa no se encuentra obligado a adoptar procedimiento ni fórmula matemática alguna, si bien es claro que ello no

exime al sentenciante de brindar las fundamentaciones y explicaciones que den razón a sus conclusiones ya que, de lo contrario, el único sostén de su decisión sería un aserto dogmático que traduciría su mero arbitrio (conf. voto del Dr. Li Rosi en la causa “H., J. O. c/ S., J y otro s/daños y perjuicios”, CNCiv., Sala A, 16/5/2022, y en el mismo sentido: «G, W I c/ F, L F y otro s/ daños y perjuicios» del 08/09/2016 (Sala F, Expte. n° 13.793/2012), posición que fuera reiterada por el Dr. Galmarini en los autos «J, C R c/ Transportes Santa Fe S.A.C.I y otros s/ daños y perjuicios» del 23/09/2016 (Expte. n° 1667/2013) y también por el Dr. Posse Saguier en los autos «M, A L c/ Azul S.A.T.A. Línea 203 y otro s/ daños y perjuicios del 04/08/2020, (expte. N° 68.447/2017)”.

²¹ En sentido coincidente: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala II: 27/08/2019: “*Ferreira, Alba Eliana Soledad c. Meaca Ascazuri, Pedro Hernán y otros s/ Daños y perj. Autom. c/les. o muerte (Exc. Estado)*”. Cita: TR LALEY AR/JUR/27952/2019: “*Empero, es necesario puntualizar que la utilización obligatoria de las denominadas fórmulas matemáticas*

no conlleva la aplicación mecánica y automática del resultado numérico al que se arrije; por ende el referido imperativo legal debe ser interpretado como una herramienta de evaluación ineludible para el juez, pero que en modo alguno excluye la valoración de otros parámetros aconsejados por la sana crítica en su dialéctica relación con las circunstancias del caso”.

²² Corte Suprema de Justicia de la Nación: 02/09/2021: “*Grippo, GUILLERMO OSCAR; CLAUDIA P. ACUÑA Y OTROS C. CAMPOS, ENRIQUE OSCAR Y OTROS s/daños y perjuicios (acc. trán. c. les. o muerte)*”: Fallos: 344:2256. También: “*Para fijar la indemnización por el valor vida no han de aplicarse fórmulas matemáticas, sino que es menester computar las circunstancias particulares de la víctima y de los damnificados: edad, grado de parentesco, profesión, posición económica, expectativa de vida, etc.*”. Fallos: 329:4944; 329:3403; 325:1277; 324:2972; 323:3614; 317:1006; 316:912.

²³ Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Santa Fe (Sala II): “*BRAVO, GRISELDA GUADALUPE C/ BIANCO, CLAUDIO URIEL Y/O MOSQUEDA, SILVINA VERÓNICA S/ Daños y Per-*

juicios”: 27/10/202. Resolución N°: 178. Cita: 928/21. N° de CUIJ: 21 - 12153744 – 0.

²⁴ La Cámara, también aseveró: “*En ese orden basta un simple repaso a la praxis plurisecular de nuestros tribunales -incluso de la Corte Suprema de Justicia de la Nación hasta la actualidad- para comprobar que nuestra cultura jurídica es en gran medida ajena a la pretensión de reducir el delicado oficio judicial de “ajustar” casuísticamente los resarcimientos civiles a un mecánico ejercicio de cobertura de variables y realización de operaciones aritméticas, que con frecuencia llega al increíble extremo (que representa una novedosa forma de “abdicación” de responsabilidades judiciales) de ser llevada a cabo a través de una mera hoja de cálculo proveída por una página web -erigida en una versión moderna del “oráculo de Delfos”-, procedimiento que muchas veces es el resultado de la resignada (y realista) comprobación de que es imposible materializar el sueño dorado de una fórmula correcta (que rememora la búsqueda del “algoritmo avanzado” por el malvado científico Valdo Obruchev en “No Time to Die”, y que -como ya hemos dicho- se encuentra condenada al fracaso ab initio), pero que en ocasiones también es el fruto del*

deseo de quitarse responsabilidades, pues precisamente el empleo de algoritmos "tiene la desventaja de sacarle la responsabilidad al ser humano, que entonces podría citar el pobre consejo del algoritmo a fin de justificar su mala decisión". Es cierto que en estos tiempos, al calor de una extendida interpretación del artículo 1746 C.C.C. que esta Sala no comparte (pues además resulta claro que las expresiones concretas del legislador no pueden entenderse de manera literal y aisladas del resto del sistema jurídico, ya que ello importaría la conocida y arbitraria "remisión indeliberada a la letra de la ley") se ha desarrollado una tendencia a entender que dicha norma representaría una suerte de "giro copernicano" para esta materia, cambiando casi mágicamente nuestra praxis interpretativa (para decirlo en terminología dworkiniana) al determinar que habría sonado "la hora de las fórmulas". Sin embargo, y como ya lo advirtiera Alexy en su obra fundacional, es cuestionable que una convicción normativa, "sólo por el hecho de que esté extendida, pueda servir de fundamento a decisiones jurídicas", ya que "es posible que las convicciones normativas sólo estén extendidas porque los que las sostienen

aún no han tenido ocasión suficiente de someterlas a una comprobación crítica"; la historia de la ciencia "muestra que la práctica usual en un determinado momento no sólo no es la única posible, sino que tampoco tiene por qué ser la mejor. (...) Es claro que no se puede pretender derivar normas (que pertenecen al campo del sollen) a partir de un mero consenso, que no deja de ser un hecho (perteneciente al mundo del sein), lo cual materializaría paradigmáticamente la llamada 'falacia naturalista'". Entiendo que esta última idea -la de la falacia- resulta especialmente adecuada para explicar el rechazo que merece la tesis de que las indemnizaciones sólo podrían calcularse de la manera que lo ha hecho el a quo, el cual ha adherido así al aludido discurso dominante según el cual, para decidir en estos casos, "hay que ir a las fórmulas" (que serían entonces el camino correcto, a la manera del mandaloriano "this is the way"). Es que precisamente en ese "recurso a las fórmulas" se puede encontrar un procedimiento que sólo tiene "aparición" de correcto, escondiendo en verdad un decisionismo no asumido pero que se hace explícito cuando -como hemos dicho- los propios jueces calculadores realizan correcciones a los resultados que arroja

su aplicación (evidenciando ellos mismos al proceder así que no hace falta ver "Worth" para comprobar la injusticia a la cual conducen los algoritmos, las fórmulas preestablecidas, que son una moderna versión del lecho de Procusto). Profundizando la mirada llegamos a constatar la presencia de cierta combinación entre una suerte de "argumentum ad populum" (en el sentido de Walton) y una reedición contemporánea del viejo "formalismo jurídico" que procuraba simplificar (al menos simbólicamente) el procedimiento de toma de decisiones, haciéndolo previsible (al menos en teoría), intento que remite a la preocupación weberiana por la "racionalidad formal". Aun cuando se multipliquen las voces y los slogans que las defiendan, es claro que esta "manía de las fórmulas" debe permanecer ajena a nuestra cultura jurídica, lo cual no obedece a una pura "inercia perelmaniana" ni a inconfesables móviles de "miedo a la innovación", sino que se explica por elementales consideraciones de sentido común que avalan el rechazo de las apuntadas especulaciones conjeturales y puramente probabilísticas sobre las cuales se construyen las fórmulas (incluyendo la empleada en

el fallo apelado), que carecen de la "confiabilidad" (reliability) exigible de todo algoritmo, consideraciones a las cuales se agrega el necesario respeto a la naturaleza de las cosas y a los límites propios del saber práctico, que obligan -respectivamente- a aceptar que no existe ninguna "receta" en la jurisprudencia o en la doctrina ("in the books", como suele decirse en el ámbito anglosajón) que permita superar las incertidumbres que obstan a la determinación objetiva de las variables que deberían incluirse en una hipotética fórmula (que se persigue como el "santo grial" de Parsifal o como la "piedra filosofal" que dio inicio a la saga de Harry Potter), y a admitir que siempre subsistirá una inevitable dosis de incerteza a la hora de "hacer profecía" sobre la cuantía económica de los resarcimientos que fijarán los jueces, por la ya aludida incommensurabilidad (repárese si no en la cantidad de "suposiciones" o "hipótesis" a las que apela la fórmula aplicada por el a quo), la imposibilidad de instaurar un sistema único y las inevitables discrepancias o diferencias que existirán entre las concretas soluciones adoptadas por los tribunales al resolver este tipo de reclamos, en función de las respecti-

vas teorías jurídicas y de las precomprensiones de cada uno de sus integrantes".

²⁵ Adunó: "Esa imposibilidad -expuesta ya por Giambattista Vico en su célebre disertación del 18 de octubre de 1708 ante la Real Academia del Reino de Nápoles- de someter el derecho al modelo cartesiano de razonamiento "more geométrico" (que implica, como lo hacían los imprudentes docti, pretender aplicar un método a un objeto que no lo soporta), justifica proclamar que "debemos dejar de ser esclavos del algoritmo", y afirmar una vez más que en este ámbito del derecho de daños la "fundamentación" constitucionalmente exigida y exigible a la decisión judicial referida a la indemnización no podría equivaler sin más a un "cálculo", debiendo desarrollarse la labor de determinación del quantum dentro de márgenes de razonabilidad (el límite del "mínimo" y el "máximo" al que aludía Hegel al hablar de las facultades del juez) relativamente flexibles, cuyo respeto ha de asegurar la validez de lo resuelto, por lo que la tacha de arbitrariedad (en base a la cual opera la apelación extraordinaria según el artículo 42 L.O.P.J. en su interpretación por la Corte provincial) sólo habrá de tener asidero cuando se demuestre

mediante argumentos de peso el "absurdo" -desde la perspectiva de la igualdad inherente a la justicia conmutativa- de la solución adoptada, criterio que no supone propiciar o convalidar un regreso a la "justicia del qādi", sino que encuentra amplia recepción en la jurisprudencia constitucional y que cabe ratificar incluso en los casos regidos por el Código Civil y Comercial, toda vez que su tan mentado artículo 1746 lejos está de "no dejar dudas", tal como dogmáticamente lo pontifican los sentenciantes citando en soledad a un autor erigido en "gurú" de la materia, con incomprensible ignorancia de los precedentes de esta Sala, cuya debida consideración obligaba -por razones de cortesía, cuanto menos- a relativizar sus afirmaciones, incluso para evitar inducir a error a los litigantes y justiciables (pues la jurisprudencia de la Cámara santafesina lejos está de ser pacífica en la materia)".

²⁶ CSJSFE: BARRERA, ELSA GLORIA C/ BRITO, LEONARDO MAXIMILIANO y Otros -Indemnización daños y perjuicios- S/ Recurso De Inconstitucionalidad: 01/11/2022: AyS T. 322, pág. 149/165.Cita: 813/22 N° de SAIJ: 22090518. N° de CUIJ: 21 - 4911091 - 7.

**El desafío de afianzar
la justicia en un contexto
inflacionario. Cuotas
alimentarias. Mecanismos
correctores admisibles
en el marco del nominalismo**

myf

34



myf

35

Dra. María José **Álvarez Tremea**

*Jueza de la Cámara de Apelaciones en lo Civil,
Comercial y Laboral, Sala II, Rafaela*

I. Introducción

La vigencia del nominalismo y la prohibición de indexación en períodos inflacionarios generan enormes dificultades al momento de cuantificar la obligación alimentaria. Ello ha obligado a juezas y jueces a idear mecanismos que permitan lograr una decisión justa que coadyuve a lograr previsibilidad en las relaciones jurídicas, utilizando las escasas herramientas existentes mientras se aguarda que los restantes poderes del Estado asuman su obligación convencional y constitucional de garantizar la efectiva vigencia de los derechos fundamentales de los beneficiarios de cuotas alimentarias.

II. Nominalismo e inflación. El rol del Poder Judicial

El art. 766 del Código Civil y Comercial de la Nación mantuvo el siste-

ma nominalista¹ conforme al cual el deudor al momento de vencimiento de la obligación debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada. Continúa vigente, asimismo, la prohibición de indexar por vía directa según lo dispone el artículo 7 de la ley 23.928 (T.O.9 Ley 25.561), por lo que en ningún caso se admite la actualización monetaria, indexación por precios, variación por costos o repotenciación de deudas cualquier fuere su causa, haya o no mora del deudor.

El funcionamiento del sistema así ideado ha sido constantemente puesto en crisis por los procesos inflacionarios que cíclicamente vienen afectando la realidad económica de nuestro país. Así nos acostumbramos a convivir por décadas *“con elevados niveles de inflación ...y enfrentar ese flagelo con herramientas jurídicas alejadas de la realidad que vivimos, absolutamente inidóneas para dar respuestas a los problemas*

que se le presentan al ciudadano común...” (Pizarro, 2023:118)²

La vigencia del art. 7 de la ley 23.928 (T.O. 25561) precedentemente citado prohíbe la aplicación de las cláusulas de ajuste de escala móvil o cláusulas índice en cualquiera de sus manifestaciones; cláusula de valor en especie, de valor oro o plata, ajuste por variación de costes, de variación moneda extranjera o de pago de valor en moneda extranjera. (Pizarro, 2023:118)³

Ante la prohibición de aplicación de mecanismos de indexación directa, derivada del nominalismo adoptado por el Código Civil y Comercial de la Nación, y la vigencia de la ley de convertibilidad, la opción a la que han recurrido los jueces y juezas ha sido la utilización de la tasa de interés con el fin de mantener la integridad del capital, lo que supone atribuir a la tasa una finalidad que le es extraña, pues ontológicamente la actua-

lización monetaria y el interés son rubros diversos. En suma, la tasa de interés como medio para mantener la incolumidad del capital es una herramienta válida pero ineficiente,⁴ mas es el medio que en este contexto ha permitido -por regla y salvo supuestos extraordinarios- lograr la conservación del capital de condena. Este mecanismo consiste en la aplicación a las obligaciones de dar suma de dinero, intereses cuyas tasas contienen la denominada escoria inflacionaria, esto es un componente porcentual en el guarismo de la tasa de interés tendiente a compensar la pérdida de poder adquisitivo derivado de la inflación.

Otro mecanismo que se ha desarrollado en doctrina y jurisprudencia en orden a lograr el objeto de mantener incólume el crédito -o al menos intentar lograrlo-, ha sido la construcción del concepto de obligaciones de valor, hoy receptado en el art. 772 del Código Civil y Comercial, aunque

con algunas diferencias con el desarrollo doctrinario que le precedió. Las obligaciones de valor son aquellas en las que la deuda consiste en un cierto valor que es transformado en dinero en un momento posterior al del nacimiento de la obligación. La incorporación de la figura al Código Civil y Comercial de la Nación no ha estado exenta de críticas. Pizarro ha cuestionado desde el nombre mismo adoptado, esto es “cuantificación de un valor”, por haber dejado de lado la denominación que tradicionalmente se le confirió a este tipo de obligaciones (obligaciones de valor), como asimismo la posibilidad de mutación de la obligación de valor a obligación de dar suma de dinero, al momento de cuantificación, judicial o convencional, que puede operar en una etapa anterior al pago desnaturalizando su función. Este autor sostiene que el valor debe preservarse como tal hasta el momento del pago, evitando la conversión de la obligación de valor en deuda dineraria en

un momento que podría distar de aquel en que se efectivice el pago. (Pizarro, 2023:130)⁵

En orden a encontrar soluciones jurisdiccionales a los problemas que se derivan de la inflación recurrente corresponde efectuar una primera observación: desde el punto de vista constitucional, la emisión monetaria y las cuestiones atinentes a su circulación son facultad exclusiva y excluyente del Congreso de la Nación (art. 75 inc. 6 y 11 de la Constitución Nacional) De ello se deriva que inflación no es un problema al que pueda dar respuesta o solución el Poder Judicial, dado que requiere la adopción de medidas macroeconómicas coordinadas que son resortes exclusivos de los restantes poderes del Estado. De allí la prudencia que ha guiado las decisiones judiciales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la resolución de los conflictos derivados de la vigencia de la ley de convertibilidad en lo que refiere a la

prohibición de aplicación de mecanismos de indexación directos. Sobre la base de estos fundamentos en la causa "Massolo" la CSJN sustentó dicha postura -entre otros argumentos- sosteniendo "...Que la ventaja, acierto o desacierto de la medida legislativa mantenimiento de la prohibición de toda clase de actualización monetaria escapa al control de constitucionalidad pues la conveniencia del criterio elegido por el legislador no está sujeta a revisión judicial"⁶ En igual sentido se pronunció la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe, al afirmar que: "...resulta descalificable desde una óptica constitucional recurrir al dólar estadounidense con el fin de que el crédito laboral mantenga su valor, de conformidad a los precedentes de esta Corte que reconocen en la tasa de interés un remedio jurídico adecuado para mantener el valor de los créditos laborales a través del tiempo; y destacando, en particular, la necesidad de recurrir a tasas bancarias -lo que fue reconocido por la

*propia Sala en el auto de concesión; a lo que cabe agregar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Massolo" puntualizó que la intención de estabilizar el valor de una deuda vinculándolo a una moneda extranjera tiene un inequívoco propósito indexatorio, contrario a la prohibición de indexar que surge del artículo 4 de la ley 25561. (Del voto del Dr. Spuler, al que adhiere el Dr. Gutiérrez)..."*⁷

Ahora bien, si la resolución de la problemática referida a la depreciación de la moneda producto de la inflación es materia ajena al poder judicial, no lo son las consecuencias que la inflación tiene sobre los créditos sometidos a litigio, -máxime cuando los acreedores son sujetos de tutela preferencial, tales como niños, niñas y adolescentes, trabajadores, personas afectadas por discapacidades, mujeres, sujetos hipervulnerables-. Se trata de una realidad que debe ser afrontada por Jueces y Juezas a diario, con las

limitadas herramientas que deja a disposición la normativa vigente.

El Poder Judicial ostenta así, un rol indelegable en la resolución de los conflictos, el cual exige no convalidar situaciones de inequidad como consecuencia de decisiones cuya responsabilidad recae en otros poderes "...porque contradice su función esencial prevista en el Preámbulo de la Constitución Nacional que es afianzar la Justicia"⁸ dictando sentencias que otorguen previsibilidad a las relaciones jurídicas y coadyuven a afianzar no solamente la justicia sino la seguridad jurídica.

III. La fijación de cuotas alimentarias. Inflación y depreciación monetaria

El contexto económico actual, concretamente con relación a los juicios de alimentos, genera la imposibilidad de establecer cuotas alimenta-

rias que consistan en una suma de dinero fija, dado que en meses o semanas la misma se torna insuficiente para cubrir las necesidades para los cuales fue establecida.

Vigente como desarrollamos supra la prohibición de indexación, quedó -en principio- cercenada la posibilidad de incorporar en las sentencias judiciales o los acuerdos cláusulas de reajuste automático de las cuotas.

Tratándose de obligaciones de carácter sucesivo cuyo cumplimiento se desarrolla a través de años, es necesario determinar cuáles son las herramientas constitucionalmente admisibles para proteger el crédito de sujetos preferentes de protección convencional y constitucional como lo son los acreedores de cuotas alimentarias.

Se ha sostenido que la solución de lege ferenda es incorporar a las prestaciones en concepto de alimen-

tos como excepción a la prohibición indexatoria, del mismo modo que se lo ha hecho con relación a otro tipo de créditos (vbg. créditos UVA, contratos de locación, etc.).(Pellegrini, 2023:676/677)⁹

Mientras ello no suceda la jurisprudencia debe idear la aplicación de mecanismos que permitan “afianzar la Justicia” en medio del deterioro de la moneda que la inflación diariamente provoca. A tales efectos debe tenerse presente que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto que la cuota alimentaria se encuentra alcanzada por la prohibición indexatoria¹⁰, decisorio que aún guarda vigencia.

IV. Mecanismos admisibles

Existe consenso doctrinario respecto a la naturaleza jurídica de la obligación alimentaria como deuda de valor. El objeto de la obligación es la satis-

facción de las necesidades de aquella persona en cuyo beneficio se establece, con el alcance que la legislación impone para cada uno de los supuestos. Al momento de dictar sentencia opera la cuantificación de la deuda de valor, quedando sujeta a partir de entonces a las reglas que regulan las obligaciones de dar sumas de dinero. Es deber de magistradas y magistrados prever mecanismos en orden a mantener el poder adquisitivo de la cuota alimentaria, al punto que se ha sostenido dicha obligación se deriva del deber general de prevención del daño contenido en el art. 1710 y ss. del C.C.C.N (Mattera, 2019)¹¹. Reseñaremos brevemente las opciones admisibles a los fines de lograr el objetivo de establecer una cuota dineraria que logre cumplir su objeto a pesar del contexto inflacionario al que nos hemos habituado.

a) La fijación de cuotas alimentarias que afectan un porcentaje del ingreso del obligado: en la medida que la

cuantía de la cuota alimentaria se vincula a un porcentaje del ingreso del obligado al pago, la misma evoluciona siguiendo la actualización del sueldo o salario. Lo expresado no vulnera la prohibición establecida por la legislación vigente, ya que supone un mecanismo indirecto de actualización. Ahora bien, en un país caracterizado por una gran incidencia de empleo informal¹² y/o autónomo se presenta el problema relativo a cómo resolver la cuantificación de una cuota alimentaria en los casos en que el/la alimentante carecen de ingresos formales o registrados. El desafío a resolver es hallar el modo de lograr que la cuota alimentaria se adapte a la evolución de los precios sin incurrir en cláusulas de ajuste prohibidas por el art. 7 de la ley 23.928 o en la declaración de inconstitucionalidad de esta normativa.

b) Fijación de cuota en especie: Cuando entre los rubros cuya satisfacción se pretende lograr se

encuentran comprendidos bienes o servicios cuya cobertura puede ser impuesta en especie (vbg. vivienda, educación, pago de actividades extraescolares, gastos farmacéuticos, provisión de obra social), la imposición del pago de los mismos al obligado permite una actualización de hecho de la cuota. Ahora bien, esto será viable respecto de una parte de la prestación que constituye el objeto de la obligación. Continúa vigente el problema referido a cómo mantener el poder adquisitivo de la porción de la obligación -a percibir en dinero- que se destina a la cobertura del resto de las necesidades de la parte alimentada, o la totalidad de la misma en caso que no existan rubros que puedan imputarse directamente a cargo del alimentante o en caso de que la parte alimentada fundamente debidamente su pretensión referida a la cobertura de la prestación exclusivamente en dinero. A ello cabe agregar que si bien la cuota alimentaria puede estar

constituida por prestaciones en dinero o especie (art. 659 CCCN) esta solución no se encuentra exenta de dificultades. A tal sentido se ha señalado que la obligación alimentaria fijada en especie resulta de difícil contralor tanto para el alimentado como para el Tribunal, que la cobertura de las necesidades pasa a depender de la voluntad del obligado al pago y que no devengan intereses (Belluscio, C.2018)¹³, entre otros aspectos que transforman en inconveniente este mecanismo.

c) Establecer un porcentaje de la cuota o el total de la cuota relacionada con algún parámetro que refleje la variación del costo de vida. vbg. fijar la cuota alimentaria en un porcentaje aplicable sobre el salario mínimo, vital y móvil o un porcentaje del valor de la canasta de crianza. Se trata de un mecanismo indirecto de actualización que consideramos resulta admisible en el marco de una interpretación restrictiva del art. 7

de la ley 23.928, que permite compatibilizar dicha prohibición con la normativa constitucional y convencional protectoria de los derechos humanos en juego en este tipo de procesos.

d) La canasta de crianza - utilidad práctica: El Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC) presentó recientemente la valorización de la canasta de crianza de la primera infancia, la niñez y la adolescencia (0 a 12 años).¹⁴ La canasta así elaborada incluye dos componentes: el costo mensual para adquirir los bienes y servicios para el desarrollo de infantes, niñas, niños y adolescentes, y el costo del cuidado que surge a partir de la valorización del tiempo requerido para dicha actividad. Además, se presenta por tramos de edad, los cuales se calculan de acuerdo a los niveles de escolarización y las horas de cuidado teóricas que de ellos se derivan. Dentro del primer componente se incluye tanto el costo de adquisición

de los alimentos necesarios para cubrir los requerimientos energéticos mínimos, como el de los bienes y servicios no alimentarios (vestimenta, transporte, educación, salud, vivienda, etcétera). Para la estimación del costo del segundo componente, consistente en el cuidado de infantes, niñas, niños y adolescentes se considera, en primer término, el tiempo teórico requerido de cuidado para cada uno de los tramos de edad. A su vez, las horas de cuidado se valorizan tomando la remuneración de la categoría "Asistencia y cuidado de personas" del Régimen Especial de Contrato de Trabajo para el Personal de Casas Particulares. Cabe agregar que la carga horaria se fija en función de la edad, tomando una jornada de 8 horas, deduciendo horas de educación obligatoria y con relación a los menores de un año restando la hora diaria de lactancia.¹⁵ La canasta de crianza se presenta como una pauta razonable y de gran utilidad ya que

cuantifica no solamente los bienes y servicios que configuran el contenido de la obligación alimentaria sino que reconoce el valor económico de las tareas de cuidado. Claro está que las tareas de cuidado que realiza el/la progenitor/a que tiene a su cargo el cuidado personal del niño, niña o adolescente no se encuentra contemplado en su totalidad ya que las horas tomadas en consideración constituyen un piso o base (8 horas que se van reduciendo en la medida en que crecen la cantidad de horas de escolarización). La dedicación del/la progenitor/a que tiene a su cargo el cuidado personal exige un tiempo que excede los límites horarios contemplados en la canasta, cuestión que claro está debe ser tenida al momento de valorar la proporción en la que cada progenitor debe contribuir. En tal sentido se la Cámara Civil, Comercial y Laboral de Rafaela Sala II ha sostenido que, "...*aquel progenitor que tiene a su cargo el cuidado personal del hijo*

o hija cumple en especie la obligación alimentaria, dado que las tareas de cuidado tienen un valor económico no remunerado que debe necesariamente estar contemplado al momento de determinar la cuantía de la prestación económica del progenitor no conviviente. El art. 660 del CCCN reconoce expresamente el valor económico de las tareas de cuidado, imponiendo el deber de valorar las mismas como un aporte a la manutención”⁶.

La canasta de crianza por tanto permite incorporar en la cuantificación -aunque parcialmente- los servicios de cuidados no remunerados, naturalizados históricamente como labor a cargo de la madre motivados en la visión androcéntrica de la organización familiar, cuya explicación excede el propósito de este trabajo. Como tal, la canasta de crianza se presenta como una alternativa útil a los fines de cuantificar la cuota alimentaria sea con total o parcial referencia a su valor.

V. Declaración de inconstitucionalidad de la norma contenida en la ley 23.928

Diversas salas de la Cámara Nacional en lo Civil han optado por aplicar mecanismos de ajuste aún en contra del criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

La declaración de inconstitucionalidad configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado como última ratio del orden jurídico, por lo que requiere inexcusablemente la demostración del agravio en el caso concreto y sólo cabe acudir a ella cuando no existe otro modo de salvaguardar algún derecho o garantía amparado por la Constitución Nacional,¹⁷ por lo que si es posible encontrar mecanismos que permitan lograr que la cuantía de la cuota alimentaria evolucione de modo que permita solventar las necesidades que tiene por finalidad satisfacer, no se advierten motivos

atendibles para adoptar una decisión de tal gravedad.

Corresponde preguntarse qué sucede cuando el planteo de se orienta a obtener la homologación y ejecución de un acuerdo pactado de las partes, en el cual incluyeron normas de ajuste prohibidas. La declaración de nulidad de las cláusulas de ajuste generaría un resultado no deseado al alterar la voluntad de las partes, que fue autocomponer un conflicto y prever la solución hacia el futuro.

Tampoco puede omitirse la consideración de que en materia alimentaria se encuentran en juego derechos dotados de protección convencional y constitucional. En efecto, tratándose de cuotas alimentarias derivadas de la responsabilidad parental, los derechos de niños, niñas y adolescentes exigen que toda solución se oriente a proteger el interés superior de éstos (Convención sobre derechos del niño art. 27 y 6 inc. 2). A ello se suma el

bloque protectorio de los derechos humanos contenido en la Constitución Nacional y convenciones internacionales: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención interamericana de Derechos humanos entre otros. Cuando la afectada es la mujer que ejercer el cuidado personal de niñas, niños y adolescente entran en juego las normas contenidas en la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación de la Mujer. Ahora bien, por otro lado es el orden público económico el que se afecta con las decisiones que pretenden desconocer la aplicación de normas que constituyen un sistema que regula el valor de la moneda, sujeto a decisiones legislativas que la Corte Suprema reiteradamente ha sostenido corresponden exclusivamente a estos poderes. Indudablemente se trata de un caso difícil que exige la cuidadosa ponderación de los derechos en juego, como asimismo la evaluación de las consecuencias de

las decisiones¹⁸ (Lorenzetti, 2022:17). La jurisprudencia se ha inclinado por sostener la vigencia de la prohibición (véase reseña efectuada por María del Rosario Mattera (Mattera, 2019).¹⁹ Ello importa, con relación a los supuestos de convenios que contengan cláusulas prohibidas, presentados a homologación o ejecución la declaración de nulidad parcial de la cláusula de reajuste, e integración de la misma con otros mecanismos -permitidos- que permitan lograr un resultado análogo.

VI. La tasa de Interés como herramienta para compensar la escoria inflacionaria

El art. 552 del CCCN establece una excepción a la regla del costo medio del dinero como parámetro de determinación de la tasa de interés aplicable a obligaciones de dar sumas de dinero. Esta norma refiere a la tasa de interés a fijar sobre la cuota ali-

mentaria ya cuantificada, habilitando la elevación de la misma para el caso de mora en el pago de la suma determinada en concepto de alimentos. El Código estableció la tasa más alta que cobran los bancos a sus clientes, pero faculta a jueces y juezas a adicionar un porcentaje según las circunstancias del caso. Esta facultad confiere un cierto grado de discrecionalidad a la judicatura para valorar el caso en su contexto. La norma que establece esta diferencia en las pautas de fijación de la tasa de interés es razonable (art. 28 CN) dado que tiene por objeto la protección de los derechos fundamentales de los sujetos especialmente protegidos, a quienes el incumplimiento de la obligación alimentaria establecida en su favor los coloca o acentúa una situación de vulnerabilidad. La norma al facultar al/la Sentenciante a ponderar las circunstancias del caso permite que sea éste/a quien valore el adicional a la tasa de interés que resulte adecuada para garantizar que la suma

adeudada se mantenga incólume por una parte, y opere constriñendo la voluntad del sujeto obligado.

VII. Incorporación de la temática a la agenda legislativa. Imperativo convencional y constitucional

Conforme surge del análisis de la problemática que se deriva de la coexistencia de un contexto inflacionario y la vigencia de normas que cercenan herramientas que permitan lograr justas soluciones para los conflictos -en particular respecto de aquellos que tienen por objeto la fijación de cuotas alimentarias-, se impone la incorporación del tema a la agenda legislativa. El derecho a la vida en condiciones dignas, a la salud, a la educación de niños, niñas, adolescentes se encuentra en juego en los juicios de alimentos derivados de la responsabilidad parental. Es por ello que se impone al Poder Legislativo como obligación de naturaleza con-

vencional dar respuesta adecuada a los fines de cumplir deber de garantizar la efectiva vigencia de los derechos fundamentales, obligación que recordemos alcanza a todos los poderes del Estado y no exclusivamente al Poder Judicial. Cabe recordar que la CIDH en la causa Gelman c. Uruguay ha sostenido "... que la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo susceptible de ser decidido por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un control de convencionalidad, que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial..."²⁰

De ello se deriva la obligación convencional que cabe al Poder Legislativo consistente en idear mecanismos que permitan conferir a las y los Justiciables seguridad jurídica y tranquilidad espiritual, dado que la incertidumbre respecto a la satisfacción de necesidades alimentarias

indudablemente afecta la calidad de vida de los beneficiarios y genera una innecesaria conflictividad que vulnera la paz social. ■

CITAS

¹ XXV Jornadas de Derecho Civil. Bahía Blanca. Conclusiones. <https://www.derechocivil.jursoc.unlp.edu.ar/index.php/17-jornadas-nacionales-de-derecho-civil/96-2015-xxv-jornadas-nacionales-de-derecho-civil-universidad-de-bahia-blanca> "1.1.El Código Civil y Comercial y la ley 23.928(modificada por ley 25.561) instauran en la Argentina un régimen nominalista para las obligaciones de dar sumas de dinero".

² PIZARRO RAMÓN DANIEL. "Las obligaciones de dar sumas de dinero en un país sin moneda" en Derecho Monetario. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2023. Pág. 118.

³ PIZARRO RAMÓN DANIEL. "Las obligaciones de dar sumas de dinero en un país sin moneda" en

Derecho Monetario. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2023. Pág. 132

⁴ XXV Jornadas de Derecho Civil. Bahía Blanca. Conclusiones. <https://www.derechocivil.jursoc.unlp.edu.ar/index.php/17-jornadas-nacionales-de-derecho-civil/96-2015-xxv-jornadas-nacionales-de-derecho-civil-universidad-de-bahia-blanca> “La fijación de una tasa de interés a fin de mantener incólume el contenido de la prestación dineraria si bien es una herramienta válida, puede resultar ineficiente (unánime)”.

⁵ PIZARRO RAMÓN DANIEL. “Las obligaciones de dar sumas de dinero en un país sin moneda” en Derecho Monetario. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2023. Pág. 130

⁶ CSJN. Recurso de hecho deducido por Seguros Bernardino Rivadavia Cooperativa Limitada en la causa MASSOLO, ALBERTO JOSÉ c/ Transporte del Tejar S.A. Fallos:333:447

⁷ CSJSF CASTRO, ANDREA M. c/ Asociart Aseguradora de riesgos del Trabajo (ART) S.A. s/ Recurso de inconstitucionalidad. 4/8/2020.

⁸ Cam. Lab. Rosario. Sala II “Faure, Emilio Gabriel c/ La Segunda ART y otros s/ Accidentes y/o enf. Trabajo.”

⁹ PELLEGRINI, MARÍA VICTORIA. “El problema de la inflación en las cuotas alimentarias” en Derecho Monetario. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2023. Pág. 676/677

¹⁰ CSJN, 30/11/1993, “D. L. C. de S., A. M. c. S, A. J.”, LA LEY 1995-A-494; DJ 1995-2-804.

¹¹ MATTERA, MARTA DEL ROSARIO. “¿Actualizar la cuota alimentaria afecta el orden público? Asignaturas pendientes” Publicado en: RDF 2019-V, 9 Cita: TR LALEY AR/DOC/2604/2019

¹² <https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2020/08/informe-desigualdad-en-el-trabajo-igualar.pdf> 34% de los varones – 38,2% mujeres

¹³ BELLUSCIO, CLAUDIO A. La actualización directa de la cuota alimentaria. DFyP 2018 (agosto), 03/08/2018, 17 Cita Online: AR/DOC/1415/2018.

¹⁴ <https://www.indec.gob.ar/indec/web/Nivel4-Tema-4-43-173>

¹⁵ Así se concluye una carga horaria mensual para: Menor de 1 año 147 h; 1 a 3 años 168 h; 4 a 5 años 105 h; 6 a 12 años 84 h.

¹⁶ Cam. Civ., Com. Y Lab. Sala II. “Expte. CUIJ 21-26211714-3 -M. F., N. D. c/ C., F. s/ Alimentos”.

¹⁷ CSJN. Recurso de hecho deducido por Seguros Bernardino Rivadavia Cooperativa Limitada en la causa MASSOLO, ALBERTO JOSÉ c/ Transporte del Tejar S.A. Fallos:333:447

¹⁸ LORENZETTI, RICARDO. La Sentencia. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2022. Pág. 17 y ss.

¹⁹ MATTERA, MARTA DEL ROSARIO. “¿Actualizar la cuota alimentaria afecta el orden público? Asignaturas pendientes” Publicado en: RDF 2019-V, 9 Cita: TR LALEY AR/DOC/2604/2019

²⁰ CIDH.Gelman c. Uruguay, Fondo y Reparaciones - 24-2-2011 <https://www.csjn.gov.ar/dbre/Sentencias/cidhgelman.html>

Algunas herramientas jurisdiccionales para mitigar los efectos inflacionarios

myf

46



myf

47

Dr. Luciano Daniel **Carbajo**

*Juez del Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial
de la 11ª Nominación de Rosario*

Los procesos inflacionarios y la consecuente devaluación de la moneda de curso legal argentina han sido fenómenos constantes a lo largo de la historia reciente de nuestro país —al menos en los últimos 70 años—, los cuales evidentemente se han visto acelerados desde la irrupción de la pandemia mundial COVID 19 en el año 2020, como consecuencia de los desequilibrios y desaceleración de la economía nacional e internacional, el endurecimiento de las condiciones financieras, y la directa afectación de las cadenas globales de valor que han aumentado los precios de los bienes y servicios (en especial materias primas).

Para el caso de Argentina, a dicha ecuación inflacionaria se le adicionan dos peligrosos condimentos: estos son, la economía bimonetaria y el elevado y creciente déficit fiscal que genera excesiva emisión monetaria, que hacen que dicho proceso se encuentre en un espiral en ascenso sostenido, peligrosamente acelerado en los últimos tiempos a punto

tal, que los índices inflacionarios del 2022 se acercaron a un 100%, y el actual 2023 parece superarlo con creces, poniendo al tema en un estado de innegable trascendencia.

Es que en dicho contexto económico se insertan las sentencias que a diario son dictadas por los magistrados, quienes deben adaptar sus decisiones a la mencionada coyuntura, intentando evitar que se concrete en el caso el dictado de una sentencia inútil en términos económicos, y por tanto inefectiva en su ejecución.

Es sabido que la falta de justificación o fundamentación resulta ser un grave defecto de que puede adolecer una decisión judicial por afectar el principio de razonabilidad¹, sin embargo, a renglón seguido entiendo que existe otro defecto tan importante como el anterior, esto es, que la decisión carezca de justicia práctica, o en otras palabras, que la sentencia sea inútil en términos económicos, ya sea porque no logre tutelar debidamente el crédito del acreedor,

o desde otro punto de vista, porque transforme el litigio en un negocio especulativo para el deudor.

Desde una óptica sociológica, la repetición de sentencias económicamente incorrectas puede socavar la confianza del público en el sistema judicial y en el estado de derecho, puesto que en última instancia las decisiones judiciales vistas desde su conjunto, resultan mandatos ejemplificativos que deben desalentar la especulación del deudor evitando que el mismo se beneficie con el tiempo del proceso, y a la vez debe compensar el costo que tiene el dinero para el acreedor en el mercado.

La Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata con una diáfana claridad expresó en tal sentido: *"El dinero no tiene valor intrínseco: vale lo que con él se puede comprar. De allí que lo que determina que una sentencia sea o no justa (o que permita o no satisfacer el interés del acreedor que se reconoce como tal) es el valor real del crédito, la aptitud de ese dinero para adquirir bienes y servicios en el*

mercado. Y como el proceso no es una fotografía estática, sino una película en movimiento que insume tiempo (y a veces mucho), la sentencia no solo debe atender al valor que tuvo el crédito del actor al momento de su nacimiento, sino al que tiene al ser cuantificado y al que tendrá cuando finalmente sea pagado voluntaria o compulsivamente por el deudor vencido..."²

Es así que los inciertos y elevados índices de inflación y de depreciación monetaria no hacen más que elevar los riesgos del dictado de una decisión económicamente inútil, puesto que *"... en épocas de aguda inflación el dinero deja de cumplir una de sus funciones más importantes: ser unidad de cuenta o mecanismo para establecer, expresar y comparar el precio de los bienes y servicios"*³.

Dentro de dicho marco introductorio, el objetivo de este trabajo es pasar revista –en forma extractada– de algunas de las múltiples herramientas que los magistrados poseen para intentar evitar –o al menos mini-

mizar– dicho desfasaje económico, las cuales deben ser aplicadas en opinión de Zavala de González, aun oficiosamente si fuera menester *"... para mantener intangibles los términos económicos en que se trabó la litis ..."*⁴ logrando que la función jurisdiccional resulte en una labor efectiva y útil para las partes y en última instancia para la sociedad:

I. Estimación de los daños a valores actuales al momento de sentenciar, incluso para la aplicación de fórmulas matemáticas

El paradigma por el cual el daño sentenciado debe ser evaluado a la fecha de sentencia, o a la fecha más próxima a ella, en las obligaciones de valor, resulta una herramienta de aplicación necesaria e imprescindible en épocas inflacionarias. Dicha herramienta encuentra su correlato legal en el art. 772 del Código Civil y Comercial, permitiendo minimizar las distorsiones del fenómeno inflacionario, puesto

que el valor sentenciado depende de factores y variables que son tomados en la época contemporánea con la decisión judicial.

El principio de reparación plena aconseja que la fijación del quantum indemnizatorio lo sea al momento de dictarse la sentencia, por ser éste el más cercano a la efectiva reparación y consecuentemente más acorde con la naturaleza de las cosas y la equidad.⁵

Y ello resulta de una utilidad práctica mayúscula puesto que *"...la determinación del capital a la fecha de la sentencia evita que los jueces deban trasladarse mentalmente a los valores vigentes a la fecha de producirse el perjuicio que es la causa del reclamo."*⁶, máxime en estructuras inflacionarias crónicas como la de nuestro país, en la cual resulta muy difícil tener una noción estable y perdurable del valor de los bienes.

Dicha determinación de valores al momento de sentenciar comprende incluso las variables y parámetros

necesarias para el caso de que el sentenciante utilice fórmulas matemáticas para el cálculo de la indemnización, lo que inclusive podría comprender por ejemplo estimaciones futuras valuadas lógicamente a fecha de sentencia. Por ejemplo cálculo de ingresos futuros para la indemnización de incapacidad.

A modo de ejemplo, nuestro máximo tribunal provincial tuvo oportunidad de expedirse sobre el particular⁷ destacando que en una economía estable, sin variación inflacionaria y con un ingreso fijo, no es relevante determinar cuál es el monto que se cargará en la fórmula para establecer el resarcimiento; pero, con inflación desmedida, los resultados ya no serían equivalentes, puesto que en caso de tomar valores monetarios históricos de la época en que se produjo la incapacidad, ocurre que las tasas de interés con los que se carga al capital, siendo jurídicamente inadmisibles la repotenciación monetaria directa (indexación), no suelen mantener el poder adquisitivo del capital, dando como resultado una

diferencia notable entre ambas modalidades de cálculo (valores actuales o valores históricos).

Entonces, inclusive para el caso del uso de fórmulas matemáticas como la elaborada por Hugo Acciarri, la Corte entendió que resulta claramente ventajoso el uso de valores actuales –inclusive para estimar conceptos futuros– obteniendo una indemnización valorizada a la fecha de la sentencia, lo que además se traduce en una evidente simplicidad en el uso de dicho mecanismo.

Sin dudas ello resultaría más conveniente que, –en palabras de la Corte–: *“...fijar las indemnizaciones a valores históricos y aplicarle una magra tasa de interés, aun la activa, genera entre otras cosas, una clara diferencia a favor del deudor y contra el acreedor de la obligación, licuando la deuda.”*

Es que resultaría elevadamente complejo incluir en la fórmula conceptos futuros en términos nominales del momento futuro en que se

debieran percibir, puesto que ello requeriría emplear una tasa de descuento de compleja determinación, lo que tornaría al procedimiento en difícilmente manejable, concluyendo en definitiva que la determinación de valores contemporáneos a la fecha del cálculo (inclusive para conceptos futuros) aporta a la simplicidad y exactitud del mismo.

Lógicamente en estos casos, la tasa de interés aplicable desde la mora hasta el dictado de la sentencia, necesariamente debe ser un interés puro, desestimándose cualquier tasa que tenga algún componente vinculado con la inflación o con la depreciación de la moneda, puesto que de lo contrario se compensaría al acreedor doblemente por ese concepto, el cual ya está siendo contemplado por la valorización actualizada establecida en la sentencia, concretándose así un enriquecimiento sin causa.

En tal sentido se ha dicho que cuando la obligación se torne exigible antes de su cuantificación y el

juez fija su valor al dictar sentencia, *“necesariamente se impone aplicar dos tasas diferentes: una desde que la obligación se hizo exigible hasta que se determinó el valor de la prestación; y otra desde este último momento hasta su pago. La primera no debe contener escorias inflacionarias. Es que la razón de ser de esta últimas es, precisamente, compensar –por vía indirecta– la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, situación que no se presenta hasta el momento de la cuantificación, pues el monto de dicha obligación se determina de acuerdo con el valor que ella reviste en dicho instante. No hay depreciación alguna. La tasa de interés, pues, debe ser pura, pues de lo contrario se estaría mandando a pagar dos veces lo mismo, con el consiguiente enriquecimiento sin causa del acreedor”⁸.*

En cuanto al sistema normativo, si bien el art. 772 CCyC resulta una herramienta claramente útil para mitigar los efectos inflacionarios, debo hacer notar que la misma ha

quedado a mitad de camino, puesto que dicho plexo normativo establece un “valorismo atenuado”⁹ ya que, *“... Una vez que el valor es cuantificado en dinero se aplican las disposiciones de esta Sección”*, de modo que habiendo sido cuantificada la deuda de valor por la sentencia de primera instancia, a partir de allí –y hasta el efectivo pago– la misma pasa a ser una obligación de dar sumas de dinero, quedando comprendida dentro del sistema nominalista, perdiendo su naturaleza de obligación de valor y su capacidad de actualizarse conforme estas últimas obligaciones.

Considero que el sistema atenuado implementado por la normativa en algunos casos resulta insuficiente, en virtud de que puede suceder que los trámites recursivos posteriores a la sentencia de primera instancia que valoriza la obligación en dinero, insuman un largo camino procesal y temporal durante el cual el crédito declarado quedaría sujeto a los vaivenes inflacionarios, pudiendo solo ser recompuesto en dicho tramo por los

intereses que se apliquen al mismo.

Aún así, es evidente que dicho método de valuación minimiza las posibles distorsiones que podría significar la aplicación de una determinada tasa de interés a un monto nominal histórico, sobre todo en aquellos casos en los cuales ha transcurrido un largo período de tiempo entre el daño y el dictado de la sentencia.

II. Cuantificación mediante satisfacciones sustitutivas y complementarias

Resultan harto conocidas las dificultades existentes para cuantificar las consecuencias no patrimoniales del daño, puesto que no resulta factible establecer una ecuación directa entre dolor e indemnización ya que no hay homogeneidad o equivalencia entre dichos términos. Así, esta herramienta se funda en lo taxativamente dispuesto por el art. 1741 CCyC última parte, que habilita la determinación del daño no patrimonial en base a la

equivalencia con las *"...satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas."* que lógicamente se valorarán a la fecha de sentencia.

Esta modalidad de reparación atiende a la idoneidad del dinero para compensar, restaurar, reparar el padecimiento en la esfera no patrimonial mediante cosas, bienes, distracciones, actividades, etc., que le permitan al damnificado. En palabras de la CSJN: *"...obtener satisfacción, goces y distracciones para restablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales. Aun cuando el dinero sea un factor muy inadecuado de reparación, puede procurar algunas satisfacciones de orden moral, susceptibles, en cierto grado, de reemplazar en el patrimonio moral el valor que del mismo ha desaparecido (...). El dinero no cumple una función valorativa exacta; el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es igual a la equivalencia."*¹⁰

Si bien podría decirse que esta herramienta podría quedar comprendida en el acápite anterior, en realidad existe una pequeña disquisición. El art. 772 CCyC determina la valorización de la misma cosa debida, pero actualizada a la fecha de sentencia, mientras que la herramienta bajo análisis, cuantifica un determinado daño pero en base a valores de satisfacción "equivalentes". En otras palabras, se reemplaza "el precio del dolor" indemnizándose el "precio del consuelo" a la fecha de sentencia lógicamente.

Desde la órbita jurisdiccional local, recientemente el Juzgado de Primera Instancia de Distrito Civil y Comercial de la 14° Nominación de Rosario, en autos "PUCCI, JORGE ANTONIO C/ FRAVEGA SACI E I S/ DAÑOS Y PERJUICIOS" CUIJ 21-02930178-3, en un caso de aplicación de la ley 24.240 por reparación no satisfactoria de una notebook, aplicó el criterio de las satisfacciones sustitutivas para indemnizar el rubro de daño extrapatrimonial disponiendo un resarcimiento equivalente al *"...50% del monto que*

detenta actualmente una notebook de características similares a los de adquirida por la actora, el cual asciende aproximadamente a USD 570 y que podrá ser convertida a moneda de curso legal al momento de su pago conforme el tipo de cambio "Dólar MEP" o tipo de cambio similar a la fecha de liquidación (arg. art. 765 CCyC)."

El formato utilizado por el Dr. Quaglia resulta de elevada utilidad a la hora de mantener en valor la indemnización conferida, puesto que si bien utilizó el concepto de deuda de valor para sentenciar en valor actual (772 CCyC), a este le adicionó el método de cálculo mediante la equivalencia de satisfacciones sustitutivas, fallando dicho rubro en moneda "dura" –que no se devalúa fácilmente– y que –en su consideración– ameritaba aplicar por ser la usualmente utilizada en dicho tipo de bienes tecnológicos importados.

Para fundar su resarcimiento el magistrado expresó: *"...justamente, el art. 722 CCyC admite que las deudas de va-*

lor (como la ponderada en este caso) sean expresadas en una moneda sin curso legal usada habitualmente en el tráfico, herramienta que ya ha sido aplicada por la jurisprudencia” y que entiendo no se limita a supuestos en los que dicha moneda sea esencial en la obligación ni a situaciones de excepción (sin perjuicio de la existencia de la posición contraria¹²), ya que donde la norma no discrimina no corresponde que el juzgador lo haga.

Pero, aun cuando se pretenda adoptar dicho criterio de excepción, entiendo que el mismo resultaría aplicable al caso dado que el mismo refiere al incumplimiento en la prestación de la garantía de un bien que usualmente es importado y, por tanto se vincula a valores en moneda extranjera”.

El ponderado fallo es un claro ejemplo de este método indemnizatorio, el cual resulta otra importante herramienta que permite sentenciar los rubros extrapatrimoniales a valores actuales y proporcionales con las satisfacciones sustitutivas ele-

gidas, las cuales incluso coadyuvan fundamentar la cuantía del resarcimiento concedido, otorgando incluso una cierta flexibilidad al sentenciante a la hora de elegir y determinar la prestación equivalente.

III. La selección y aplicación de una tasa de interés moratorio suficiente

Otra herramienta importante a la hora de paliar los efectos inflacionarios es la aplicación de una tasa de interés moratoria acorde, sobre todo en obligaciones de dar sumas de dinero, respecto de las cuales rige el "principio nominalista" que prohíbe la alteración o modificación del capital inicial por el simple transcurso del tiempo.

En forma puntual, cabe recordar que la ley 25.561 si bien derogó el régimen de convertibilidad impuesto por la ley 23.928, no modificó en lo sustancial los artículos 7 y 10 de dicho cuerpo normativo, manteniéndose la

prohibición de actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, dejando a la tasa de interés la titánica tarea de paliar los efectos inflacionarios en procesos de depreciación monetaria acelerada.

En cuanto a la importante tarea de seleccionar la tasa moratoria a aplicar, cabe mencionar que en el ámbito de la autonomía de la voluntad, las partes pueden fijar sus propias tasas de interés que consideren justas –inclusive la moratoria conf. 768 inc. a) CCyC–, en base a la relación jurídica de la que se trate. En este punto no existe una tasa máxima legalmente establecida, sino que las fijadas por las partes serán objeto de control jurisdiccional a la hora de sentencia, tomando en especial consideración: "*el costo medio del dinero para deudores y operaciones similares en el lugar donde se contrajo la obligación.*" (Art. 771 CCyC).

Dicho control judicial sin dudas deberá considerar varios factores a la

hora de estimar la justeza de una tasa, en cuya oportunidad, la inflación será solo uno de ellos. Deben considerarse también, factores como la naturaleza del negocio, el plazo del crédito, la moneda, el sistema de amortización, la garantía y el riesgo de incobrabilidad, etcétera: *"Sobre este punto, la doctrina y jurisprudencia son coincidentes en la necesidad de evaluar el grado de negociación del contrato, diferenciando los contratos paritarios o discrecionales de los contratos de adhesión, y especialmente, de los contratos de consumo, como también la particularidad del negocio, el contexto socioeconómico y de los distintos riesgos contractuales que la tasa de interés busca prevenir como por ejemplo, el riesgo de restitución, insolvencia, inflacionario, cambiario, etc., a mayor riesgo, mayor razonabilidad tendrá la fijación de tasas más altas."*¹³, todo ello con el límite de no afectar garantías constitucionales¹⁴.

En caso de que no haya acuerdo de partes, el juez optará por alguna tasa de interés bancaria confor-

me lo dispone el art. 768 inc. c) del CCyC. Ello conforme la doctrina de la CSJN *"La tasa de interés moratorio corresponde que sea analizada por los jueces que interpretan los ordenamientos sin afectar garantías constitucionales"*¹⁵.

De todo ello se deriva que la elección de una tasa correcta para el caso concreto resulta una tarea primordial, puesto que, tal como expresara la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe, *"...no podrá perderse de vista que la tasa de interés que se fije debe tender a restablecer el valor original de la deuda y conservar en condiciones reales la sentencia, de tal modo que el acreedor acceda íntegramente a su acreencia sin verse disminuida por la demora del deudor en satisfacerla. Además de mantener incólume el monto de la condena, la tasa también debe comprender el resarcimiento por la privación del uso del capital."* (cfr. A. y S., t. 278, pág. 295).

En el ámbito de dichas facultades, ha habido una importante corriente

jurisprudencial que, ante la insuficiencia de las tasas bancarias para paliar la inflación y evitar la especulación de los deudores, ha aplicado un multiplicador de las mismas, esto es, *"...una vez y media la tasa..."* o bien *"...dos veces la tasa..."*, sobre todo para obligaciones de dar sumas de dinero en las cuales como expuse, rige el principio nominalista y la prohibición de indexar¹⁶, y en las cuales tampoco puede aplicarse el mecanismo del art. 772 CCyC expuesto precedentemente para las obligaciones de valor.

A contramano de ello, recientemente la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "García"¹⁷ ha proscripido dicha posibilidad de aplicar un multiplicador de tasas, alegando que dicha práctica no se condice con lo establecido por el art. 768 inc. c) del CCyC, que refiere a tasas fijadas según las reglamentaciones del Banco Central, aclarando que la norma del art. 771 CCyC faculta únicamente al juez a reducir la tasa de interés, y no a aumentarla.

A mi modo de ver se trata de una decisión que, -si bien correcta desde la estricta órbita jurídica-, no ha tenido en cuenta el impacto práctico que la misma genera, sobre todo a la luz de que en los últimos años las tasas activas de interés no han resultado suficientes para cubrir la recomposición del capital y la retribución por el no uso del mismo, poniendo en serio riesgo la reparación plena e integral prevista por el art. 1740 del Código Civil y Comercial, que resulta de aplicación también -en determinadas circunstancias- para las obligaciones de dar sumas de dinero¹⁸.

A la luz de lo dispuesto por el máximo tribunal en el fallo comentado, a nivel local han habido recientes pronunciamientos proponiendo como única tasa la activa capitalizada, la cual, si bien resulta riesgosa en sí misma puesto que puede generar distorsiones no deseadas a largo plazo como consecuencia de la propia capitalización, resulta ser la única que puede emparar en el corto y mediano término los exacerbados índices inflacionarios.

Puntualmente, la Excm. Cámara de Apelaciones Civil y Comercial Sala III de Rosario, en autos "JOLLY PEREZ, PATRICIO Y OTROS C/ ALLIANZ ARGENTINA COMPAÑIA DE SEGUROS SA S/ DAÑOS Y PERJUICIOS" CUIJ 21-02906503-6 (796/2018), acuerdo N°130 del 18/5/2023, aplicó un interés equivalente a la Tasa Activa Promedio Mensual Capitalizada que percibe el Banco de la Nación Argentina desde la mora y hasta el pago, justificando su cambio de criterio en que *"... en la actualidad y teniendo en cuenta el contexto económico, se ha podido comprobar que tampoco basta con la aplicación de la tasa activa sumada para mantener incólume la cuantía de la obligación y mitigar, de esa manera, los efectos de la depreciación que sufre nuestra moneda. Al punto que si se analiza la evolución de las distintas tasas de interés bancarias en su confrontación con el índice de costo de vida, se puede apreciar claramente que incluso la antes referida terminó siendo absorbida en gran medida por la inflación y, en consecuencia, con su uso se termina*

licuando lo que representa el interés moratorio propiamente dicho, el que no cumple con la función de compensar efectivamente la mora."

Inteligentemente, y sopesando los riesgos de la aplicación de dicha tasa capitalizada en el largo término, el tribunal dejó a salvo su facultad morigeradora si en virtud de circunstancias sobrevinientes la aplicación de la misma pudiera tornarse abusiva.

Dicha facultad aún posterior al dictado de la sentencia resulta lógica, puesto debe recordarse que la determinación de la tasa de interés no hace cosa juzgada en cuanto su exceso o defecto. Ello resulta pacífico en la doctrina y jurisprudencia que reiteradamente ha señalado que la modificación de la tasa de interés no afecta la cosa juzgada, en tanto la misma debe entenderse provisional, y -por ende- producidas mutaciones de importancia, permiten a los jueces adecuarla a las condiciones económicas imperantes, pues se trata de factores que no permanecen estáticos, y que

de alterarse, modifican las bases que se tuvieron en cuenta para fijarlos.

IV. Capitalización judicial de intereses

El anatocismo, mejor llamado "capitalización de intereses", puede definirse en pocas palabras como "el interés del interés". Se trata de un tipo de devengamiento de accesorios que consiste en su incorporación al capital para constituirse como base de cálculo para la liquidación de próximos intereses.¹⁹

En tal sentido cabe aclarar que la norma que regula la figura es el 770, Cód. Civ. y Com., el cual es de orden público²⁰ por su "contenido", atento, como bien se ha dicho, por "la finalidad que persigue y por la naturaleza del problema social que aspira a remediar".²¹ Consecuencia de lo anterior, se desprende que la norma de referencia es de interpretación restrictiva, por lo que no cabe su aplicación a situaciones análogas²², no permitiéndose

ampliar el espectro de supuestos disponiendo otras capitalizaciones más allá de las expresamente previstas.

Si bien el mecanismo de capitalización ha sido históricamente considerado como disvalioso, es evidente que ante contextos de elevada inflación como el que estamos transcurriendo, sumado a la imposibilidad de indexación, y la duración de los procesos judiciales, el corset impuesto por el principio "nominalista" transforma esa mirada desaprensiva en una necesaria herramienta de protección del valor de la obligación comprometida. Es que en el actual contexto inflacionario resulta más usual que la obligación de dar sumas de dinero quede licuada o depreciada, que el anatocismo genere una "excesiva onerosidad" para el deudor. Lógicamente cada caso deberá ser analizado en forma puntual, sin que puedan realizarse generalizaciones.

Antes de ingresar al análisis de los supuestos previstos por la norma, cabe mencionar que -a mi criterio- el

magistrado podrá hacer uso de dicha herramienta aún en forma oficiosa, puesto que se encuentra dentro de sus facultades de fijación de intereses moratorios. Bastará con que la parte actora peticione intereses en su demanda.

Jurisprudencialmente se ha aceptado la aplicación oficiosa de dicho mecanismo, puesto que conforma una de las bases del régimen jurídico de tales accesorios²³. En igual sentido se ha considerado la posibilidad de aplicación oficiosa, puesto que la norma no contiene ningún requisito en tal sentido en cuanto a su planteamiento²⁴.

Entrando al análisis de los supuestos de procedencia de la capitalización, cabe mencionar que el inc. a) del art. 770 CCyC no resulta directamente aplicable a este trabajo, y por tanto no será analizado, puesto que refiere a capitalización por acuerdo de partes, pero tanto el inc. b) como el c) de la norma, refieren a supuestos de capitalización "judicial" por lo que constituyen verdaderas herramientas jurisdiccionales.

les completamente subsumibles en el tema sometido a análisis.

En cuanto a este inciso a) solo mencionaré que la opinión mayoritaria de la doctrina, dicho supuesto de anatocismo convencional acordado por las partes no resulta acumulable a los supuestos de capitalización judicial previstos en los incisos b) y c) de la norma, si bien estos últimos sí podrían acumularse entre sí por resultar compatibles y no existir superposición entre sendas figuras.

Entrando a analizar la capitalización "judicial", el primero de los supuestos indicados –inc. b)– dispone que se adeudan "intereses de los intereses" cuando *"la obligación se demande judicialmente; en este caso, la acumulación opera desde la fecha de la notificación de la demanda"*.

Conforme surge del propio texto del articulado, el código prevé la posibilidad de acumulación cuando la pretensión sea objeto de reclamo judicial. Si bien el texto de la norma parecería

claro, existen algunas discrepancias en cuanto a su aplicación.

Sobre la forma en que se implementa la capitalización existen diferentes interpretaciones. Por un lado, aquellos que efectúan una interpretación literal considerando que la acumulación procede desde la notificación de la demanda, computando intereses simples hasta ese momento procesal²⁵; y por otro lado –en opinión que comparto– existe otra corriente de pensamiento que efectuando una interpretación sistémica del instituto escinde dos cuestiones: i. El momento en el que se produce la acumulación, esto es, al notificar la demanda tal como reza la norma, y ii. Los intereses que se acumulan en dicho momento: los que están dados por los accesorios devengados desde la mora, y hasta esa fecha de notificación.

Entiendo que dicha interpretación sistémica resulta la acertada, puesto que si la capitalización del inc. b) fuera para los accesorios posteriores a la notificación de demanda, pues en-

tonces dicho inciso subsumiría en su aplicación y dejaría sin efecto práctico la capitalización por liquidación judicial prevista en el inc. c) del mismo artículo.

En respaldo de dicha posición "sistémica", la doctrina ha entendido: *"Como puede observarse, el CCC contempla la posibilidad de convertir a los intereses en capital cuando el pago sea objeto de reclamo judicial: en caso de que no se encuentre expresamente previsto por las partes, sólo procederá al tiempo de la notificación de la demanda y con respecto a aquellos devengados desde la mora"*.²⁶

En idéntico sentido: *"Por mi parte, entiendo que la simple mención de que la demanda incluye tanto el capital como intereses hace procedente la capitalización de los intereses desde la mora hasta la fecha de la notificación de la demanda, sin necesidad de otras declaraciones o reservas"*.²⁷

Aclarado lo anterior, entiendo que luego de dicho momento (notifica-

ción de la demanda) no existiría otra instancia de capitalización durante el trámite del proceso, puesto que la norma no lo prevé y debe hacerse aplicación restrictiva de la misma. Así, durante el proceso se devengan solo intereses simples (sobre los montos ya capitalizados al notificar la demanda) hasta la siguiente instancia de capitalización permitida, esto es, la liquidación judicial dispuesta por el inc. c).

"Esta interpretación es la que surge incluso de los derogados arts. 569 y 570, Cód. de Comercio, que fueron los primeros en receptar en nuestro derecho el anatocismo por demanda judicial. Con esto (la demanda) se cierra el derecho del acreedor –según lo establece el art. 570 (Cód. de Comercio)– a seguir acumulando intereses posteriores...".²⁸

Aclaro que en este tópico existen también corrientes de pensamiento

que permiten instancias intermedias de capitalización (entre la notificación de demanda y la liquidación judicial) haciendo aplicación analógica del inc. a) con una base temporal mínima semestral en la mayoría de las opiniones investigadas. Aclaro desde ya, que no comparto dicho pensamiento puesto que en el tema sometido a análisis "El principio general es la prohibición de la capitalización de intereses (anatocismo). Los supuestos que la ley autoriza deben interpretarse restrictivamente. No cabe la aplicación analógica". Dicha conclusión ha sido resuelta en el marco de las "XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil", Comisión N° 3, cit., conclusión 11, máxime siendo que la norma no prevé expresamente dicha posibilidad, a diferencia de la mecánica legislativa del inc. a) que si lo hace.

Finalmente cabe aclarar que este supuesto de capitalización (inc. b) no resulta aplicable a las obligaciones de valor (cf. conclusión 14 de las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, La Plata, 2017), lo que es lógico puesto

que la obligación recién se cuantifica en dinero con la sentencia de primera instancia, no resultando por tanto capitalizable con anterioridad dado que el "valor" recién se "conoce" en dicha oportunidad. En dichos casos únicamente será aplicable el dispositivo legal del inciso c) que se analizará a continuación.

La Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial (Sala I) de Rosario, ha compartido dicho criterio al exponer: *"Como lo señala la jurisprudencia, el propio artículo 772 del Código Civil y Comercial dispone que las previsiones de las obligaciones de dar sumas de dinero se aplican una vez que el valor ha sido cuantificado en dinero. Ergo, las obligaciones de valor quedan excluidas del supuesto de anatocismo contemplado en el inc. b) del art. 770 del Código Civil y Comercial."*²⁹

Ingresando al análisis del inc. c) previsto por la norma, el mismo determina que el anatocismo opera cuando la obligación se liquide judicialmente, desde que el juez manda a pagar la

suma resultante y el deudor es moroso en hacerlo.

En cuanto a los requerimientos del articulado lucen claros:

- i. Liquidación aprobada judicialmente.
- ii. Intimación al pago, en este punto Pizarro y Vallespinos entienden que no se requiere una intimación expresa, sino que la notificación de la aprobación de la planilla liquidada resulta una “implícita exigencia de pago”³⁰, sin embargo no estoy de acuerdo con dicha interpretación la cual pareciera estar reñida con el literal texto del articulado que requiere expresamente que el juez “mande a pagar” la suma resultante. En tal sentido la norma se asemeja procesalmente a la intimación inyuccional prevista por el art. 260 CPCC, la cual es despachada mediante una intimación de pago realizada expresamente, luego incluso de la firmeza de la instancia declarativa.
- iii. La mora del deudor en el cumplimiento de esta última manda. En cuanto a este requisito, si bien la mora del deudor ya ha sido declarada

previamente por la sentencia, la norma requiere una suerte de reiteración del incumplimiento a los fines que la capitalización resulte procedente, tal vez con un espíritu sancionador de dicha conducta ahora reiterada.

Si bien puede compartirse o no la voluntad del legislador, lo cierto es que debe verificarse nuevamente la actitud incumplidora del deudor mediante una nueva interpelación y su ulterior incumplimiento, a partir del cual opera la acumulación.

La Corte Suprema de Justicia ha ratificado claramente que dichos requisitos deben cumplirse cabalmente, discerniendo que: “...la capitalización de accesorios solo procede cuando liquidada la deuda el juez mandase pagar la suma resultante y el deudor fuere moroso en hacerlo, Para que ello ocurra, una vez aceptada la cuenta por el juez, el deudor debe ser intimado al pago, pues sólo si entonces este no lo efectiviza, cae en mora y, como consecuencia de la mora derivada de la nueva interpelación, debe intereses

sobre el monto total de la liquidación impaga” (CS, Fallos: 326:4567) “habida cuenta de ello, al no haber mediado tal intimación, no corresponde admitir la capitalización que pretende la actora en violación a una norma expresa de orden público cuando no concurren los supuestos legales de excepción” (CS, Fallos: 329:5467)”

En cuanto a la posibilidad de realizar múltiples capitalizaciones mediante sucesivas planillas de liquidación, existen diversas posturas doctrinarias:

- a. Por un lado quienes entienden que la misma será viable cada vez que se practique una nueva liquidación y se cumplan con los requisitos previamente listados. A su vez dentro de esta corriente, algunos piensan que rige analógicamente el inc. a) para el plazo mínimo de seis meses de intervalo entre las sucesivas capitalizaciones, mientras que otros entienden que dicho plazo no es óbice para la aplicación de las mismas incluso en periodicidades menores.

b. En sentido contrario, –en opinión que comparto– otros autores consideran que “la capitalización por liquidación judicial se produce por una sola y única vez” en la primera liquidación, por lo que los intereses sucesivos se devengarán sólo como intereses simples³¹. Para fundar dicha posición entiendo que nuevamente debe echarse mano a la interpretación restrictiva del instituto, y tal como refieren Mario y Roberto Gianfelici³², *“Para extenderla a las sucesivas liquidaciones habría sido menester, atento la índole de la materia, un texto más contundente, que comenzara expresando, p. ej., “cada vez que la obligación se liquide judicialmente...”, y que indicase expresamente un plazo mínimo de capitalización.”*

En apoyo de esta última postura la propia Corte Suprema de la Nación ha dejado claro que son descalificables los pronunciamientos que autorizan la violación de una norma expresa de orden público que veda la capitalización de intereses, sin que concurran los supuestos legales de excepción,

de modo que dichas resoluciones adoptadas por los tribunales inferiores resultarían arbitrarias³³.

En conclusión, en base a lo reseñado entiendo que la norma únicamente autoriza dos instancias de capitalización judicial. La primera de ellas, ante la notificación de la demanda, en cuyo momento se acumulan los intereses devengados desde la mora hasta dicho momento procesal; y la segunda ante la liquidación judicial impaga, sin que pueda reiterarse la capitalización ulteriormente en nuevas liquidaciones, aplicándose intereses simples en los tramos intermedios y posteriores a dichas instancias mencionadas.

Al igual que en el acápite anterior, siempre se deberá acudir a las facultades morigeradoras judiciales si en virtud de circunstancias sobrevinientes la aplicación de la capitalización pudiera tornarse abusiva.

Cabe mencionar que recientemente esta herramienta fue incluso abordada por la Excma. Cámara de Apela-

ciones Laboral en el reciente acuerdo N°2 celebrado por las tres Salas de la ciudad de Rosario el 27/3/2023, en cuya oportunidad, ante el dictado del fallo “García” dictado por la CSJN –previamente comentado–, el cual proscribió la posibilidad de aplicar un multiplicador a las tasas bancarias, decidieron acudir al anatocismo judicial previsto por los inc. b) y c) del art. 770 CCyC, –si bien con un criterio de aplicación diferente al expuesto en este trabajo– como método de tendiente a restablecer el valor original de la deuda y conservar en condiciones reales las sentencias a dictar, de tal modo que *“...el acreedor acceda íntegramente a su acreencia sin verse disminuida por la demora del deudor en satisfacerla, debiendo además comprender el resarcimiento por la privación del uso del capital”*.

En definitiva, sea cual fuera la opinión que se adopte, no hay dudas que la capitalización de intereses resulta una herramienta de uso imprescindible para mitigar los indeseados efectos inflacionarios en obligaciones

de dar sumas de dinero, sobre todo cuando la misma puede ser establecida en forma oficiosa al seleccionar el mecanismo y la tasa de interés a utilizar, selección que queda librada a la voluntad del magistrado.

V. Prestaciones diferidas en el tiempo. El valor actual neto

En múltiples ocasiones el trabajo jurisdiccional debe adelantarse a los hechos en atención a que deben analizarse prestaciones de devengamiento futuro que aún no concretan su acaecimiento a la fecha de la sentencia.

De modo que habrá situaciones en las cuales el sentenciante deberá valorar y determinar la justeza o legalidad de las mismas, en cuyo caso, a los fines de su correcta ponderación, se deberá acudir al concepto de "valor actual neto" (VAN)³⁴.

Ello significará un trabajo intelectual inverso a la actualización de valores históricos, puesto en que este supuesto el valor actual neto se ob-

tendrá mediante la aplicación de una tasa de descuento, solo que en vez de actualizar desde el pasado –como la tasa de interés tradicional– lo hace retrotrayendo desde el futuro.

En términos estrictamente técnicos el VAN es un indicador financiero utilizado para valorar y determinar la viabilidad y la rentabilidad de un proyecto de inversión a futuro, a través de una fórmula matemática basada en una tasa de descuento, la cual es aplicada a valores de flujos de caja (ingresos y egresos de efectivo) actualizados a la fecha presente.

Su cálculo matemático se realiza a partir de la siguiente fórmula: $VAN = -I + (Y_1 / (1+i)) + (Y_2 / (1+i)^2) + (Y_3 / (1+i)^3) + \dots + (Y_t / (1+i)^t)$

Sin ánimo de ingresar en el complejo tratamiento matemático de la fórmula, considero que a los fines jurisdiccionales su mera conceptualización es la adquiere relevancia, puesto que resulta un método de cálculo que permite mediante la aplicación de dicha

tasa de descuento, la realización de un estimado de rentabilidad futura transformada a valores actuales.

Esto es, permite al operador valorizar a la fecha de la sentencia una determinada prestación de devengamiento futuro, mediante la aplicación de la referida tasa de descuento. En cuanto a esta última, es denominada tasa de expectativa o alternativa/oportunidad, que es una medida de la rentabilidad mínima exigida por el proyecto que permite recuperar la inversión, cubrir los costos y obtener beneficios.

Siendo que el objetivo jurisdiccional no será la determinación de la rentabilidad o viabilidad de un proyecto, sino establecer en moneda actual una prestación de devengamiento futuro, las variables de expectativa y oportunidad de la tasa de descuento deben ser reemplazadas por la estimación de costo que el sentenciante haga de la indisponibilidad de dicho capital durante el plazo futuro, sumado lógicamente la depreciación monetaria –escoria inflacionaria–.

El más frecuente y típico ejemplo de utilización jurisdiccional de dicho concepto VAN, es el análisis jurisdiccional de las propuestas concordatarias sometidas a homologación, en las cuales el juez debe realizar un control de la legalidad de misma, independientemente de que se hayan obtenido todas las conformidades previstas por el art. 45 LCQ³⁵.

Ello es así, por imperio de la manda del art. 52 inc. 4 de la ley 24.522, que impone al juez el análisis de la legalidad de la misma, no pudiendo homologarse propuestas en fraude a la ley o abusivas para el derecho de los acreedores, lo que se configura cuando la pérdida que se les impone a ellos resulta excesiva y violatoria del derecho de propiedad³⁶.

La Corte de Justicia Nacional ha expuesto en el conocido fallo "Arcángel Maggio" que las propuestas que no contabilicen intereses por el lapso en que se concretaba la espera a que se sometería el pago de los créditos, reflejan, en rigor, una quita superior a

la que resulta de una mera expresión nominal de la merma prevista, con el efecto práctico de pagar menos de lo formalmente prometido. Claramente, la conclusión de dicho párrafo elaborado por la CSJN comprende implícitamente la aplicación del concepto de "valor actual neto", puesto que analizó a valores actuales, la verdadera oferta concordataria que incluía una espera sin compensación alguna de intereses, haciendo así una estimación de la depreciación de lo ofrecido por el solo transcurso del tiempo y concluyendo que la quita que se les imponía a los acreedores, a valor actual neto, en realidad era mayor a la formalmente ofrecida por el concursado.

A modo de ejemplo, imaginemos que un concursado ofrezca el pago del 80% de los créditos verificados en dos cuotas anuales desde la homologación del acuerdo sin intereses. A primera vista no parecería ser una propuesta del todo abusiva, sin embargo dicha conclusión prematura varía considerablemente a

la luz de la aplicación del concepto de valor actual neto.

Ante la falta de intereses en la propuesta concordataria, es evidente que la misma no equivale al pago del referido 80%, sino que refleja, en rigor, una quita superior que deberá determinarse mediante la aplicación del VAN. El magistrado deberá inicialmente determinar la tasa de descuento. A tales fines, como ejemplo podrá tomar como parámetro las tasas bancarias devengadas en el último año, y proyectarlas a la espera propuesta, solo que en forma inversa.

En base a un crédito de \$100.000 sometido a la quita del 20%, resultaría en dos cuotas anuales de \$40.000 a las cuales se les aplicará la tasa de descuento.

Imaginando –a los meros fines ejemplificativos– una tasa de interés del último año en torno al 45%, la misma puede ser utilizada como referencia de la tasa de descuento resultando:

Cuota 1: \$40.000 – tasa de descuento 45%= \$22.000.-

Cuota 2: \$40.000 – tasa de descuento 45% 1er. Año= \$22.000 – tasa de descuento 45% 2do. Año= \$12.100.-

$(1 - (22.000 + 12.100 / 100.000))^* 100 = 65,59\%$

Puede decirse entonces, que en el escenario imaginario planteado la propuesta inicial de una quita de solo el 20% del crédito, en un aplazamiento de dos años sin intereses, significa en realidad una quita a valores actuales netos del 65,59% del valor total del crédito constituyendo una oferta de pago de tan solo el 34,41%, lo que podría resultar en una propuesta que conduce a encuadrarla dentro del standard legal de “abusiva”.

Si bien en forma solapada y sin ingresar al tratamiento específico de la fórmula, existen gran cantidad de fallos jurisprudenciales que han tocado la materia, por ejemplo señalando que: “... la quita del 70% con una prolongada dilación en el pago, con

ínfimos intereses, importa al virtual pérdida de los derechos de los acreedores. Obsérvese en punto a los intereses propuestos, que los mismos son superados por el índice de inflación de nuestro país. Y ello, sumado a la espera, conduce a licuar la deuda a cifras insignificantes...”³⁷

Cabe realizar dos aclaraciones:

a.- La fórmula también puede ser aplicada para casos de ofertas con bajas tasa de interés que no resultan suficientes para cubrir las escorias inflacionarias del momento, resultando aplicable el mismo y exacto razonamiento, solo que incorporando al cálculo la tasa ofrecida por el concursado que deberá ser descontada de la estimación inflacionaria futura.

b.- Por supuesto que el magistrado también podrá tomar como pauta de valoración de la oferta real, el tiempo de duración del proceso concursal hasta la homologación, puesto que durante el transcurso del mismo el crédito de los acreedores verificados -al menos los quirografa-

rios-, no ha tenido devengamiento de interés alguno por imperio del art. 19 LCQ, motivo por el cual, como elemento argumentativo, la tasa de descuento podría también aplicarse al tiempo procesal devengado hasta ese momento, puesto que los créditos deberán soportar además de la espera ofrecida, el tiempo procesal efectivamente transcurrido hasta ese momento.

Así analizada, es evidente que la fórmula de valor actual neto resulta una herramienta imprescindible a la hora de valorizar propuestas futuras al momento del dictado de la sentencia. Si bien la clave de la fórmula radica en la tasa de descuento que se utiliza, la cual no es más que una estimación que en definitiva realiza el magistrado al momento de sentenciar, y que puede resultar aún así exigua, la importancia de la utilización de la misma radica en la posibilidad de apreciar en forma certera el “valor adquisitivo actual” de una obligación o prestación cuyo devengamiento ocurrirá con posterioridad.

VI. Principio de reciprocidad consumeril

Este principio busca establecer un equilibrio entre los derechos y obligaciones de los consumidores y los proveedores de bienes y servicios, basado en el respeto mutuo, la buena fe y la cooperación. Posee como fundamento el reconocimiento constitucional del derecho a la protección de los intereses económicos de los consumidores (art. 42 CN), así como el deber estatal de promover políticas orientadas a asegurar una efectiva igualdad entre las partes contratantes.

Si bien se trata de una figura que puede ser aplicada solo en materia de Consumo (Ley 24.240), entiendo que no deja de ser una herramienta válida para paliar los efectos inflacionarios a la hora de aplicar previsiones contractuales predisuestas.

Sabido es que dentro de la relación de consumo existe una disparidad, vulnerabilidad y desequilibrio es-

tructural entre las partes contratantes, la cual plasma una situación de desventaja dada por la falta de conocimientos, información y formación que posee el consumidor frente al proveedor. En sentido contrario, el proveedor si dispone de toda la información necesaria, del expertice y el know how a la hora de llevar adelante el negocio jurídico.

Así, gran parte de los contratos suscriptos por consumidores son contratos de adhesión con cláusulas predisuestas por los proveedores, sin posibilidad alguna que las mismas puedan ser negociadas. “... *Existe voluntad por parte del adherente de realizar el negocio jurídico, pero no existe libertad en cuanto a la configuración del contenido del contrato, por lo que debe tomar o dejar las cláusulas pre redactadas sin poder modificarlas*”.³⁸

Como consecuencia de ello, usualmente en dichos contratos se verifica todo un andamiaje legal predispuesto y tendiente a que el proveedor tenga

una sustanciosa tasa de interés y/o cláusulas penales y/o métodos de actualización para situaciones de incumplimientos de los consumidores, y a la inversa, en supuestos en que el proveedor resulte incumplidor, el clausulado prevé magras tasas moratorias o resarcimientos tasados realmente insuficientes, lo que evidentemente vulnera el analizado principio, el cual debe garantizar que el empresario aplique al consumidor este criterio de reciprocidad, de equilibrio, de correspectividad.

A modo de ejemplo, el proveedor podrá incluir una cláusula de rescisión unilateral a su favor, siempre y cuando conceda igual derecho al consumidor; o bien obligar al consumidor a resarcir los costos de cobro de su obligación, brindado iguales derechos y tasas al consumidor en caso inverso³⁹, etc.

A nivel local el principio ha sido receptado por la Excma. Cámara de Apelaciones Civil y Comercial Sala I de Rosario, en autos UNION DE USUA-

RIOS Y CONSUMIDORES c/ EMPRESA PROVINCIAL DE LA ENERGIA (EPE) s/ ACCION SUMARISIMA - MEDIDA CAUTELAR” Acuerdo del 21/05/2014, en el cual el tribunal dispuso que la demandada deberá “contemplar el reintegro de las sumas percibidas, debiendo reconocerse al usuario el mismo criterio que el que se aplica para los recargos por mora”, y en igual sentido la Corte Nacional al rechazar los recursos deducidos⁴⁰ confirmó la sentencia que ordenaba a una entidad bancaria que a los montos a devolver, se aplicarán los mismos intereses que percibe de sus clientes cuando éstos incurren en mora, de modo de reparar íntegramente a los usuarios y restablecer la equidad entre las partes.

De lo expuesto se deriva que, para incumplimientos de los proveedores en materia consumeril, el principio de reciprocidad posee el efecto de evitar dichas magas previsiones contractuales, juntamente con la indirecta consecuencia de mitigar la depreciación por inflación mediante

el uso de tasas o métodos de recomposición o indemnización previstos en el contrato a favor de la parte predisponente, pero ahora utilizados en forma inversa, lo que permite presumir que las mismas resultarán suficientes a la hora de cumplir con el cometido analizado.

VII. Recomposición del sinalagma contractual

En un clarificador trabajo doctrinario⁴¹ Ariel Ariza pone bajo análisis la evidente crisis del principio nominalista como consecuencia del marcado contexto inflacionario, destacando que “Casi ninguna obligación dineraria, destinada a perdurar en el tiempo, encuentra en el principio nominalista una solución razonable, justa y respetuosa del derecho de propiedad del acreedor.”

En dicha oportunidad resaltó el trabajo de la jurisprudencia, revisando tres fallos de la Excma. Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de la

ciudad de Rosario Sala I que el propio magistrado integra, vinculados con la “...compleja disyuntiva de conjugar la vigencia del principio de realidad económica, la causa fin de los contratos, la interpretación económica de las relaciones y la seguridad jurídica.” los cuales fueron utilizados como herramientas extraordinarias ante casos en los que ameritaba su aplicación por las fatídicas consecuencias del paso del tiempo y la depreciación monetaria. En todos ellos, la Excma. Sala hizo una aplicación sistemática de las normas vigentes para fundar y hacer uso de dichas herramientas.

En primer término citó un fallo⁴², en el cual se dirimía la abusividad de una cláusula de ajuste de la cuota convenida en el marco de un contrato de compra de lotes en mensualidades que había sido concertado hacía más de diecisiete años, subrayando que la Sala hizo primar el criterio de “realismo económico” del caso dadas las innegables contingencias económicas de nuestro país, destacando que “... aún de convalidarse la ilicitud de la

cláusula de ajuste, ello no le daría el derecho al comprador de desobligarse pagando por la propiedad el monto nominal de una cuota pactada hace más de diecisiete años, lo que sin lugar a dudas alteraría profundamente el sinagrama contractual.” El tribunal justificó así la aplicación del Coeficiente de Variación Salarial (CVS).

En el segundo fallo reseñado⁴³ vinculado con la cuantificación del valor de rescate de un Plan de Ahorro Previo para la compra de un automotor, la Sala advirtió que *“... ninguna de las tasas activas usualmente aplicadas permitían mantener incólume el equilibrio de las prestaciones emergentes del contrato de ahorro suscripto por el actor”* efectuando una valorización comparativa de las prestaciones a la fecha de sentencia y a la fecha de mora, concluyendo que *“...las soluciones a que ha de recurrirse para disminuir el detrimento que la inflación produce en ciertas obligaciones como las que nos ocupa, no importan dejar de lado la consideración acerca de la naturaleza dine-*

raria de la obligación bajo trato, sino que, en definitiva, se trata de definir cómo conjugar los efectos de la depreciación de la moneda por el paso del tiempo” aplicando en forma razonable sobre el valor de rescate un índice propio del rubro⁴⁴, en tanto este último *“...representa una medida objetiva y precisa de las variaciones de los precios del mercado automotor de o Km.”*

Finalmente en el tercero de los casos⁴⁵ vinculado con la cristalización de los límites nominales de cobertura de contratos de seguro celebrados varios años atrás, el autor resaltó que la aplicación nominal de la cláusula limitativa de cobertura llevaba, a desnaturalizar el vínculo asegurativo, por el sobreviniente carácter irrisorio de la suma asegurada, aplicando entonces un parámetro específico propio de la materia de seguros⁴⁶ que guardaba adecuada relación con el caso.

En definitiva, con suma agudeza y habilidad, Ariza nos demuestra las complejidades de la realidad eco-

nómica actual, y la necesidad de recurrir en muchas ocasiones a soluciones no normadas taxativa y específicamente a tales fines, las cuales surgen mediante la sistémica aplicación de principios básicos como el restablecimiento del equilibrio contractual, la buena fe, el realismo jurídico, el análisis de la causa fin contractual, etc. las cuales deben ser consideradas sin dudas, como herramientas de recomposición de los efectos inflacionarios.

En conclusión, el trabajo realizado ha tenido la intención de reseñar en forma extractada algunas de las herramientas jurisdiccionales que el operador deberá administrar para hacer frente a la falta de estabilidad de nuestro signo monetario, y la evidente crisis del principio nominalista.

Dichos instrumentos aumentan su valor en forma directamente proporcional al agravamiento de la inestabilidad económica y el ciclo inflacionario, a punto tal que el tratamiento que cada sentencia le confiera al aspecto

económico de la decisión, resultará tan trascendente como la fundamentación jurídica misma. ■

CITAS

¹ CCyC Artículo 3°. "El deber de resolver. El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada".

² CCiv. y Com. Mar del Plata, sala II, "MARTÍNEZ, MARCOS ALFREDO Y OTROS C. *Medicus S.A. s. Daños y perjuicios*", 12/11/2021.

³ Cámara Civil y Comercial Sala II de Mar del Plata c. 171996 -"VALENZUELA BERNAL, OVIEDO DEL CARMEN..." del 02/09/2021.

⁴ ZAVALA DE GONZALEZ, MATILDE, *Tratado de daños a las personas, Daño moral por muerte*, Editorial Astrea, 2010, pág. 187.

⁵ Conf. TSJ de Río Negro, 27/10/2015, "ELVAS, KATYA ROCÍO C/ MATHUS, NÉSTOR ARTURO Y OTROS s/ Ordinario s/ Casación", <http://www.jursionegro.gov.ar/>

⁶ La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en "Samudio de Martínez, Ladislaa c. Transportes Doscientos Setenta S.A. s/ daños y perjuicios" causa 113.493, fecha 20-4-2009.

⁷ CSJSF autos "BARRERA, ELSA GLORIA C/ BRITO, LEONARDO MAXIMILIANO Y OTROS-INDEMNIZACION DAÑOS Y PERJUICIOS- s/ recurso de inconstitucionalidad (queja admitida)" Cita: 813/22 N° Saij: 22090518.

⁸ OSSOLA, FEDERICO A, "Obligaciones", Abelardo Perrot, 2016, ps. 334/335.

⁹ LORENZETTI, RICARDO LUIS (DIR.), "Código Civil y Comercial Comentado", Ed. Rubinzal Culzoni, 2015, p. 159.

¹⁰ CSJN, 4-12-2011, "BAEZA, SILVIA OFELIA c/ Provincia de Buenos Aires y otros", R. C. y S. 2011-VIII-176.

¹¹ CC1era.CCMPaz y Trib. de San Rafael, RC J 5578/15 y CCC de Necochea, LL 2017-D-38.

¹² OSSOLA, FEDERICO ALEJANDRO, en Código Civil y Comercial de la Nación comentado, RICARDO LUIS LORENZETTI (Dir.), MIGUEL F. DE LORENZO Y PABLO LORENZETTI (Coord.),

ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, T° V, art. 772, pg. 159; y en Derecho Civil y Comercial, (JULIO CESAR RIVERA Y GRACIELA MEDINA, Dir.), ed. Abelardo Perrot, Bs.As. 2016, "Obligaciones", §143, pg. 322.

¹³ Código civil y comercial de la Nación comentado / GUSTAVO CAMELO; SEBASTIÁN PICASSO; MARISA HERRERA. 1a ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2015, pág... v. 4, 672 p

¹⁴ CSJN, LL, 1999-D, 534, ED, 182-742 Compagnucci de Caso, en Rivera-Medina, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, ed. La Ley, T.III, p. 97; Trigo Represas- Compagnucci de Caso, Código Civil Comentado, Obligaciones, ed. Rubinzal-Culzoni, t. 1, p. 500.

¹⁵ CSJN, LL, 1999-D, 534, ED, 182-742 Compagnucci de Caso, en Rivera-Medina, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, ed. La Ley, T.III, p. 97; Trigo Represas-Compagnucci de Caso, Código Civil Comentado, Obligaciones, ed. Rubinzal-Culzoni, t. 1, p. 500.

¹⁶ Prohibición ratificada por la CSJN en dis-

tintas decisiones fallos: "Candy SA c. AFIP y otro", 03/07/2009, Fallos 332:1572, cita TR LALEY AR/JUR/17816/2009, y "MASOLO, ALBERTO JOSÉ c. Transporte del Tejar SA", 20/04/2010, Fallos 333:447, cita: TR LALEY AR/JUR/7507/2010.

¹⁷ CSJN 07/03/2023 Recurso de hecho deducido por UGOFE S.A. en la causa GARCÍA, JAVIER OMAR c/ UGOFE S.A. y otros s/ daños y perjuicios (acc. trán. c/ les. o muerte). Id SAIJ: FA23000008.

¹⁸ Esta tesis parece ser hoy predominante en doctrina y conforme con el principio de reparación integral del daño causado. lo cierto es que se ha admitido la posibilidad de acceder a la reparación de un perjuicio mayor cuando se ha producido una prueba positiva y precisa de la existencia, entidad y vinculación causal del daño, es decir, si quien reclama ha acreditado en forma fehaciente los daños que la indisponibilidad de la suma asegurada le causó, de acuerdo con los principios que gobiernan la carga de la prueba (artículo 377 del Código Procesal) (ver CNCom., Sala C, in re "VARELA, MANUEL c/ La Nación Compañía Argentina de Seguros SA s/ ordinario", del 6.3.92; in re:

"HERNÁNDEZ, MABEL INÉS y otro c/ La Economía Comercial SA de Seguros Generales s/ordinario", del 6.9.02).

¹⁹ Conf. "Capitalización De Intereses. Análisis Crítico Del Art. 770 Del Código Civil Y Comercial" HADAD, ANDRÉS O. RODRÍGUEZ, VICTORIA Publicado en: RCCyC 2019 (septiembre), 39.

²⁰ Conf. CSJN - Autos: "FABIANI, ESTEBAN MARIO EL PIERRESTEGUI, JORGE ALBERTO" - Fallos: 316:3131-16/12/1993.

²¹ BUSSO, EDUARDO B., comentario al art. 623, "Código Civil Anotado", ob. cit, p. 325, Nro. 15.

²² COMPAGNUCCI DE CASO, RUBÉN H., comentario al art. 770, en RIVERA, JULIO CÉSAR - MEDINA, GRACIELA (Dirs.), "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, t. III, p. 100; PIZARRO, RAMÓN D. - VALLESPINOS, GUSTAVO C., "Instituciones...", ob. cit., p. 435.

²³ (cfme. Cámara de Apelaciones de Trelew, Sala A, 07/09/2020, "S., F. c. A., D. M. s/ cobro de pesos e indemnización de ley", La Ley Online AR/JUR/47816/2020).

²⁴ Acuerdo N°2 del 27/3/2023 dictado por la

Excma. Cámara de Apelaciones Laboral de la ciudad de Rosario, voto del DR. FERNANDO MARCHIONATTI.

²⁵ Así lo consideró la mayoría en el acuerdo N°2 del 27/3/2023 dictado por la Excma. Cámara de Apelaciones Laboral de la ciudad de Rosario.

²⁶ En este sentido, PIZARRO, D. R. Y VALLESPINOS, C. G., Tratado de obligaciones, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, t. I, p. 530; OSSOLA, F. A., "Comentario al art. 770", en AA. VV. [DIR. LORENZETTI, R. L.], cit, t. V, p. 146-148.

²⁷ Capitalización De Intereses En Juicio JUÁREZ FERRER, MARTÍN Publicado en: LA LEY 20/10/2017 1 • LA LEY 2017-E, 1206 • RCyS 2018-I, 23.

²⁸ Anatocismo judicial - GIANFELICI, MARIO CÉSAR - GIANFELICI, ROBERTO E. - SJA 01/08/2018, 1 - JA, 2018-III.

²⁹ Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial (Sala I) LEBRERO, LUIS ALBERTO c/ Telefonica de Argentina S.A. s/ Sentencias juicios Sumarios Y Sumarisimos Fecha:

23/06/2023 Acuerdo N° 171.

³⁰ PIZARRO, RAMÓN D. - VALLESPINOS, GUSTAVO C., "Tratado de las obligaciones", ob. cit., p. 533.

³¹ BUSO, EDUARDO B., comentario al art. 623, en "Código civil anotado", ob. cit., nro. 71, p. 333.

³² GIANFELICI, MARIO C. - GIANFELICI, ROBERTO E Op.Cit.

³³ CS en Fallos 316:3131; 324:2471; 325:2652; 329:5467; y más recientemente 339:1722. También, CS Santa Fe en "Olivera", AyS 278, p. 295.

³⁴ También se conoce como Valor neto actual (VNA), valor actualizado neto o valor presente neto (VPN).

³⁵ "La conformidad de los acreedores no es condición suficiente para obtener la homologación sino que el juez puede ejercer un control sustancial de la propuesta" CSJN "Sociedad Comercial del Plata S.A. y otros s/ concurso preventivo." C.S.J.N. 620. XLII. S. 467. XLII.

³⁶ CSJN fallo "Arcángel Maggio S.A. s/ concurso preventivo" del 15/3/2007, considerando 8°: "...

en el análisis del abuso del derecho relacionado con la admisibilidad de una propuesta de acuerdo preventivo, el juez debe apreciar objetivamente si el deudor, en el ejercicio de su derecho, ha contrariado la finalidad económico-social del mismo que, en la especie, no está solamente dada por la conservación de la empresa como fuente de producción y trabajo, sino que también está definida por el logro de una finalidad satisfactiva del derecho de los acreedores, la cual naturalmente resulta negada cuando la pérdida que se les impone a ellos resulta claramente excesiva".

³⁷ CNACom, Sala B, —PRESEDO, ANTONIO s/ concurso preventivo, rta. 24/08/07.

³⁸ TAMBUSI, CARLOS E. (Dir) Ley de Defensa del Consumidor. Comentada. Anotada. Concordada Segunda Edición. Pág. 266. Editorial Hammurabi, Buenos Aires 2019.

³⁹ "Así las cosas, atento el principio de reciprocidad determinado en el artículo 26 de la Ley de Defensa del Consumidor resulta aplicable a los usuarios y consumidores idéntica tasa de interés a la establecida en el artículo mencionado con respecto a los casos en que resultan procedentes los reclamos de las empresas prestadoras de servicio." Cámara Nacional De Apelaciones En Lo Contencio-

soadministrativo Federal, SALA IV Unión de Usuarios y Consumidores c. AMX Argentina S.A. • 09/03/2010 Cita: TR LALEY AR/JUR/5068/2010.

⁴⁰ CSJN "Recurso de hecho deducido por el demandado en la causa Proconsumer c/ Banco Itaú Buen Ayre S.A. s/sumarísimo".

⁴¹ "Recomposición de valores e inflación - Criterios jurisprudenciales" ARIZA ARIEL Ed. Rubinzal Culzoni Cita: RC D 123/2023.

⁴² Acuerdo N° 132 de fecha 03/06/2022, in re "Jonte".

⁴³ Acuerdo N° 45 de fecha 08/03/2023, cita 107/23 "Sarasibar".

⁴⁴ Índice de Precios del Sector Automotor -IPSA- (<https://www.acara.org.ar>).

⁴⁵ Acuerdos N°349 del 16/12/22, autos "Márquez" y N° 44 del 08/03/23, "Ayala", Citas 108/23 y 106/23.

⁴⁶ La tasa que fija la Superintendencia de Seguros de la Nación para la actualización de todos los pasivos.

La difícil búsqueda de soluciones justas en épocas de inflación

myf

70



Dr. Maximiliano N. G. **Cossari**

*Juez de Primera Instancia de Circuito
de la 5ª Nominación de Rosario.*

myf

71

I. Introducción

No es una novedad que el creciente proceso inflacionario en el que se encuentra inmerso nuestro país afecta gravemente al ciudadano común en distintos aspectos de su vida cotidiana, todo lo cual se convierte en un factor de constante desvelo y preocupación.

Desde el punto de vista jurídico, plantea importantes problemas a la hora de mantener la equivalencia de las prestaciones en los contratos, especialmente en aquellos destinados a prolongarse en el tiempo. Si bien las partes conocen con precisión las ventajas y los sacrificios asumidos al inicio de la relación jurídica, no escapa a su previsión que la depreciación monetaria afectará gravemente a uno de ellos, frustrando la expectativa de recibir un valor que resulte equivalente a la prestación a su cargo y a los riesgos asumidos. En estas circunstancias, resulta razonable que los contratantes busquen mecanismos que corrijan las injusticias que distorsionan las condiciones originarias.

De igual forma, incluso en aquellas deudas de valor donde se permite

la cuantificación a valores actuales –v.gr. como sucede con las indemnizaciones de daños y perjuicios– la prestación sufre un importante menoscabo desde que se liquida en sede judicial y se transitan las diferentes etapas recursivas y ejecutivas hasta que, finalmente, se obtiene su cobro.

La intención de este trabajo es exponer de manera sintética algunas problemáticas que se presentan a diario, a fin de reflexionar sobre si es posible encontrar soluciones justas, que den respuestas adecuadas a las épocas que corren y a las necesidades de la sociedad.

II. La prohibición de indexar las obligaciones de dar sumas de dinero. ¿Es la Ley 23.928 la raíz de todos los males?

1.- La deuda de dinero es aquella que tiene por objeto la entrega de cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación (conf. art. 765 CCyC)¹.

Por su importancia, a lo que se suma la siempre vertiginosa realidad eco-

nómica, esta clase de obligaciones ha suscitado diferentes problemáticas a lo largo del tiempo, obteniendo respuestas diversas en consideración al marco legal vigente y a las circunstancias históricas particulares. Estas consideraciones nos permiten intuir tempranamente en nuestro comentario que los interrogantes actuales no siempre podrán obtener una respuesta inspirada en soluciones que han sido satisfactorias en el pasado.

2.- El Código Civil velezano no aclaraba de qué manera debía cumplirse una deuda de dinero cuando la moneda se hubiese depreciado o, a la inversa, revalorizado.

El entendimiento prácticamente unánime era que en virtud del principio nominalista debía hacerse abstracción de las oscilaciones que hubiese experimentado la moneda en su poder adquisitivo, debiendo pagarse la cantidad nominalmente expresada. La doctrina postulaba que *“no sería razonable que los jueces pretendieran corregir esas fluctuaciones, pues ello conduciría a un desorden intolerable”, agregando que “cuando el desajuste es muy grande, sin duda, intervendrá*

el legislador para instaurar la corrección que estime justa"².

Ahora bien, si el principio general o las soluciones legislativas no resultaban convenientes, las partes, en ejercicio de la libertad de contratar, tenían a su favor la posibilidad de establecer cláusulas de estabilización.

3.- La sanción de la Ley de Convertibilidad (Ley 23.928) introdujo importantes modificaciones al régimen del Código Civil en esta materia pues, si bien reafirmaba la vigencia del principio nominalista, los artículos 7 y 10 vedaron cualquier forma de reajuste. Expresamente se prohibió toda *"actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor"* (art. 7) y se derogaron "todas las normas legales o reglamentarias que establecen o autorizan la indexación por precios, actualización monetaria, variación de costos o cualquier otra forma de repotenciación de las deudas, impuestos, precios o tarifas de los bienes, obras o servicios".

Sin entrar a discutir las justificaciones de esta disposición, lo cierto es que la

práctica generalizada de establecer cláusulas de esta naturaleza quedó absolutamente vedada, prohibición que se mantuvo incluso al caer el régimen de convertibilidad con la ley de emergencia 25.561³, criterio que fue convalidado por la Corte nacional en el renombrado caso "Massolo"⁴.

4.- Con todo, las exigencias de la vida cotidiana hicieron que los particulares fuesen encontrando soluciones que, sin violentar el mandato del legislador, permitieran al acreedor resguardar el valor de su crédito ya que era quien, la más de las veces, tenía a su cargo el cumplimiento de una prestación equivalente por la cual recibiría una suma depreciada. Resulta más que claro que no se trataba de eludir la previsión normativa, sino de compatibilizar su finalidad con la búsqueda de soluciones más justas, que no implicaran injustamente beneficios desmedidos para el deudor, ni perjuicios excesivos para el acreedor.

Siguiendo a Ariza, entre estos instrumentos podemos mencionar: la fijación de una tasa de interés moratorio que mitigue los efectos

de la inflación; modalidades en la fijación de precios en relación a otra cosa cierta o de manera escalonada: la contratación en moneda extranjera; el reconocimiento de obligaciones de valor; las cláusulas de renegociación que procuran el encauzamiento de una relación ya establecida, afectada por la modificación de circunstancias sobrevinientes; y la aplicación de la excesiva onerosidad sobreviniente y el abuso de derecho⁵.

5.- Ciertamente, la prohibición de actualizar las obligaciones de dar sumas de dinero impide a las partes prever las consecuencias de la depreciación monetaria a fin de resguardar la equivalencia de las prestaciones asumidas y proteger sus intereses frente a los procesos inflacionarios.

Lejos de brindar certezas, pone a uno de los contratantes en una situación de total perplejidad puesto que, literalmente, es cuestión de tiempo para que vea depreciado su crédito. Por otra parte, ante el incumplimiento tampoco es posible actualizar las sumas de dinero por vía judicial, con lo que existe un beneficio desproporcionado para el deudor.

III. ¿Es posible encontrar respuestas razonables en el contexto actual?

Como se habrá notado, la aplicación estricta del principio nominalista en las obligaciones de dar sumas de dinero no resulta preocupante cuando las prestaciones son de cumplimiento simultáneo o dentro de un contexto inflacionario previsible y razonable. Es más, permite que ambas partes conozcan con precisión el contenido de la deuda, evitando un reajuste automático al momento de pago.

Pero el contexto inflacionario actual dista mucho de ser ideal y los mecanismos de ajuste indirectos admitidos por la doctrina y la jurisprudencia, a los que hemos hecho referencia, van quedando insuficientes.

Sin pretender agotar la temática, exponaremos algunas herramientas que en la actualidad podrían resultar útiles para mitigar los efectos de la depreciación monetaria.

A.- Contratación en moneda sin curso legal

1.- La contratación en moneda ex-

tranjera ha configurado una manera habitual de resguardar la equivalencia de las prestaciones en compraventas de inmuebles o en contratos de locación. Es más, Ariza señalaba que esta modalidad *"...constituye la principal solución de que disponen los particulares actualmente para asegurar que la relación de intercambio no resulte alterada como consecuencia de la disminución del valor adquisitivo del peso"*⁶.

La problemática encontraba una solución razonable pues no se establecía una cláusula de ajuste de una deuda en pesos, sino que directamente se celebraba un contrato que tenía como objeto una prestación distinta al dinero: la moneda sin curso legal. Precisamente por estas razones, quedaba claro que el deudor únicamente se podía liberar pagando al vencimiento de la obligación la especie designada en el título, no pudiendo cancelar la deuda en moneda nacional (conf. art. 619 del Código Civil derogado).

Sin embargo, este mecanismo se vio gravemente afectado en épocas en que se restringe el acceso a la moneda extranjera, puesto que se le impide

al deudor acceder normalmente al objeto de pago de sus deudas.

2.- El Código Civil y Comercial, no sin imprecisiones y críticas, introdujo modificaciones a este tipo de obligaciones estableciendo que en estos supuestos *"la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal"* (art. 765 CCyC)⁷.

El texto admite expresamente la concertación de obligaciones en moneda extranjera, pero faculta al deudor a liberarse con moneda de curso legal, prestación distinta a la acordada. De ese modo, la norma introduce una "obligación facultativa", pues la obligación tiene como objeto una única prestación consistente en la entrega de cierta cantidad de moneda extranjera, mas puede liberarse optando por cumplir con moneda nacional⁸.

3.- Al establecerse esta facultad a favor del deudor el legislador ha admitido –probablemente de manera inadvertida– un mecanismo de actualización directo, pues bastaría con que las partes contraten en moneda

extranjera y que al momento de pago total, o de cada cuota o período, el deudor hiciera uso de la facultad conferida por el art. 765 CCyC y cumpliera entregando el equivalente en moneda de curso legal⁹. Ahora bien, ¿es esto una cláusula de estabilización prohibida por la ley 23.928 o se trata del ejercicio de facultades acordadas por el art. 765 CCyC?

B.- Particularidades en el régimen de locaciones

1.- El Código Civil y Comercial no modificó la prohibición de indexar de la ley de convertibilidad ni estableció particularidades que desvinculen al contrato de locación del régimen de obligaciones dinerarias.

Sin embargo, la reforma al régimen de locaciones establecido por la Ley 27.551 plasmó importantes cambios en la materia. Su art. 14 dispuso de manera genérica que los contratos de locación, cualquiera sea su destino, están “exceptuados de lo dispuesto en los artículos 7° y 10 de la ley 23.928 y sus modificatorias”. Seguidamente fijó límites para las locaciones con destino habitacional estableciendo que “*el precio del al-*

quiler debe fijarse como valor único y por períodos mensuales, sobre el cual solo pueden realizarse ajustes anuales. En ningún caso se pueden establecer bonificaciones ni otras metodologías que induzcan a error al locatario”. Por último, determinó que los ajustes deben efectuarse “utilizando un índice conformado por partes iguales por las variaciones mensuales del índice de precios al consumidor (IPC) y la remuneración imponible promedio de los trabajadores estables (RIPTE), que debe ser elaborado y publicado mensualmente por el Banco Central de la República Argentina”.

2.- La ley fue blanco de numerosas críticas en prácticamente todas sus disposiciones. Específicamente en este punto Leiva Fernández ha observado, con agudeza, que es la única norma en todo el Código Civil y Comercial que autoriza una excepción de tal naturaleza, con lo que viene a fracturar el sistema monetarista del Código Civil y Comercial. Además, señala que “autoriza indexar, no por mantener un canon locativo actualizado como contraprestación del locatario al locador en equilibrio de la base económica del contrato, sino como medio (espurio)

de limitar el canon”¹⁰.

Por otra parte, esta norma no fue incorporada al Código Civil y Comercial sino que permanece de forma asistémica en una ley especial¹¹.

3.- A la época de redacción de este comentario, se encuentra en debate una nueva modificación a la regulación del contrato de locaciones, que ya cuenta con media sanción.

La norma proyectada, al igual que la ley anterior, permite la actualización del canon locativo para todo tipo de contratos. En caso de destino habitacional, habilita ajustes con la periodicidad que acuerden las partes y por intervalos no inferiores a cuatro meses, ampliando el catálogo de índices que los contratantes pueden utilizar a tales efectos.

C.- Las deudas de valor

1.- La doctrina enseña que las “*deudas de dinero*” y las “*deudas de valor*” son dos categorías ontológicamente diferentes, siendo esta última sensible a los cambios o modificaciones del poder adquisitivo de la moneda¹². Ello se explica porque su objeto no consiste en una suma de dinero de-

terminada sino en un valor abstracto que posteriormente habrá de medirse en dinero al momento de evaluación de la deuda. Hasta que esto no se produzca, el valor adeudado se mantendrá idéntico pero deberá ser expresado en cantidades de dinero nominalmente mayores si hubiese depreciación monetaria¹³.

2.- El art. 772 CCyC consagra expresamente esta clasificación con el siguiente texto: *"Cuantificación de un valor. Si la deuda consiste en cierto valor, el monto resultante debe referirse al valor real al momento que corresponda tomar en cuenta para la evaluación de la deuda. Puede ser expresada en una moneda sin curso legal que sea usada habitualmente en el tráfico. Una vez que el valor es cuantificado en dinero se aplican las disposiciones de esta Sección"*.

Lo primero que se observa es que la deuda de valor se mantiene como tal hasta el momento en el cual la deuda es cuantificada en dinero por las partes o por la sentencia. A partir de allí, la obligación modifica su objeto y se somete al régimen de las obligaciones de dar sumas de dine-

ro, con lo que queda alcanzada por el principio nominalista.

Entonces, la pregunta que surge es qué sucede cuando una vez cuantificado el valor, por ejemplo en una sentencia judicial, el deudor es moroso en su cumplimiento.

3.- Una primera posibilidad es mitigar los efectos de la inflación estableciendo una tasa de interés.

Por supuesto que mientras la obligación sea de valor y no haya mutado su naturaleza a dineraria por vía de la cuantificación en dinero debe aplicarse una tasa de interés puro, de lo contrario se compensaría al acreedor doblemente por ese concepto. Una vez cuantificada y sometida a las normas de las obligaciones de dar sumas de dinero, debe aplicarse una tasa bruta, que incluya entre sus componentes a la prima por depreciación de la moneda.

4.- La norma también prevé un mecanismo de ajuste, atendiendo a la particular naturaleza de este tipo de obligaciones, que consiste en expresar el monto en una moneda extranjera habitualmente utilizada en el tráfico.

Como dice Méndez Sierra: *"...liquidar la deuda de valor en moneda sin curso legal permitirá mitigar los efectos de la aplicación del régimen de las obligaciones de dar dinero que subsigue a la cuantificación, presidido por el principio nominalista absoluto subsistente en el ordenamiento legal"*¹⁴.

Se trata entonces de traducir el "valor" adeudado en un bien que pueda mantener cierta estabilidad en el tiempo, evitando perjuicios irrazonables para el acreedor.

IV. Palabras finales

Pensamos que los problemas derivados de la creciente inflación en nuestro país no tienen una solución coherente y sistemática desde el derecho vigente.

La necesidad de paliar las injusticias provocadas por la depreciación monetaria ha derivado en la adopción de mecanismos engorrosos, poco efectivos, asistemáticos y muchas veces violatorios de la Ley 23.928.

Quizás sea hora de repensar la po-

sibilidad de establecer al menos algún tipo de ajuste, en la búsqueda de criterios más justos, evitando que todos los riesgos económicos sean asumidos mayormente por una sola de las partes. ■

CITAS

¹ En caso de que no esté determinada, el instrumento constitutivo deberá contener las pautas para que, antes del cumplimiento, se pueda determinar la cantidad de moneda a entregar. Tal sería la situación de una compraventa en la cual se fija el precio por metros cuadrados, siendo la superficie determinada con posterioridad de acuerdo a lo previsto en el contrato (MÁRQUEZ, JOSÉ F., *Las obligaciones de dar sumas de dinero en el Código Civil y Comercial*, en La Ley, 9/03/2015, p. 1).

² LLAMBÍAS, JORGE J., *Tratado de Derecho Civil - Obligaciones, Tomo II-A*, Abeledo-Perrot, actualizado por Raffo Benegas, Buenos Aires, 2005, N° 896.

³ Esta posición ha sido claramente avalada por la Comisión de Obligaciones de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (2015).

⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 20/04/2010, “MASSOLO, ALBERTO J. v. Transporte del Tejar S.A”, La Ley Online, 70059924.

⁵ ARIZA, ARIEL C., *“Senderos del nominalismo”*, La Ley Online, TR LALEY AR/DOC/6889/2010.

⁶ ARIZA, ARIEL C., *“Senderos del nominalismo”*, La Ley Online, TR LALEY AR/DOC/6889/2010.

⁷ Según la doctrina, se evidencian varias imprecisiones e interrogantes, generados principalmente en razón de los cambios que sufriera a raíz de la modificación que incorporara el Poder Ejecutivo al texto originario (Véase MÉNDEZ SIERRA, EDUARDO C., COSSARI, MAXIMILIANO N. G., QUAGLIA, MARCELO C., *“El artículo 765 del Código Civil y Comercial ¿norma supletoria o imperativa?”*, La Ley Online, TR LALEY AR/DOC/4582/2015).

⁸ Art. 786 CCyC: *“La obligación facultativa tiene una prestación principal y otra accesoria. El acreedor solo puede exigir la principal, pero el deudor puede liberarse cumpliendo la accesoria. El deudor dispone hasta el momento del pago para ejercitar la facultad de optar”*.

⁹ Como no se trata de una norma imperativa de orden público, no habría inconvenientes en que las partes en uso de la auto-

nomía de la voluntad pacten que el deudor deba entregar la cantidad correspondiente en la especie designada sin derecho de sustitución (CNCiv., sala F, 25/08/2015, “F., M. R. c. A., C. A. y otros s/ consignación”, La Ley Online, TR LALEY AR/JUR/28259/2015; PIZARRO, RAMÓN D., VALLESPINO, CARLOS G., *Tratado de Obligaciones, Tomo I*, Rubinzal Culzoni, 2017, p. 481; MÉNDEZ SIERRA, EDUARDO C., COSSARI, MAXIMILIANO N. G., QUAGLIA, MARCELO C., *“El artículo 765 del Código Civil y Comercial ¿norma supletoria o imperativa?”*, La Ley Online, TR LALEY AR/DOC/4582/2015).

¹⁰ LEIVA FERNÁNDEZ, LUIS, *“Control de daños de la Ley 27.551”*, La Ley, AR/DOC/2434/2020.

¹¹ NEGRI, NICOLÁS J, *“El precio en el contrato de locación”*, La Ley, AR/DOC/2360/2020.

¹² LLAMBÍAS, JORGE J., *Tratado de derecho civil - Obligaciones, Actualizada por Raffo Benegas, Tomo II-A*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, N° 886.

¹³ PIZARRO, RAMÓN D., VALLESPINO, CARLOS G., *Tratado de Obligaciones, Tomo I*, Rubinzal Culzoni, 2017, p. 457 y ss.

¹⁴ MÉNDEZ SIERRA, EDUARDO C., *Obligaciones dinerarias*, El Derecho, Bs. As., 2016, p. 275.

Algunas notas sobre la incidencia del proceso inflacionario en las relaciones patrimoniales y su reflejo en las decisiones judiciales

myf

78



myf

79

Dr. Hernán Gonzalo **Gálvez**

*Juez del Juzgado de Primera instancia de
Círculo N° 28 de Santa fe.*

Introducción

El fenómeno no es nuevo. Los argentinos ya conocemos – desafortunadamente – los efectos que la inflación proyecta sobre nuestra economía y en particular, en el contexto actual devaluatorio y de gran inestabilidad¹, sabemos que indefectiblemente estos alcanzarán a las relaciones jurídicas en curso y a las obligaciones en general, produciéndose incumplimientos, desequilibrios contractuales, conductas abusivas y otras distorsiones propias del descontrol inflacionario.

Es justo señalar también que la inflación no es la causa de todos estos males, sino que es la consecuencia del mal funcionamiento de la estructura macroeconómica y productiva del país, pero ello es una discusión que excede el marco del presente trabajo.²

Sabemos también que si bien el fenómeno es de alcance general y los acreedores ven progresivamente erosionados sus créditos siendo una constante preocupación la pre-

servación del capital, no es menos cierto que las personas que contratan bajo distintas condiciones de vulnerabilidad – el consumidor sobreendeudado, el que ha perdido su empleo, el trabajador precarizado sin recomposiciones salariales, jubilados y pensionados, entre otras situaciones – encuentran mayores problemas a la hora de protegerse de la inflación y frecuentemente se ven inmersos en incumplimientos contractuales no deseados.

Por ello, encuentro relevante realizar primero un breve repaso de la evolución jurisprudencial en la temática; sobre todo, reflejar cómo ha sido abordada en el pasado por los operadores jurídicos en contextos similares. Luego, en la segunda parte, pasaré revista de algunas decisiones judiciales actuales vinculadas a la materia civil y comercial, no sin aclarar que no hay una intención de analizar profundamente todas las aristas de un problema que aparece como inabarcable³, sino simplemente mostrar algunas de sus incidencias en la tarea judicial.

I. La inflación en la justicia argentina. Breve repaso de criterios relevantes.

Si bien en su tiempo fue objeto de discusión doctrinaria si el artículo 619 del Código Civil de Vélez Sarsfield había establecido originariamente un sistema nominalista para las obligaciones de dar sumas de dinero, lo cierto es que las leyes monetarias posteriores a 1871, siempre determinaron que los billetes emitidos circulaban por el importe que en ellos se mencionaba, es decir, bajo un nominalismo estricto. Por ello, y en un contexto económico más o menos estable, en las primeras cinco décadas del siglo XX no se discutió que para las obligaciones de dar sumas de dinero regía el principio nominalista, por lo que el deudor de la obligación cumplía entregando la misma cantidad de dinero indicada en el título.

Ahora bien, el sistema nominalista vino a ser puesto en jaque por la inflación. El fenómeno apareció en nuestro país en los primeros años de la década del cincuenta. Frente a la

depreciación monetaria y a la injusticia que resultaba de la aplicación rigurosa del nominalismo donde el deudor podía liberarse de la obligación pagando exactamente la misma cantidad indicada en el título, independientemente del poder adquisitivo de dicha moneda, tanto en doctrina⁴ como en jurisprudencia comenzaron a distinguirse dos tipos de obligaciones: las de dar sumas de dinero y las obligaciones de valor.

Las primeras se encontraban regidas por el principio nominalista previsto en el art. 619 del C.C. mientras que las segundas, se regían por la teoría del valor corriente, donde lo debido no es la moneda misma, sino un valor. Las obligaciones dinerarias no admitían ningún tipo de actualización o indexación por inflación, mientras que las obligaciones de valor, dado que se liquidan con referencia a un valor corriente, si podían ser objeto de reajuste monetario. De modo que, en aquel momento se consideró que una obligación de dar sumas de dinero derivada de un vínculo contractual debía abonarse nominalmente, mien-

tras que, por ejemplo, el monto de una indemnización de daños y perjuicios debía establecerse a la fecha en que se dictaba la sentencia y no por el valor histórico reclamado en la demanda. La distinción se aplicó primero para las indemnizaciones por hechos ilícitos y luego se fue extendiendo hacia otros supuestos, como la cláusula penal, el enriquecimiento sin causa, las obligaciones alimentarias y en general todas aquellas obligaciones debidas por prestaciones periódicas.

Pero a mediados de la década del setenta, el fenómeno inflacionario se acentuó cada vez cada vez más, registrándose por primera vez en nuestra historia económica un evento de hiperinflación, popularmente conocido como “El Rodrigazo”⁵. Ante tal situación, comenzaron a sucederse decisiones jurisprudenciales que validaron el ajuste por índices de obligaciones dinerarias, es decir la actualización del monto nominal que surgía del título. De todos modos, el reconocimiento de mecanismos indexatorios, halló primero como presupuesto la existencia de mora. Es

decir que sin mora, no había indexación posible.

Así lo dispuso el plenario de la Cámara Nacional Civil en la causa “La Amistad SRL (ED, 74-463) donde reconoció la procedencia de la actualización de las deudas de dinero en todos los casos de mora del deudor. El fundamento principal expuesto en el plenario es que habiendo mora, el problema estaba planteado en la órbita de la responsabilidad civil para lo cual no era obstáculo el art. 619 del C.C., y siendo la depreciación un hecho notorio no necesitaba prueba, ni era la revalorización una solución para supuestos excepcionales. En el mismo sentido, resolvió la Suprema Corte Bonaerense en el caso “Mas” (ED, 73-605) y luego la mayoría de los tribunales del país comenzaron a hacer lugar a los reclamos de la actualización de deudas dinerarias.

Por su parte, en la conocida causa “Vieytes de Fernández”⁶ que trataba sobre un reajuste de alquileres en un contrato de locación, la Corte Suprema de Justicia de la Nación – en

palabras fácilmente extrapolables a la situación actual - expresó que: *“El principio de la reparación justa e integral, admitido pacíficamente por la jurisprudencia, ha de entenderse en un sentido amplio de compensación justa e integral de manera que permita mantener la igualdad de las prestaciones conforme al verdadero valor que en su momento las partes convinieron y no una numérica equivalencia teórica que ha perdido su originaria medida representativa; aquel denominador común, ..., afectado por progresiva depreciación, ya no resulta apto en su signo nominal para conmensurar con adecuada equidad prestaciones cuyo cumplimiento se ha distanciado en el tiempo por la mora culpable o la conducta ilegítima de quien ha permanecido deudor. En tal situación, de no actualizarse los créditos conforme a pautas que equilibren los valores tenidos en cuenta en el origen de la obligación, no se daría el necesario ajuste que exige la justicia, pues mientras el derecho del ahora deudor fue plenamente satisfecho, el del que permaneció acreedor por culpa de aquél se vería correspondido sólo en ínfima parte”*.

Sin embargo, en una evolución jurisprudencial posterior se dijo que la facultad indexatoria existía independientemente de la mora de la obligación, echando mano primero a la teoría de la imprevisión, al abuso del derecho, al reajuste por equidad y finalmente, el reconocimiento de la actualización monetaria de base constitucional, dado que la depreciación monetaria afectaba el derecho de propiedad garantizado por el art. 17 de la CN.

Luego de dos estampidas hiperinflacionarias más (1989 y 1990) la ley 23.928 de Convertibilidad del año 1991 estableció la paridad primero entre el austral vigente y el dólar estadounidense y luego entre el peso argentino y el dólar estadounidense y con ello – no sin vaivenes previos – la inflación bajó a niveles cercanos al 2% en los años venideros y hubo un período largo de estabilidad de precios. A su vez, se estableció que las reservas de divisas del Banco Central debían ser equivalente a todo el dinero circulante en el sistema financiero y que no se podían emi-

tir más pesos si paralelamente no aumentaban las reservas del Banco Central. Como consecuencia de ello también, se dispuso, modificando el Código Civil vigente, que las obligaciones pactadas en moneda extranjera eran obligaciones de dar sumas de dinero (Art. 11 ley 23.928 modificatorio del art. 617 C.C.) De igual modo, la ley estableció que el deudor de una obligación en australes – luego pesos – cumplía su obligación entregando el día de su vencimiento la cantidad nominalmente expresada y que en ningún caso se admitiría la actualización monetaria, la indexación de precios, variación de costos ni otro mecanismo de repotenciación de deudas, cualquiera fuera su causa, haya o no mora del deudor y que se derogaban todas las disposiciones legales, reglamentarias o convencionales que autorizaren mecanismos indexatorios (Conf. art. 7 y 10 Ley 23.928).

Durante este período, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó en el año 1992 el relevante fallo “YPF c/ Provincia de Corrientes” (ED, 146-337)

en el que, en apoyo a la ley de convertibilidad, reafirmó el regreso al nominalismo estricto. De la lectura del fallo se infiere que el máximo Tribunal – por una ajustada mayoría, hay que decirlo – entendía que una de las causas de la constante inflación era justamente las cláusulas de estabilización e indexación que la justicia durante tantos años había validado. Por tanto, ante la situación de estabilidad, el daño moratorio al acreedor no debía ya repararse a través de una tasa con escoria o que contiene los gastos de intermediación financiera -tasa activa- sino que debía reconocerse una tasa que no tuviera el componente inflacionario, es decir, la tasa pasiva promedio del BCRA, que era la que mejor se ajustaba a lo dispuesto por la ley 23.928 y su decreto reglamentario 941/9, que autoriza a los jueces a aplicar dicha tasa.

La decisión no estuvo exenta de críticas en aquel momento y casi premonitoriamente⁷ se dijo que si bien es períodos de estabilidad la decisión resulta razonable, en períodos de alta inflación, la tasa pasiva no

acompaña el aumento de precios de los bienes y por tanto, el deudor de una obligación dineraria se vería beneficiado y ello motivaría que incumplir resultare más barato, en detrimento del derecho constitucional de propiedad del acreedor.

Este criterio se hizo extensivo hacia muchos tribunales inferiores que incluso hoy la siguen aplicando, como es el caso de la Suprema Corte Bonaerense, que establece la tasa de interés del Banco Provincia para operaciones de depósito a treinta días (tasa pasiva).

Pero en el año 1994, con una composición distinta de la Corte, hubo un cambio de criterio en el caso “*Sudameris c Belcam*” (ED. 160,205) en el que se dijo que la tasa de interés a aplicar como consecuencia de la ley 23.928 no suscita cuestión federal y en los términos del art. 622 del C.C. debe quedar ubicado en la órbita de la razonable discreción de los jueces de la causa que interpretan dichos ordenamientos sin lesionar garantías constitucionales, en

tanto sus normas no imponen una versión reglamentaria única de la tasa a aplicar.

A partir de allí, los distintos tribunales del país mayormente aplicaron tasa activa. Así lo hicieron la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (“*La Razón S.A. s/ Quiebra La Ley 1994-E,412*”) la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (Samudio de Martínez” 10-04.2009), y la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, que incluso otorgaba tasas superiores a la tasa activa.

Tras diez años de estabilidad monetaria bajo el sistema de convertibilidad, los problemas subterráneos del modelo comenzaron a erupcionar y para finales de 2001 la situación económica se había agravado, sobre todo con los tenedores extranjeros de títulos de la deuda pública y a su vez, la confianza en el gobierno continuaba en declive, lo que generaba continuos retiros de depósitos en dólares de los bancos. El 30 de noviembre de 2001 se produjo una corrida bancaria que desembocó en el

dictado del DNU 1570 del 03.12.2001 sobre restricción de dinero en efectivo y transferencias al exterior o más conocido como “corralito financiero”, limitándose el retiro de dinero en todas las cuentas de su titular a \$ 250 o 250 US\$ por semana.

A partir de allí se produjeron los sucesos que ya todos conocemos y el dictado de la ley de emergencia económica N° 25.561 del 06.02.2002 y sus sucesivas modificatorias, complementarias y decretos y resoluciones ministeriales— que aun rigen en la actualidad - las que en apretada síntesis dispusieron 1) el fin del régimen de convertibilidad del peso con el dólar estadounidense y en su lugar un mercado único y libre de cambio que se estableció en la relación de un peso cuarenta centavos (\$ 1,40) por cada dólar estadounidense; 2) La pesificación de las obligaciones en moneda extranjera y cláusulas de ajuste en moneda extranjera a la relación referida en el punto anterior (Decreto 214/2002); 3) la ratificación del principio nominalista al no derogarse los artículos 7 y 10 de la ley

de convertibilidad, quedando vigente la prohibición de indexar o reajustar deuda a contraerse en el futuro; 4) La autorización para reajustar o indexar las deudas en dólares contraídas con anterioridad al dictado de la Ley de Emergencia y pesificadas por esta, bajo el sistema de actualización denominado Coeficiente de Estabilización de Referencia (CER).

Estas decisiones fueron validadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “*Massolo c/ Transporte del Tejar S.A., LL 2010-C-711 y J.A. 2010-III – 586* en el que dejó sin efecto la decisión de la Sala A de Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, la que a su turno había confirmado la declaración de inconstitucionalidad del artículo 4 de la Ley de Emergencia Económica N° 25.561, modificatorio del artículo 7 de la Ley N° 23.928, que prohíbe la actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor. El caso se trataba de un convenio de pago en cuotas anterior a la ley de

emergencia económica, que preveía que para el caso que se derogara la ley de convertibilidad, el deudor cumpliría su obligación pagando las cuotas con los pesos necesarios para adquirir el equivalente en dólares a la cotización de la divisa en el Banco de la Nación Argentina.

La Corte entendió que se trataba de una cláusula de estabilización monetaria, prohibida por la ley de convertibilidad y que *“la ventaja, acierto o desacierto de la prohibición de toda clase de actualización monetaria escapa al control de constitucionalidad ya que la conveniencia del criterio elegido por el legislador no está sujeta a revisión judicial y los artículos 7 y 10 de la Ley N° 23.928 constituyen una decisión del Congreso Nacional de ejercer las funciones que le encomienda el artículo 67, inc. 10 (hoy artículo 75, inc. 11), de la Constitución Nacional de “Hacer sellar la moneda, fijar su valor y el de las extranjeras...”*

Durante los años posteriores a la salida de la convertibilidad los índices inflacionarios comenzaron lentamen-

te a elevarse, dado el traslado de la devaluación a los precios primero y luego la constante emisión monetaria para financiar el déficit fiscal. En efecto, durante el período 2003-2013 el promedio de inflación fue del 23%. En el 2014 se produjo un nuevo salto inflacionario, estimándose una tasa del 38,5% en el año. A partir de allí, con las excepciones de 2015 y 2017, la inflación anual superó siempre el 35,0%, con un pico del 54,0% durante 2019. En el año 2020 la tasa de inflación descendió al 36,1% - esperable por la baja actividad a causa de la pandemia - y en 2021 volvió a elevarse al 50,9%. En el año 2022 se produjo una fuerte suba de la tasa, duplicando al año anterior, ubicándose en 94,8%. En el corriente año, y ya transcurridos nueve meses, por proyección, se entiende que la inflación anual oscilará entre el 120 y 140%.

Como se advierte, la aceleración del proceso inflacionario empieza a parecerse bastante a aquellas situaciones vividas previas a la ley de convertibilidad, pero con una gran diferencia: en aquellos tiempos no regía una

prohibición expresa de actualización monetaria (Conf. art. 7 y 10 ley 23.928) y las decisiones de la justicia habían validado los mecanismos indexatorios en el entendimiento que el pago de obligaciones dinerarias regidas bajo el principio nominalista en una economía inflacionaria significaban lisa y llanamente una confiscación del crédito del acreedor.

Y sin perjuicio que el propio legislador en el último tiempo fue de a poco autorizando mecanismos de actualización en determinadas relaciones jurídicas (Haberres jubilatorios ley 27426; honorarios profesionales; líneas de créditos ajustadas por UVA, ajustes del canon en contratos de locación de inmuebles conforme IPC, entre otras situaciones), las leyes que prohíben la actualización monetaria no han sido derogadas y el criterio vigente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación es el que emerge de la causa "Massolo" antes citada, es decir, el mantenimiento de la prohibición de indexar y de todo mecanismo de actualización de la deuda dineraria.

II. Algunas problemáticas actuales

Llegados a este punto y en el contexto descripto, resulta relevante reflejar algunas de estas problemáticas en las decisiones judiciales actuales, aclarando que se trata de una selección arbitraria de temas, que deja afuera muchas otras incidencias de igual importancia.

i) La tasa de interés moratorio

En las obligaciones de dar sumas de dinero, la tasa de interés se presenta como aquel accesorio del capital que se devenga periódicamente como precio o compensación por el uso del capital ajeno o como indemnización por el retardo en el cumplimiento de una obligación. Como se advierte, la función primaria o directa que cumple la tasa de interés es la compensación por la falta de uso del dinero por parte del acreedor.

En general, puede decirse que existen dos tipos de tasa, la tasa pasiva y la tasa activa. La primera de ellas se corresponde con el efectivo precio

del dinero y es la que paga una entidad financiera al ahorrista que realiza un depósito. La tasa activa en cambio, además de contener el costo de reposición del dinero, comprende los gastos operativos de la entidad financiera, su ganancia e incluso otros componentes como el riesgo crediticio. Esta tasa es la que cobran los bancos por los préstamos otorgados y puede variar, de acuerdo el tipo de operación de que se trate e incluso de acuerdo con la entidad financiera que lo preste.

En el contexto de una economía inflacionaria en la que la indexación se encuentra prohibida, los jueces, al fijar la tasa de interés – lo que en principio corresponde a la libre apreciación del Tribunal, conforme lo resuelto por la CSJN en la causa “Sudameris” arriba citada – buscan preservar la integridad del capital de condena, utilizando una tasa que no solo compense la falta de uso del capital sino también que cubra la expectativa de inflación. Es decir, la tasa activa se utiliza como mecanismo indirecto de actualización de capital y como un neutralizador de los efectos de la depreciación mone-

taria. No es esta su función primigenia, dada la naturaleza diversa que tienen el interés moratorio y la actualización monetaria, pero es la alternativa que los jueces han encontrado al nominalismo rígido que derivaría en el cumplimiento de la obligación con una moneda envilecida.

Como más arriba se mostró, existe una heterogeneidad de criterios en los tribunales de todo el país al hora de fijar la tasa de interés, muchas veces motivada por el tipo de obligación de la que trate, pero puede decirse que la mayoría aplica la tasa activa. Así, por ejemplo, en el conocido plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo civil “Samudio de Martínez” respecto la obligación de reparar daños y perjuicios y el interés moratorio a aplicar, se dijo que la tasa activa repara uno de los perjuicios para el acreedor derivado de la mora que es el de la depreciación monetaria y que si la tasa pasiva se encuentra por debajo del índice inflacionario, no solo que perjudica al acreedor sino que beneficia al deudor moroso.

Ocurre que el proceso inflacionario no se detuvo en nuestro país y se comenzó a advertir que la tasa activa también resultaba una tasa negativa frente a la tasa de inflación. Por ello, ante la insuficiencia retributiva y reparadora de la tasa activa, muchos jueces de distintos fueros del país, al fijar los intereses los comenzaron a otorgar a una tasa equivalente a una vez y media la que cobran las entidades financieras para sus distintas operaciones activas o incluso doble tasa activa o triple tasa activa⁸, para preservar el capital frente a los efectos de la depreciación monetaria.

Ahora bien, recientemente, nuestro más Alto Tribunal fijó un límite a esa discrecionalidad para la fijación de la tasa de interés en autos “García, Javier Omar c/ UGOFE S.A. y otros s/ daños y perjuicios (acc. trán. c/ les. o muerte) CSJN - CIV 51158/2007/1/RH1” en donde resaltó que el art. 768 del CCCN establece tres criterios para la determinación de la tasa de interés: el fijado en la convención, el interés legal y/o la tasa establecida por reglamentaciones del Banco Central,

destacando que en el caso, la Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, concedió – sin agravio sobre ese punto- intereses a doble tasa activa y que dicha tasa no es ninguna de aquellas autorizadas por el art. 768 CCCN, por lo que anuló la sentencia por la causal de arbitrariedad. Asimismo, indicó que el art. 771 del CCCN invocado por la Cámara es un dispositivo para morigerar intereses abusivos, no para elevarlos.

El fallo del más Alto Tribunal plantea muchos preguntas de aquí al futuro y ciertamente, aparece como un escollo para aquellos Tribunales inferiores que utilizan tasas más altas que la tasa activa.

En primer lugar, se evidencia que la Corte quiso efectivamente ingresar al tratamiento de la cuestión de la fijación judicial de la tasa de interés por parte de los jueces, dado que para anular el pronunciamiento le bastaba con remitirse al dictamen del Procurador respecto la violación del principio de congruencia por la Cámara, atento haber concedido una tasa que

no había sido motivo de agravios. Sin perjuicio de ello, el Alto Tribunal entendió que debía indicar que la doble tasa activa – tasa habitual fijada por muchos tribunales inferiores del país - no se correspondía con ninguna de las tasas fijadas por el Banco Central de la República Argentina, de acuerdo lo establece el art. 768 inciso c) del CCCN y que en el caso en litigio, se dejó de lado su aplicación sin declarar su inconstitucionalidad.

Ahora bien, la Corte en ningún momento se expidió respecto qué tipo de tasa corresponde aplicar y cuáles son las reglamentaciones del BCRA que fueron dejadas de lado por el fallo de Cámara; simplemente resolvió que la doble tasa activa no se corresponde con las tasas a las que hace referencia el art. 768 inciso c) del CCCN.

Antes de este fallo, la doctrina mayoritaria siempre estuvo conteste respecto la facultad discrecional de los jueces en la fijación de la tasa de interés en el caso particular y que la interpretación que debía darse a aquella norma no era la de delega-

ción de facultades al BCRA para fijar tasas de deudas en litigio, sino que estas eran meras pautas que podían ser utilizadas por los magistrados para tal tarea. Por su parte, la doctrina minoritaria entendía que el art. 768 inciso c) del CCCN había producido una delegación en la entidad para tal tarea.⁹

Por tanto, un primer interrogante es si la Corte se ha inclinado por aquella postura minoritaria, en desmedro de la facultad judicial para la fijación de la tasa, lo cual sería contrario a la inveterada postura que, con apoyo de la vieja redacción de su predecesor – art. 622 C.C. – reconoció la discrecionalidad judicial en este punto.

Otra pregunta que cabe hacerse es, como bien lo marca Ossola¹⁰, a que tasas se refiere el fallo, toda vez que el Banco Central no ha dictado ninguna reglamentación que fije tasas legales para intereses moratorios y que si bien puede existir alguna normativa dispersa – en un universo enorme de comunicaciones, resoluciones, decretos, etc. – lo cierto es

que el BCRA no ha fijado reglamentariamente tasa alguna para obligaciones judicializadas.

Y por último, es pertinente cuestionarse, como lo hacen Vázquez Ferrera¹¹ y Quirós¹², por la referencia que hace la Corte a la aplicación de doble tasa activa por el Tribunal inferior, sin declarar antes la inconstitucionalidad del art. 768 inciso c) del CCCN. ¿Está abriendo el más Alto Tribunal la puerta para planteos de inconstitucionalidad fundados en la insuficiencia de la tasa activa respecto la tasa de inflación? Como puede advertirse, dichos planteos no solo tendrían como objeto el art. 768 CCCN sino que el embate estaría dirigido directamente al mantenimiento mismo del sistema nominalista bajo normas de más de treinta años de antigüedad, que no se condicen con la actual situación económica.

Con todo, el fallo plantea una situación dilemática para los jueces que de ahora en más, deberán conciliar el debido acatamiento moral de los fallos del máximo Tribunal argentino

con un proceso inflacionario que cada día socava más el valor de nuestra moneda y por tanto, afecta el derecho de propiedad de los acreedores de modo evidente.

Como reflexión personal, y sin perjuicio de la decisión de la Corte, entiendo que al fijar la tasa de interés en estas particulares condiciones, debe existir una fundamentación adecuada de los motivos para seleccionar una tasa determinada con expresa referencia a las constancias concretas de la causa. Es decir, debe analizarse la brecha que exista entre la tasa de inflación y la tasa de interés acordada en el período considerado. Ello así por cuanto puede haber períodos donde la tasa fijada sea insuficiente y por tanto exista un verdadero perjuicio para el acreedor, pero puede que en otros períodos sea excesiva, por lo que la concesión de una tasa mayor se percibirá como un enriquecimiento sin causa. En todo caso, reitero, se tratará siempre de justificar los motivos de la elección de la tasa de interés para cada tramo considerado.

ii) Contrato de mutuo hipotecario con UVA

En el acápite anterior, la mirada estuvo centrada en los efectos de la inflación respecto el crédito del acreedor y la búsqueda por parte de los jueces de proteger el capital de condena. En el presente, analizaremos algunas incidencias del fenómeno inflacionario sobre la situación del deudor – aspecto que en la evolución jurisprudencial antes vista no recibió la mayor de las atenciones – en el entendimiento que la contratación bajo ciertas condiciones de vulnerabilidad requiere también de tutelas especiales.

Bajo el presente acápite se comprenden distintas operatorias por las que el proveedor otorga préstamos para la adquisición de bienes, utilizando como mecanismo de actualización del capital, el coeficiente denominado Unidades de Valor Adquisitivo (UVA) creado por ley 25.827 y ampliado por la ley 27.271 como instrumento de ahorro y préstamos. El uso más frecuente de este coeficiente de actualización lo encontramos en los préstamos hipotecarios y prendarios.

El índice mencionado es una unidad que se actualiza diariamente a través del Coeficiente de Estabilización de Referencia (CER), el cual a su vez se conforma con el índice de precios del consumidor que informa el INDEC. Por ello, debido a que el crédito UVA ajusta por inflación, a medida que ésta fue en aumento, comenzaron a registrarse distorsiones en los contratos de préstamo que utilizaron esta modalidad y las cuotas de los consumidores se incrementaron de tal forma que empezaron a representar un porcentaje cada vez mayor en sus ingresos. Es decir, el salario del trabajador no se actualiza al mismo ritmo que el crédito UVA y ello genera que en los distintos escenarios contractuales, quienes contrajeron este tipo de préstamos tengan cada vez más problemas para pagarlos y se genere el temido sobreendeudamiento con todas las consecuencias que ya se conocen.

Por esa razón, desde ya hace un tiempo en distintos fueros del país, se vienen registrando demandas de reajuste o readecuación contractual

en los términos del artículo 1091 del CCCN y resoluciones que ordenan cautelarmente a los proveedores retrotraer el valor de la cuota de modo que se adecue a un valor que no exceda de un porcentaje de los ingresos del consumidor, porcentaje que oscila de acuerdo el Tribunal que se trate, hasta tanto se resuelva la pretensión principal, que es el reajuste o revisión contractual.

Sobre este último punto es donde gira la problemática principal. En efecto, sabemos que la revisión contractual puede tener lugar por vía legislativa (Vg. Leyes de emergencia) o bien, por vía judicial, a través de los institutos previamente establecidos por el legislador para tal tarea. Es estos casos, la revisión se propone a través de la figura de la excesiva onerosidad sobreviniente (Conf. Art 1091 CCCN). Atrás han quedado las discusiones respecto la legitimación del afectado para solicitar de modo autónomo la revisión contractual, dado que el artículo 1091 del CCCN la incorpora expresamente, aunque si queda abierto

el debate respecto el significado del término “adecuación” y las facultades judiciales a tales fines y sobre todo si la onerosidad prestacional debe considerarse bajo parámetros objetivos o subjetivos.¹³

En este sentido, se registran algunos pronunciamientos recientes, de los que no tenemos constancia respecto de su firmeza o si se encuentran en grado de apelación o apelación extraordinaria, pero que resultan de interés ya que son los primeros fallos - al menos que se tenga conocimiento - en donde se dicta una sentencia definitiva relativa al fondo de la cuestión de los créditos UVA y donde se pone de manifiesto la tarea judicial de readecuación contractual.

Así, el Tribunal de Gestión Asociada N° 2 de la ciudad de Mendoza en los autos “Azulay, Marcos Enrique c BBVA Banco Frances S.A. s/ Proceso de consumo” (TR La Ley AR/JUR/70692/2022 del 13.04.2022) consideró, en el marco de una demanda de reajuste por excesiva onerosidad sobreviniente de un préstamo hipo-

tecario, que el desfasaje de las previsiones inflacionarias proyectadas al tiempo de lanzarse los créditos UVA y la evolución real que tuvieron en el país los índices de inflación y que los salarios no se actualizaron al mismo ritmo que la tasa de inflación, han importado una modificación de las circunstancias económicas presueltas por las partes, que por su intensidad, se tradujeron en una alteración de la base negocial, habilitando ello la revisión del contrato, al amparo de la teoría de la imprevisión. En el caso concreto, se acreditó que, desde la fecha de toma del crédito, el salario del actor se incrementó en un 17% y que el aumento del valor de las UVAs en el mismo período fue del 355,06% y que el actor debía en la actualidad el 250% del monto del crédito originalmente tomado. En virtud de ello, readecuó el contrato disponiendo 1) retrotraer el valor de la cuota a Agosto del año 2019 (fecha en que el Poder Ejecutivo dispuso el congelamiento de las cuotas UVAs) 2) El valor de la cuota debe actualizarse conforme el Coeficiente de Variación Salarial publicado mensualmente por el INDEC,

sin que pueda extenderse el número de cuotas contractualmente previsto 3) respetar la tasa de interés pactada, que no puede exceder del 4,90% \$) la cuota mensual resultante no puede afectar mas del 30% de los ingresos mensuales del actor.

El Juzgado Federal N° 2 de Mendoza falló de manera similar en la causa *"Heshiki, Sebastián Ariel vs. Banco de la Nación Argentina del 22.02.2023* (Rubinzal Online; RC J 521/23) en la que sostuvo que el actor – deudor del crédito hipotecario UVA-, se encontraba en una situación de sobreendeudamiento que no tenía origen en una causa individual (pérdida de empleo, muerte, jubilación, etc.) sino en un evento extraordinario e inesperado al momento de contratar (año 2017) dado por la sostenida escalada inflacionaria desde el año 2018 y que comenzando el año 2023 ya cuenta con los tres dígitos anuales, con una estructura contractual de consumo y adhesión atado al ritmo de la inflación.

El fallo comentado destacó que la inflación de por sí en Argentina no

puede considerarse un hecho imprevisible ya que se trata de un flagelo crónico pero que no cabían dudas que la diferencia entre la evolución proyectada por los propios índices del Estado al promocionar el crédito y lo que ocurrió en la realidad, resulta un hecho que escapó a la razonable previsión del deudor y no debe integrar el riesgo asumido por este. Indicó también que si bien estos créditos fueron pensados para operar en una economía inflacionaria, la modificación extraordinaria de las variables económicas luce ajena y exorbita el alea contractual, al punto de no poder tolerarse la pérdida de una vivienda única familiar por dicha circunstancia.

Asimismo, el fallo cuestiona muy bien aquel argumento muchas veces ensayado por los defensores del sistema, que sostiene que el deudor hipotecario UVA se ve beneficiado por la capitalización en una moneda que crece en su valor – dado que los inmuebles se valúan en dólares – y a su vez se encuentra endeudado en una moneda de apreciación menor (el peso), entonces podría cancelar

la deuda con la venta del inmueble y aun así obtendría una renta. En este sentido, señala que el deudor UVA compró un inmueble para vivir, no para realizar un negocio especulativo y bajo este principio es que debe interpretarse. De igual modo que en el caso anterior, se consideró especialmente la prueba sobre el desfasaje entre los salarios de los deudores, que quedaron atrasados, verificándose una distorsión entre la relación cuota-ingresos, lo que fue acreditado mediante una pericial contable.

Por ello, entendió que como surge de la propia ley que creó estos créditos, la renegociación de los créditos UVA debía realizarse conforme el criterio del esfuerzo compartido y tener en cuenta el carácter de consumidor bancario del deudor, resultando de aplicación el marco protectorio correspondiente. De modo que, ordenó la revisión contractual, dispuso que el mecanismo indexatorio del crédito UVA debía realizarse en función del Coeficiente de Variación Salarial (CVS) publicado por el INDEC, sin va-

riación del número de cuotas y con una tasa máxima del 3,5%.

En ambos fallos comentados, se hizo lugar a la revisión contractual y la consecuente adecuación del contrato, ordenándose medidas que no solo solucionan el conflicto inmediato y coyuntural de la relación cuota - ingreso sino que, teniendo en cuenta que se trata de un contrato de larga duración, previenen la producción de un daño futuro (art. 1710 CCCN) que previsiblemente recaería sobre al consumidor bancario.

iii) La inflación y las pólizas de seguro contra la responsabilidad civil

La mayoría de las pólizas de seguro emitidas en nuestro país se hacen en moneda nacional, por lo que fácil es advertir que la inflación produce la depreciación de la suma asegurada. Ello, trae múltiples conflictos, sobre todo en los procesos de daños y perjuicios de larga data, donde transcurre mucho tiempo entre la fecha de contratación y la de condena. En efecto, los planteos generalmente ocurren en la etapa de ejecución de

sentencia – aunque también suelen invocarse en la etapa de alegatos - y van desde una negativa cerrada a la actualización de la suma asegurada hasta la discusión respecto la fecha en que debe realizarse dicha actualización y bajo cuales parámetros.

En efecto, las empresas aseguradoras plantean que la obligación a su cargo es de dar sumas de dinero, por tanto regidas por el principio nominalista, de modo que el monto asegurado en la póliza es la medida del seguro y el monto máximo que deben pagar. Por tanto, se plantea la vigencia de los arts. 7 y 10 de la ley de convertibilidad que prohíben la indexación. Asimismo, recuerdan que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Flores” resolvió la oponibilidad del contrato de seguros frente al tercero damnificado, destacando que la suma asegurada es la medida del seguro y por tanto el límite bajo el que deben responder.¹⁴

En respuesta a ello, distintas decisiones jurisprudenciales entienden que la adecuación del monto de la suma asegurada no implica indexación u

aplicación de un índice de precios, en los términos de los arts. 7 y 10 de la ley 25.561 sino que, tratándose la indemnización de daños y perjuicios una obligación de valor, la actualización no es otra cosa que el mantenimiento del valor original de la prestación y por tanto, las firmas aseguradoras no ven agravada su deuda¹⁵. En la mayoría de los casos, el parámetro para actualizar es el valor dispuesto por la Superintendencia de Seguros de la Nación para idéntica cobertura de que se trate, y dicho valor se toma a la fecha de la sentencia o bien, a la fecha misma del pago, dependiendo cada caso particular.

En un muy buen trabajo sobre el tema tratado y como resumen de lo hasta aquí expuesto, Gava¹⁶, citando un fallo reciente de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, refiere que *“adoptar una postura nominalista a partir de la cual no se admite ningún tipo de recomposición del valor de la suma asegurada originalmente acordada, resulta impropia para estos tiempos, claramente lesiva para el asegurado... y que ello equivaldría a*

premiar el accionar de la aseguradora, que tuvo como estrategia resistir la pretensión de la actora (tercero damnificado) por un largo tiempo, partiendo de la certeza de que su obligación se encontraba circunscripta por siempre a una determinada suma de dinero inalterable en el tiempo.”

III Conclusiones

En este contexto económico tan complejo e imprevisible, entiendo que el desafío de los jueces es aportar algunas certezas ante tantas incertidumbres. Y en esta tarea, será necesario conjugar en cada relación jurídica donde intervengan, todos los intereses en juego, comprendiendo que el fenómeno inflacionario afecta tanto al derecho de propiedad del acreedor de una suma de dinero, a la víctima de un hecho ilícito que tiene derecho a que su indemnización sea integral, pero también al deudor, quien quizás estuvo ausente de consideración en crisis económicas anteriores y que también goza de distintas herramientas que provee el derecho sustancial¹⁷ para

conjugar los efectos de un endeudamiento excesivo. En particular, será digna de especial atención la situación del consumidor sobreendeudado, quien también ostenta una tutela constitucional preferente.

Las tensiones están a la vista y requerirán de decisiones equilibradas que supongan los menores costos posibles para nuestros conciudadanos. ■

CITAS

¹ El INDEC informó un 12,4% de inflación mensual para agosto de 2023 y un 124,4% interanual - https://www.indec.gob.ar/uploads/informesdeprensa/ipc_09_2338D7EF8261.pdf.

² Ver el trabajo muy completo sobre el punto de BARREIRA DELFINO, EDUARDO: *“Acerca de la problemática de la inflación”* <https://www.hammurabi.com.ar/>.

³ Así por ejemplo, no he incluido la problemática de las obligaciones pactadas en moneda extranjera que por su complejidad y extensión, merece un tratamiento particularizado.

⁴ Distinción que fue utilizada por juristas alemanes luego de la primera posguerra.

⁵ Así se denominó al plan de ajuste de Celestino Rodrigo del 4 de junio de 1975 para eliminar la distorsión de precios y una inflación del 24%, y consistió en una fuerte devaluación de la moneda, aumento de tarifas, transporte y combustible, suspensión de negociaciones colectivas para frenar los aumentos de salarios, entre otras medidas, que terminaron provocando un 124% de inflación anual e inaugurando una década y media de inflación superior al 100% anual.

⁶ CSJN “Vieytes de Fernández c. Provincia de Buenos Aires” (fallos 248; ED, 69-186 y 190).

⁷ ALTERINI, ATILIO ANÍBAL “Las deudas de valor no están alcanzadas por la ley 23.928 de convertibilidad del Austral; Sagues, Néstor Pedro” Discusión constitucional sobre la prohibición legal de indexar La Ley 1992B, 1174-LLP 1992 TR LALEY AR/DOC/3394/2001.

⁸ Ver por ejemplo BUSTOS, JOANA CAROLINA c/ prevención art s.a. s/ accidente y/o enfermedad del trabajo Fecha: 05/06/2023 Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial

y Laboral (Sala II) Rafaela cita 403/2, www.bdjcamara.justiciasantafe.gov.ar.

⁹ Conf. XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil Comisión de obligaciones (despachos de mayoría y minoría).

¹⁰ OSSOLA, FEDERICO “Los intereses moratorios en el fallo “García” de la Corte Suprema. Una respuesta y varios interrogantes” La ley 28.03.2023 TR LALEY AR/637/2023.

¹¹ VÁZQUEZ FERREYRA, ROBERTO “Los intereses dinerarios en un trascendente fallo de la Corte Suprema”. La ley 28.03.2023 TR LALEY AR/DOC/638/2023.

¹² QUIRÓS, CESAR EZEQUIEL “La Corte Suprema de Justicia y la anulación de la doble tasa de interés: postergación de la reparación plena y una puerta abierta a la solución RCCyC” (agosto) 198 TR LALEY AR/DOC/1490/2023.

¹³ Ver en este punto el muy buen trabajo de TOMÁS MARINO “Readecuación de un crédito hipotecario UVA, onerosidad sobreviniente y tutela del consumidor TR LALEY AR/DOC/976/2023 donde se exponen las distintas posturas sobre la onerosidad y propone una mirada crítica sobre el fallo en comentario”.

¹⁴ Puede verse este planteo de la aseguradora en el punto 2.2.3 de los autos “AYALA, MILTON IVAN C/ RUIZ DIAZ, ANGEL NORBERTO Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS, Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario - Sala I del 08.03.2023 Cita: 106/23 www.bdjcamara.justiciasantafe.gov.ar, donde la Sala sostuvo “En definitiva, se comparte el criterio de la sentencia de referencia en cuanto a que la aplicación nominal de la cláusula limitativa de cobertura conlleva, en el caso, a desnaturalizar el vínculo asegurativo, por el sobreviniente carácter irrisorio de la suma asegurada y que corresponde adoptar un mecanismo que mantenga -razonablemente- la estructura económica del contrato que vincula a la recurrente con el caso.”

¹⁵ De igual modo lo han sostenido las distintas Salas de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la Ciudad de Santa Fe (autos “Pereyra”, “Fissore” y “López”) al expresar que la suma asegurada debe ser adecuada a valores actuales al momento del pago.


¹⁶ GAVA, ADRIEL “Inflación y seguros” TR LALEY AR/DOC/1947/2023.

¹⁷ El instituto de la excesiva onerosidad sobreviniente, el abuso del derecho, la renegociación contractual, la tutela preventiva, entre otros mecanismos de protección del deudor.

**Inflación, cuantificación
del resarcimiento
y límites de cobertura.
Estrategias adaptativas
del Derecho de
Daños a la realidad
económica nacional**

myf

94

A professional portrait of a man with short, light brown hair, wearing a dark grey suit jacket, a light blue dress shirt, and a dark blue patterned tie. He is standing against a plain, light-colored wall. The image is framed by a thin orange border on the left and bottom.

Dr. Esteban G. Masino

*Juez del Tribunal Colegiado de Responsabilidad
Extracontractual de la 1ª Nominación de Santa Fe.*

myf

95

I. Introducción

La cuestión que abordaremos en el presente trabajo responde a una situación problemática cuya complejidad no disminuye por el hecho de que sea ampliamente conocida y haya merecido la atención de los operadores del derecho desde hace décadas.

No tiene sentido explayarnos en estas páginas en relación a la realidad que atraviesa nuestro país en términos económicos. Basta con decir que la feroz depreciación que experimenta la moneda nacional, aun cuando en estos últimos años exhiba una gravedad creciente, no es una experiencia que los argentinos estemos viviendo por primera vez. Lamentablemente, esta situación se ha repetido en distintas oportunidades y con diferentes gobiernos, más allá de algunos periodos de estabilidad que en la República Argentina no constituyen la regla sino una excepción.

Este contexto ha enfrentado a los jueces y juezas a una situación en la que, a la hora de resolver cuestiones procesales o sustanciales, deben ineludiblemente considerar los efectos que la inflación conlleva en relación a dichas decisiones, complejizando la tarea de la judicatura. Tal vez como en ningún otro país, el magistrado argentino se encuentra muchas veces en la necesidad de “especializarse” en materia monetaria y financiera, profundizando en distintas temáticas que son más propias de las ciencias económicas que de las jurídicas.

Esta situación, que se patentiza en distintos tipos de procesos y las más variadas pretensiones, reviste particular importancia en la ya de por sí compleja tarea de cuantificar los daños resarcibles en aquellos juicios en los que se reclama una indemnización. En efecto, no debe perderse de vista que si no se toman recaudos para otorgar sumas que respondan al valor real del perjuicio

sufrido -generalmente muy superiores a las peticionadas originalmente en las demandas, en términos nominales- no se estaría respetando el principio de la reparación integral (artículo 1740 del Código Civil y Comercial) que, como es sabido, tiene rango constitucional. En sentido contrario, la adopción de pautas o criterios para paliar la depreciación monetaria que deriven en resultados excesivos o desproporcionados en términos reales puede afectar el derecho de defensa y, en última instancia, el de propiedad de los condenados a abonar la reparación.

En ese contexto, aprovecharemos esta oportunidad para realizar algunas consideraciones relativas a las distintas estrategias jurisprudenciales adoptadas para hacer frente a esta problemática en el ámbito del Derecho de Daños.

No obstante, antes de ingresar a dicha temática, resulta ineludible referir a

una figura que desde la sanción del Código Civil y Comercial ha pasado a integrar nuestro derecho positivo: las obligaciones de valor.

II. La incorporación legislativa de una creación pretoriana

No pretendemos desarrollar en estas páginas un profundo análisis de la figura de las obligaciones de valor, respecto de las cuales mucho se ha escrito y debatido. Basta con decir que las mismas han sido reconocidas por la doctrina y jurisprudencia hace largo tiempo y han cumplido un rol fundamental en contextos inflacionarios.

Como decíamos anteriormente, las obligaciones de valor han sido incorporadas en el Código Civil y Comercial de la Nación, en su artículo 772 y bajo el acápite “Cuantificación de un valor”. Allí se dispone que “si la deuda consiste en cierto valor, el monto resultante debe referirse al valor

real al momento que corresponda tomar en cuenta para la evaluación de la deuda...”.

Así las cosas, señala Ossola que “en estas obligaciones el dinero se utiliza para cuantificar el valor que se debe, es decir, no está como objeto (*in obligatione*) sino como medio de pago (*in solutione*). El objeto de la obligación consiste en un valor, que no está expresado en dinero al momento en que ésta se genera. Al tiempo del cumplimiento surge un proceso de evaluación en dinero que debe determinarse...”¹.

Esta clase de obligaciones se distingue de las obligaciones de dinero, en las que el contenido de la prestación tiene su origen en la promesa de entregar una cantidad de moneda determinada o determinable, conforme lo dispone actualmente el artículo 765 del citado digesto.

Este precepto recepta la doctrina económica denominada “nominalismo”

que sostiene que un peso —o, en su caso, un dólar, o un euro— es siempre igual a un peso —o a un dólar, o un euro— lo que conlleva la idea que, en caso de mora, el deudor de la obligación debe pagar el capital debido con más los intereses compensatorios, moratorios o punitivos, sin que sea dable reajuste alguno. El nominalismo, desde el punto de vista práctico, “permite que las personas conozcan de antemano la magnitud de sus obligaciones pecuniarias e, incluso, es beneficioso para las cuentas estatales por cuanto cualquier desviación de sus premisas altera la equivalencia entre recursos y los gastos, pero en su esencia, puede perjudicar al acreedor pues, en ocasiones, puede llegar a percibir un rédito envilecido”².

Esto último suele quedar evidenciado cuando se presentan periodos inflacionarios o de depreciación monetaria, vicisitudes que en nuestro país fueron enfrentadas en un primer momento a partir del dictado de normas de natu-

raleza indexatoria. Esta alternativa se encuentra prohibida a partir de la vigencia de los artículos 7 y 10 de la ley 23.928, sin perjuicio de la opinión de distintos autores que han postulado la necesidad de dejar atrás este sistema³, o la declaración de inconstitucionalidad del mismo a partir de algunos pronunciamientos judiciales⁴.

En este contexto, las obligaciones de valor constituyen -en determinados supuestos como el de las indemnizaciones de daños-, una valiosa herramienta para superar esta problemática, lo que se traduce en una serie de posibilidades y, a la vez, de deberes que deben asumir los magistrados a fines de alcanzar la reparación integral de los perjuicios reclamados.

III. La cuantificación de la indemnización a “valor actual”

Como anticipábamos, no existen dudas de que la determinación del quan-

tum del daño se efectúa en el momento de la sentencia, ya que la obligación resarcitoria constituye un supuesto de deuda de valor y esa es la oportunidad idónea para su estimación en caso de deudas judiciales, y recién cuando se cuantifican, se le aplican las disposiciones de dar sumas de dinero⁵.

Ahora bien, esta tarea reviste particular importancia -por la trascendencia que adquiere en términos económicos y por las complejidades que presenta en dichos supuestos- en los casos de estimación de las indemnizaciones por muerte/lesiones, tanto en su faz patrimonial como en su repercusión extrapatrimonial.

En el primer caso, es dable recordar que el Código Civil y Comercial tiene previsto en su artículo 1746, bajo el acápite “Indemnización por lesiones o incapacidad física o psíquica” que la indemnización debe ser evaluada “mediante la determinación de un capital, de tal modo que sus rentas

cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables, y que se agote al término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades”.

Sin pretender profundizar sobre el debate relativo a la aplicación de las fórmulas matemáticas para el cálculo de las indemnizaciones por muerte o incapacidad -que, por lo demás, son utilizadas por los dos Tribunales Colegiados de Responsabilidad Extracontractual de la ciudad de Santa Fe-, vale decir que el citado precepto establece directivas detalladas para realizar el cálculo de lo que esta doctrina denomina “capital humano”, es decir, un procedimiento que permite determinar un valor monetario actual que represente la productividad futura de una persona, en la proporción en la que se vea afectada a consecuencia de una incapacidad física o psíquica. Entendemos que la taxatividad de la ex-

presión no deja dudas y frente a la claridad de sus directivas, las exigencias constitucionales de fundamentación de las sentencias se cumplen con la exposición, en una fórmula estándar, de las bases cuantitativas (valores de las variables previstas) y las relaciones que se tuvieron en cuenta para arribar al resultado que se determine⁶.

Una de esas variables, que es la que representa mayor interés para la temática que venimos desarrollando, es la relativa a los ingresos de la víctima del daño, puesto que constituye una de las pautas fundamentales para proceder a la cuantificación.

En ese orden, no quedan dudas de que los ingresos que deben ser valorados en la tarea de cuantificación son los "actuales", es decir, los correspondientes a la fecha de la sentencia o los más cercanos a ella.

Va de suyo que dicha circunstancia dependerá en muchos casos de la activi-

dad probatoria realizada por la parte actora, que tiene la carga de acreditar la extensión de los perjuicios. Así, si el damnificado directo poseía un trabajo registrado, es importante que su representante legal sea diligente en producir la prueba tendiente a la demostración de los ingresos, arbitrando los medios para que el magistrado cuente, por ejemplo, con el recibo de sueldo correspondiente.

No obstante ello, suele suceder que este documento no ha sido arrimado al proceso o bien se ha acompañado uno de fecha lejana a la del dictado de la sentencia, lo que en periodos de fuerte depreciación monetaria como el que estamos viviendo deriva en la inconveniencia de valerse de este documento si se pretende reparar integralmente los perjuicios.

En esos casos, entendemos que los magistrados contamos con distintas posibilidades para superar este problema, como la de recurrir a las

escalas salariales contenidas en el convenio colectivo de trabajo correspondiente, a bases de datos públicas en las que pueda obtenerse el nivel de remuneraciones o, incluso, mediante una medida para mejor proveer, oficiar al empleador para que consigne la cuantía del último salario percibido por la víctima.

Ahora bien, es obvio señalar que para proceder conforme alguna de estas alternativas plasmadas en los precedentes citados, la parte actora debe haber acreditado al menos la existencia de la relación de trabajo o de la actividad remunerada que desarrollaba el damnificado.

Por el contrario, cuando no se ha demostrado esto último, es bien sabido que a la hora de cuantificar la indemnización por lesiones (o fallecimiento, en los casos en que se sigue el criterio de utilizar los mismos parámetros para ello), suele recurrirse a la pauta del salario mínimo, vital y móvil. Vale

aclarar en este punto que debe tratarse del salario mínimo, vital y móvil vigente a la fecha de la sentencia y no el correspondiente a la fecha del evento en que se produjo el perjuicio.

Algunos precedentes jurisprudenciales emanados de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Santa Fe resultan pertinentes para ilustrar lo sostenido hasta aquí:

a) en autos “F., M. I. c/ C., J. M. s/ daños y perjuicios”, teniendo en cuenta que la víctima había obtenido una jubilación por invalidez -y más allá de los ajustes que en virtud de esta situación realizó la Alzada-, los vocales confirmaron el criterio de la jueza de grado de utilizar como parámetro el recibo de sueldo correspondiente a una persona de la misma categoría jerárquica que detentaba la actora como agente del Ministerio de Salud de la Provincia de Santa Fe, información que se obtuvo mediante oficio dirigido a dicha dependencia estatal⁷;

b) en autos “M., C. A. c/ Provincia de Santa Fe s/ daños y perjuicios”, el Tribunal de Alzada revocó la sentencia de baja instancia en lo que refiere a los montos otorgados por los rubros “incapacidad sobreviniente” y “gastos asistenciales”. Este último ítem es el que en el caso reviste mayor interés, pues se trataba de una menor de 9 años que presentaba una incapacidad del 100% a partir de una “cuadriplejía espástica por hipoxia cerebral”. Los integrantes de la Sala Primera valoraron que en la pericia médica “se indicó que se necesitaba la asistencia de por lo menos tres enfermeras por día en turnos de 8 h cada una, debiendo tenerse en cuenta que los francos debían ser cubiertos por una eventual cuarta enfermera” y que se había acreditado que “la obra social no brindaba servicios de enfermería” y que “del oficio librado al Colegio de Profesionales en Enfermería se determinó que el arancel por el turno de 8 h -requerido en la pericia-, ascendía a agosto de 2.015 a la suma de \$ 455,53.-

por día”. A partir de dichos parámetros, la sentencia de Cámara estimó la indemnización correspondiente a este rubro, aclarando: “Dado que el informe del valor del costo diario de enfermería data de agosto de 2.015 (v. fs. 790), considero prudente actualizarlo a la fecha tomando en cuenta el incremento del salario básico experimentado de acuerdo al Convenio Colectivo de Trabajo para el personal de la Sanidad N° 122/75, conforme las escalas pactada para los períodos agosto de 2015 a noviembre de 2017, lo que arroja un incremento aproximado el 73%, por lo que la jornada de ocho horas de enfermería ascendería a los fines del cálculo a la suma de \$ 788,06.-”. Aplicada la misma fórmula matemática utilizada para la cuantificación del ítem “incapacidad sobreviniente”, los vocales consignaron que el resultado que arrojaba la misma ascendía a \$ 14.100.870,73, agregando que “por tratarse de un daño futuro, vencido el plazo legal para su abono luego de la firmeza del pronunciamiento y hasta

su efectivo pago, recién devengaría intereses, no correspondiendo calcularlos desde el momento del hecho como lo resolvió el pronunciamiento en crisis”⁸;

c) en autos “A., W. H. c/ F., J. A. s/ daños y perjuicios”, la Sala Tercera de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial revocó una sentencia de baja instancia en la que la a quo, por el rubro incapacidad, “otorgó el monto peticionado en la demanda (\$80.000) con más la tasa activa del Banco de la Nación Argentina desde la fecha del siniestro hasta su efectivo pago”, para lo cual utilizó el procedimiento previsto en la legislación para los accidentes de trabajo. En ese orden, la sentencia de Alzada sostuvo que “la resolución apelada se ha desentendido de la realidad pues, la fijación de la suma cristalizada a la época de interponerse la demanda, no representa el valor real y soslaya el principio de que la cuantificación debe computarse del modo más cercano a

la sentencia. Repárese que, habiendo realizado el cálculo a través de las pautas que rigen las indemnizaciones laborales, la jueza no da estricto cumplimiento a los estándares que rigen para la reparación de los daños resarcibles en materia de responsabilidad civil derivada de la intervención de cosas riesgosas. En suma, la sentencia cuantifica la indemnización por incapacidad a la época de interponerse la demanda, no obstante la ampliación de montos efectuada por la actora al momento de alegar, con una fórmula que no se condice con la materia en cuestión y sin aplicar las pautas del art. 1746 CCCN; y ello, además, constituye una clara contradicción con lo resuelto en el fallo respecto a la normativa aplicable para el sub examine”. A partir de estas consideraciones, la Alzada procedió a realizar un nuevo cálculo para la cuantificación del rubro en análisis, utilizando como pauta el valor del salario mínimo, vital y móvil vigente a la fecha de la sentencia impugnada⁹.

d) en los autos “B., A. C. c/ Arcos Santafesinos S.A. s/ ordinario”, también correspondientes a la Sala III de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de la ciudad de Santa Fe, se dejó sin efecto la sentencia de primera instancia en lo relativo al cálculo de la indemnización por el rubro incapacidad sobreviniente y se efectuó una estimación en la que si bien se tomó como pauta el ingreso mensual de la víctima -\$8.000- que había sido considerado por el juez de grado, ello se realizó “a valores actualizados a la fecha de la sentencia, lo que guarda sentido al considerar que la indemnización del rubro constituye una obligación de valor y no dineraria”. En ese sentido, la sentencia dispuso que “para actualizar esos \$8.000 históricos al día 20/03/19 se utilizará como parámetro el incremento proporcional que tuvieron las remuneraciones de los empleados de comercio para el período, que ascendió a un 151% (vid. Web de FAECYS, <http://www.faecys.com>).

org.ar/ fecha consulta: 02/03/20). De tal modo, el ingreso base actualizado a la fecha de la sentencia ascenderá a \$20.080”¹⁰.

En lo que respecta a las consecuencias no patrimoniales, como hemos anticipado, la reparación a conceder por el rubro “daño moral” también debe ser estimada a valor actual, siendo aplicable en el caso la pauta que se encuentra prevista en el último párrafo del artículo 1741 del Código Civil y Comercial, en cuanto ordena que “el monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas”.

En ese orden, no existen dudas de que la redacción del precepto transcripto ratifica el criterio que la jurisprudencia aplicaba en tiempos del Código Civil velezano, en cuanto a que el resarcimiento del daño extrapatrimonial debe ser cuantificado a valores actuales, ya que de lo contra-

rio no habría manera de que la víctima pueda procurarse satisfacciones sustitutivas o compensatorias.

Las alternativas que asisten a los jueces a los fines de cumplir con la manda del artículo 1741 son variadas y radican generalmente en la búsqueda de la información de los costos actuales de la satisfacción sustitutiva o compensatoria que se tome como parámetro, tarea para la cual la búsqueda en páginas web se presenta como una herramienta de fácil acceso y puesta en práctica.

En efecto, los sitios de internet en que pueden cotizarse viajes con fines turísticos y/o aquellos dedicados a la compraventa de distintos bienes, como las páginas web de las empresas que publicitan la venta de electrodomésticos y artículos de electrónica o incluso las de las inmobiliarias locales, entre otras, son de gran ayuda para cuantificar la indemnización en estos supuestos.

También en este caso podemos ilustrar lo conceptos desarrollados hasta aquí con distintos pronunciamientos emanados de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Santa Fe en los que receptan estos criterios:

a) en la citada causa “F., M. I. c/ C., J. M. s/ daños y perjuicios”, se expone que “la solución dispuesta por la jueza de grado, al estimar el resarcimiento del daño moral en la suma de \$250.000 -cuantificados a la fecha de la sentencia (17.06.19)- no se aparta del principio de congruencia. Ello es así en tanto dicha suma resulta representativa -de acuerdo a las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que puede procurar- del monto aproximado de un paquete turístico para dos personas, por quince días, a la costa o al noroeste argentino (v. por todas: www.despegar.com), suma que refleja también los avatares de las variables económicas evidenciadas en la economía nacional, y que se compadece con el monto solicitado por la parte actora”¹¹;

b) en autos “B., G. I. c/ F., M. F. s/ juicios ordinarios”, la Sala III de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial casó la sentencia apelada en lo relativo al monto concedido por daño moral a partir del fallecimiento del hijo de los demandantes, elevando la indemnización de ese rubro “a la suma de \$7.000.000, conforme valores vigentes al momento de la sentencia de primera instancia (29/06/2022) en que la obligación de valor se transformó en dineraria”. Para así decidir, la Alzada sostuvo que a dicha fecha “el valor del dólar MEP en el país ascendía a \$246, de modo que traducido el reconocimiento a dólares estadounidenses (referencia siempre obligada en nuestro país), ascendía a unos U\$S 29.000 aproximadamente. Con dicha suma puede esperarse que la reclamante adquiriera una propiedad en la ciudad de Santa Fe (conforme lo referenciará en la demanda y en los agravios), como un monoambiente o, en todo caso, que logre con la misma cubrir

buena parte del precio de alguna propiedad similar, si no fuese suficiente. Desde otro plano, con dicha suma puesta a rendir réditos en el mercado financiero, podría obtener rendimientos más que suficientes para alquilar una propiedad de más dimensiones y mejor ubicación y, a la vez, ahorrando una parte para incrementar ese capital y paliar los efectos de la inflación”¹².

c) en autos “H., M. C. y otros c/ Provincia de Santa Fe s/ daños y perjuicios”, la Sala III de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial revocó la sentencia de baja instancia en un caso en que el padre y la madre peticionaban el resarcimiento del daño moral por el fallecimiento de su hija, sosteniendo que “una cuantificación del daño al momento de la sentencia, pero efectuada a valores históricos, provoca un resultado disvalioso que afecta decididamente el principio de reparación plena”, y agregó que “la decisión adoptada en el pro-

nunciamento recurrido, al cuantificar las consecuencias no patrimoniales derivadas del evento dañoso según valores vigentes al momento de interponerse la demanda y, a la vez, establecer una tasa de interés puro que no contempla, entre otros elementos, un componente inflacionario, prescinde de las consecuencias económicas de lo resuelto con severa afectación del principio de la reparación integral y vulneración al derecho de propiedad y de la tutela efectiva”. En virtud de ello, se elevó el monto indemnizatorio correspondiente a las consecuencias no patrimoniales a la suma de \$1.060.000 para ambos progenitores, expresando la sentencia de Alzada que “al sólo fin de dar cumplimiento a la manda establecida en el artículo 1741 in fine del CCCN, y sin perjuicio de aclarar que difícilmente algún bien sustitutivo pudiera compensar la pérdida que motivara la acción instaurada, si se intentara representar -o preguntarse- qué tipo de sa-

tisfacciones podrían obtener los actores con dicha suma a la época del fallo, a través de la misma podrían procurarse -indistintamente- la adquisición de un bien mueble (por ejemplo automóvil), bienes muebles para el hogar, refacciones en la vivienda familiar, o la adquisición de viajes en la medida que la pandemia del Covid-19 lo permitiera, por sólo citar algunos ejemplos..."¹³.

d) por último, en los autos "B., A. C. c/ Arcos Santafesinos S.A. s/ ordinario", ya citados, la suma estimada como reparación del daño moral fue concedida en el monto necesario para "realizar un pequeño viaje de una semana por Sudamérica (Brasil, Chile, p. e.) y en donde sólo los traslados aéreos consumirían buena parte de la indemnización (vid. www.aerolíneas.com.ar/flex-dates; www.clarín.com/viajes), o acometer el actor el emprendimiento de algún proyecto o hobby postergado y que anímicamente lo reconforte..."¹⁴.

IV. El límite de cobertura en el seguro de responsabilidad civil

Una cuestión que reviste particular interés en los juicios en que se reclaman indemnizaciones de daños y perjuicios, originadas en accidentes de tránsito y/u otros siniestros en los que intervenga una compañía que haya cubierto el riesgo de responsabilidad civil por daños a terceros y que se encuentra estrechamente vinculada a los conflictos suscitados a partir de la depreciación monetaria, es el relativo a los límites de cobertura que emergen de las cláusulas contractuales contenidas por las respectivas pólizas.

En un país con una economía inflacionaria, el desajuste entre un límite de cobertura considerado a valores históricos y un monto de condena que se cuantifica a valores actuales, cuando un proceso judicial tiene una duración de varios años, resulta muchas veces violatorio del más mínimo sen-

tido de justicia y termina premiando al deudor del crédito indemnizatorio, perjudicando a las víctimas y/o asegurados¹⁵. En ese orden, se ha señalado que no puede soslayarse que la "suma asegurada" cumple la función que le es propia cuando la citada en garantía hace honor a su obligación en tiempo también propio, es decir, al momento en que -según fue previsto en el contrato o surge de la ley- "las partes han tenido en mira al cuantificar de ese modo el máximo de la indemnización que, llegado al caso habrá de percibir el asegurado. Sostener que, en cambio, la compañía puede limitar su responsabilidad de ese modo cuando lleva varios años en situación de mora, es temperamento no sólo inconciliable con las más básicas normas que rigen el derecho contractual en general y este contrato en particular, sino también con las que regulan el enriquecimiento sin causa y las propias de esta situación morosa"¹⁶. Más cercano en el tiempo, un precedente de la justicia provincial

de la Provincia de Buenos Aires, con sólidos fundamentos, resolvió hacer lugar a la “ampliación del límite de cobertura” abarcando el total de la indemnización fijada; para lo que consideró la aplicación de la variación porcentual que experimentó el precio de la prima por el seguro contratado entre la fecha del hecho y la fecha de la sentencia¹⁷.

En el ámbito local, el tema mereció el tratamiento de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de la ciudad de Santa Fe – Sala Segunda, oportunidad en la que se explicitó que los límites de cobertura “no pueden desnaturalizar en los hechos las obligaciones del asegurador y frustrar los derechos del asegurado-consumidor (...) con olvido de la regla del artículo 37 de la ley 24240, cuya fuerza de irradiación establece una clara directiva hermenéutica a la hora de interpretar el artículo 118 de la ley 17418...”. A lo que se concluye afirmando que “la medida del seguro

ya no puede quedar atada al límite contractual derivado de una lejana pauta de la autoridad administrativa (Superintendencia de Seguros de la Nación), sino que ‘atento al tiempo transcurrido’ desde entonces -para emplear una fórmula utilizada en la Resolución SSN 1162/2018- se impone un ‘ajustamiento’ que consulte el límite vigente para la misma cobertura al tiempo de la sentencia...”¹⁸.

En similar sentido se expidieron en pronunciamientos posteriores la Sala Tercera¹⁹ y la Sala Primera²⁰ de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de la ciudad de Santa Fe.

Así las cosas, entendemos que una adecuada interpretación de las cláusulas contractuales, es aquella que intenta salvaguardar la interdependencia de las obligaciones de las partes (asegurado-asegurador) y no la que consagra una solución en la que, en virtud de los avatares inflacionarios de la situación económica imperante,

la equivalencia de las prestaciones se vea seriamente afectada. Va de suyo que esto último podría tener lugar si se limita la obligación de la aseguradora al valor histórico pactado en la póliza, cuando el mismo ha perdido entidad para mantener indemne el patrimonio del asegurado, lo que no solo genera un perjuicio a la víctima, sino también -es obvio decirlo- al demandado, sin que pueda endilgársele conducta reprochable alguna.

V. Conclusiones

A lo largo de estas páginas hemos intentado brindar un breve panorama sobre la compleja situación problemática que la realidad económica nacional plantea en el campo del Derecho de Daños y, particularmente, la cuantificación de las indemnizaciones.

Comenzamos describiendo tanto los riesgos que se presentan en este contexto como la importancia que reviste

la adopción de criterios tendientes a salvaguardar la reparación integral de los perjuicios, como principio de rango constitucional.

En ese sentido, hicimos referencia -también en forma sintética- a la doctrina de las obligaciones de valor, incorporadas legalmente en el Código Civil y Comercial, para luego ingresar a la parte central de este trabajo, en la que recurrimos a las pautas que ha desarrollado la jurisprudencia local a fin de conceder indemnizaciones a valores actuales, fundamentalmente en lo que refiere a la reparación de las consecuencias patrimoniales y no patrimoniales derivadas de daños a las personas, tanto por lesiones/incapacidad como por fallecimiento.

Finalmente, concluimos con un breve comentario vinculado a otra cuestión que guarda estrecha relación con esta problemática que es el relativo al de los límites de cobertura en el seguro de responsabilidad civil.

No quedan dudas de que la situación económica actual enfrenta a los magistrados a un escenario complejo, que requiere un particular esfuerzo en la tarea de la cuantificación de los daños. Los riesgos son conocidos: conceder una suma a partir de la cual no se alcance la reparación integral de la o las víctimas, en virtud de la depreciación monetaria.

Por ello, celebramos las soluciones adoptadas por los tribunales locales y nacionales que fueron reseñados en este trabajo -tanto en lo que refiere al otorgamiento de resarcimientos a valores "actuales" como al rechazo de limitar la cobertura a los valores históricos- y consideramos que en estos tiempos es imprescindible que el juzgador incorpore herramientas análogas a las descriptas dichos pronunciamientos, sin soslayar la carga que se encuentra en cabeza de la parte actora en relación a la acreditación de los perjuicios que serán indemnizados.

Tal proceder, insistimos, nos acercará a materializar el principio de reparación integral y, en consecuencia, a hacer justicia en el caso concreto. ■

CITAS

¹ OSSOLA, FEDERICO ALEJANDRO, en "Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado", Tomo V, RICARDO LUIS LORENZETTI (director), Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2015, pág. 154.

² PAWLOWSKI DE POSE, AMANDA L., "La prohibición de indexación: vigencia y condiciones", La Ley, DT2020 (noviembre), 301, TR LALEY AR/DOC/3390/2020.

³ MARQUEZ, JOSÉ FERNANDO, "Cuando la prohibición de actualizar es inconstitucional", La Ley, SJA 03/06/2020, 30; VIALE LESCANO, DOMINGO JERÓNIMO, "Ya es tiempo de admitir la indexación", La Ley, LLC2017 (diciembre), 4, TR LALEY AR/DOC/2540/2017.

⁴ Sentencia nro. 324 del 20/12/2016 en autos:

"MÁRQUEZ PEPELLIN, LEONEL O. y otro c. GARCÍA, JOSÉ H. y otro s/ ordinario accidente (Ley de Riesgos)", dictada por la sala 1ª de la CNTrab. de Cba.

⁵ Cámara Civil y Comercial Santa Fe, Sala I, "LÓPEZ, JULIO CÉSAR y Otros c/ARROYO, HUGO y Otros s/daños y perjuicios", resolución del 26/6/2017; y el mismo Tribunal en "ACOSTA, DANIEL OSCAR y otros c/Provincia de Santa Fe s/daños y perjuicios", 7/3/2017.

⁶ ACCIARRI, HUGO A., "Fórmulas y herramientas para cuantificar indemnizaciones por incapacidad en el nuevo Código", La Ley 15/07/2015, AR/DOC/2165/2015.

⁷ "F., M. I. c/ C., J. M. s/ daños y perjuicios", C.C.y C. Santa Fe, Sala I, de fecha 12/05/22, Res. N° 50, F° 12, T° 30.

⁸ "M. C. A. c/ Provincia de Santa Fe s/ daños y perjuicios", C.C.y C. Santa Fe, Sala I, de fecha 27/12/17, Res. N° 311, F° 380, T° 21.

⁹ "A., W. H. c/ F., J. A. s/ daños y perjuicios", C.C. y C. Santa Fe, Sala III, de fecha

14/10/22, Res. N° 206, F° 59, T° 27.

¹⁰ "B., A. C. c/ Arcos Santafesinos S.A. s/ ordinario", C.C. y C. Santa Fe, Sala III, de fecha 14/10/22, Res. N° 206, F° 59, T° 27.

¹¹ "F., M. I. c/ C., J. M. s/ daños y perjuicios", C.C.y C. Santa Fe, Sala I, de fecha 12/05/22, Res. N° 50, F° 12, T° 30.

¹² "B., G. I. c/F., M. F. s/ juicios ordinarios", C.C.y C. Santa Fe, Sala III, de fecha 24/11/22, Res. N° 239, F° 160, T° 27.

¹³ "H., M.C. y ot. c/ Provincia de Santa Fe s/ daños y perjuicios", Sala III, de fecha 10/02/21, Res. N° 11, F° 407 160, T° 23.

¹⁴ "B., A. C. c/ Arcos Santafesinos S.A. s/ ordinario", C.C. y C. Santa Fe, Sala III, de fecha 14/10/22, Res. N° 206, F° 59, T° 27.

¹⁵ Existen numerosos pronunciamientos en que se ha optado por alguna forma de "actualización" de los límites de cobertura, entre los que podemos citar, a modo de ejemplo, el fallo "Risser", de la Cámara Nacional de Ape-

laciones en lo Civil, sala J, de fecha 04/05/18, publicado en La Ley Online.

¹⁶ CNacCom, sala C, 21/12/08, "TIFERES, ANDRÉS DANIEL c. Caja de Seguros S.A. s. Ordinario".

¹⁷ Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Pergamino, 22/11/2018, "B., S. c/ I., S. y otro s/ daños y perjuicios", publicado en Rubinzal Online.

¹⁸ "FISSORE, MARIANO MIGUEL c/ GAUNA, ESTEBAN ADRIÁN y ot. s/ daños y perjuicios", 07/08/2019, Res. N° 139, F° 276, T° 20.

¹⁹ "LÓPEZ, ALCIDES y otros c/ TORRES, HÉCTOR GUSTAVO s/ daños y perjuicios", 07/05/2020, Res. N° 54, F° 386, T° 22; "DI PASQUALE, LUIS ENRIQUE y ot. c/ ROMERO, CLAUDIO MARCELO y ot. s/ daños y perjuicios", 30/12/2020, Res. N° 206, F° 360, T° 23; y "GOROSITO, BLANCA ILDA y otros c/ Centro de Emergencias Médicas y otros s/ daños y perjuicios", 26/03/2021, Res. N° 44, F° 9, T° 24.

²⁰ "PEREYRA, GERARDO ERNESTO c/ SAUCO, LEDA SOLEDAD y ot. s/ daños y perjuicios", 12/10/2021, Res. N° 203, F° 33, T° 29.

Inflación e intereses: El principio de realidad económica como pauta orientadora

myf

108



Dra. Giselle Mazza

Jueza del Tribunal Colegiado de Responsabilidad Extracontractual de la 6ª Nominación de Rosario

Dra. Analía Mazza

Abogada relatora de la Cámara en lo Contencioso Administrativo N° 2 de Rosario

El presente trabajo se propone realizar un repaso de las posturas más relevantes asumidas por la doctrina y jurisprudencia en etapas en las que recrudecieron los procesos inflacionarios en nuestro país, a fin de preservar la integridad de indemnizaciones y condenas. En ese recorrido, emerge como hilo conductor el principio de realidad económica a la hora de decidir la procedencia de pedidos de actualización o ajuste. Nos detendremos en dos supuestos concretos que suelen presentarse en la realidad judicial, relacionados con el límite de cobertura asegurativa y la posibilidad de actualizar cuando se encuentra involucrada la cosa juzgada. Finalmente, haremos una breve referencia a las figuras que pueden coadyuvar a preservar la justicia de las decisiones, prevaleciendo el principio de realidad económica.

myf

110

I. Introducción

La problemática de la desvalorización monetaria y la pérdida del poder adquisitivo de la moneda han pasado por distintas etapas en nuestro país.

Desde mediados del siglo XX, los procesos inflacionarios fueron una constante en la economía nacional. Cuando hablamos de inflación, nos referimos al “aumento sostenido del nivel general de precios” que se caracteriza por la abundancia general y excesiva de circulante monetario¹.

Claramente, el efecto económico de

este fenómeno afecta la aptitud del dinero como instrumento de pago.

Los períodos de altos índices inflacionarios, derivaron en estados de profunda perturbación económica, social y política.

A fin de resguardar a la sociedad de los efectos nocivos de la inflación, se han utilizado diversos mecanismos destinados a preservar la intangibilidad del capital.

Luego de la hiperinflación de los años 1989-1990, se llevaron a cabo importantes reformas legislativas en materia económica y monetaria,

acompañadas del dictado de leyes de emergencia.

En el año 1991 se dictó la Ley de Convertibilidad N° 23.928, que consagró un sistema nominalista rígido, completado con la prohibición de repotenciación de deudas². Este impedimento legal subsiste hasta nuestros días.

A partir de esas reformas, se inició una década de estabilidad económica (1992-2002).

En el año 2002, se abandonó el régimen de convertibilidad, no obstante lo cual, se ratificó el principio nominalista (art. 4 de la Ley N° 25.561)³.

II. Nominalismo vs. Valorismo

Las fluctuaciones del valor del dinero llevaron a contraponer dos concepciones respecto al modo de cancelación de las obligaciones. El **nominalismo**, utilizado para deudas dinerarias, postula: “el valor de la moneda no es relevante si el monto de la obligación en dinero es fijo, con lo que el pago de la suma nominal resulta idóneo para la cancelación de la obligación”⁴. Ello, cualquiera hubiere sido el deterioro o la pérdida sufrida por la moneda desde el instante en que nació la obligación hasta el momento en que se pague⁵.

Se ha sostenido, en apoyo a esta postura, que cualquier desviación de dicho principio, llevaría necesariamente a un impacto inflacionario.

Para contrarrestar los efectos nocivos del nominalismo en épocas de alta inflación, se ha recurrido al concepto de “**deuda de valor**”. Así, “la extensión de las obligaciones dinerarias no se determina por su valor nominal,

sino en función del poder adquisitivo de la moneda”⁶, por ser “representativas de un valor constante, expresado en términos monetarios, debían ser ‘ajustadas’ en el momento de su cancelación o pago para compensar el deterioro o depreciación de la moneda corriente”⁷.

Sostienen Ramón Pizarro y Carlos Vallespinos: “Frente a un fenómeno inflacionario significativo, el valorismo se presenta como la vía más justa y adecuada de medir la extensión de las deudas dinerarias. Cuando los niveles inflacionarios decrecen y se sitúan en términos tolerables, su mantención no se justifica y, en tales circunstancias, el régimen nominalista se presenta como el más adecuado, sencillo y cómodo”⁸. Por su parte, Juan José Casiello y Eduardo Méndez Sierra, sostienen que: “... no se utilizará la categoría de deuda de valor en una economía estable. No habrá necesidad de utilizarla. Porque las deudas de suma o de cantidad de dinero tendrán tanta estabilidad y fijeza en su objeto, como la estabilidad y fijeza que se predica de las deudas de valor”⁹.

En el mismo sentido, Daniel Vítolo: “... desde los procesos inflacionarios bruscos cuyo origen se remonta a 1975 hasta 1991, en forma paulatina pero firme, el valorismo se impuso como doctrina y la teoría de la realidad jurídica, económica y social, superior al principio formal nominalista, consagrado por Vélez Sarsfield. De ese modo, y a través de fallos dictados en todos los fueros se llegó a la consagración del principio, recogido por la Corte, de que la indexación no es un accesorio del crédito principal, ni es un crédito nuevo nacido con posterioridad, sino que es el mismo crédito mantenido en su valor económico real en el tiempo, frente al paulatino envilecimiento de la moneda”¹⁰.

III. La respuesta jurisdiccional ante los vaivenes económicos

Desde el Poder Judicial, se han intentado soluciones destinadas a enfrentar el fenómeno inflacionario y resguardar -en mayor o menor medi-

da- el contenido económico de las sentencias, para que las decisiones adoptadas no se vean desnaturalizadas por el transcurso del tiempo. En tal cometido, los jueces han tomado como pauta orientadora el principio de “realidad económica” imperante al momento de resolver, con el fin de preservar el “valor justicia” en el caso concreto.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha abordado la problemática de la depreciación monetaria, adoptando decisiones que han variado en el tiempo según los contextos imperantes en el país, y la normativa vigente.

A continuación nos detendremos en el análisis de algunos de los precedentes jurisprudenciales que reflejan cuáles han sido las líneas seguidas por la Corte en esos contextos inflacionarios a los que hacíamos referencia.

3.1. Durante el proceso inflacionario que se desarrolló con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley de Convertibilidad, el Alto Tribunal Na-

cional permitió la aplicación de mecanismos de ajuste, en aquellos casos en los que por culpa del deudor moroso, la prestación nominal a su cargo disminuía notablemente su valor en función de circunstancias no imputables al acreedor.

Así, en la causa “Vieytes de Fernández, Juana (Suc.)”, la Corte hizo lugar a un pedido de reajuste de crédito por depreciación monetaria, al sostener que: *“El principio de reparación justa e integral... ha de entenderse en un sentido amplio... de manera que permita mantener la igualdad de las prestaciones conforme al verdadero valor que en su momento las partes convinieron y no una numérica equivalencia teórica que ha perdido su originaria medida representativa...”*.

Al hilo de tal argumentación, el Máximo Tribunal dejó expresamente sentido que: *“de no actualizarse los créditos conforme a pautas que equilibren los valores tenidos en cuenta en el origen de la obligación, no se daría el*

*necesario ajuste que exige la justicia, pues mientras el derecho del ahora deudor fue plenamente satisfecho, el del que permaneció acreedor por culpa de aquél se vería correspondido sólo en ínfima parte”*¹¹.

Este criterio se extendió luego a supuestos en los que no existía mora del deudor: *“... en más de cuarenta años de economía inflacionaria, con algunos picos marcados de 'hiperinflación' podremos ver cómo la doctrina y la jurisprudencia nuestras, se esforzaron por encontrar la solución para el reajuste de la deuda de dinero aún sin mora del deudor. Se recurrió para ello a un verdadero arsenal de 'remedios' extraídos todos del rico depósito del derecho privado: así se ha apelado a la aplicación de la teoría de la imprevisión, a la doctrina del abuso de derecho, al enriquecimiento sin causa, a la equidad, y a los principios de buena fe que exigen mantener la equivalencia de las prestaciones en el contrato bilateral oneroso, a la teoría de las bases del negocio, etc., etc.”*¹².

Alberto Bianchi, resume diversos instrumentos utilizados por la Corte en aquel período para corregir los efectos disvaliosos de la depreciación monetaria: *“Se ha dicho, por ejemplo que: el reajuste de la moneda procede para cumplir con el fin de 'afianzar la justicia' incluido en el Preámbulo (Fallos 298:466; 300:596; 301:319); la corrección nominal de los valores no causa agravio a los derechos de las partes, sino que reafirma el derecho de propiedad, pues lo contrario implicaría reconocer una retribución mermada o confiscatoria (Fallos: 298:519); la cuestión de la depreciación económica es materia de hecho y prueba ajena al recurso extraordinario, pero la Corte puede conocer por esa vía cuando la ponderación de la realidad económica es distorsionada y cubre sólo aparentemente la reparación integral de lo debido (Fallos 299:125 – Rev. La Ley T. 1978-C-62); la actualización del monto nominal no hace más onerosa la deuda en su origen, sólo mantiene el valor económico real frente al paulatino envilecimiento de la moneda (Fallos 299-146)”*¹³.

3.2. Luego de la crisis del 2001-2002, se dispuso la salida del régimen de convertibilidad mediante la Ley N° 25.561. No obstante, el legislador mantuvo el régimen nominalista y la prohibición de indexación de deudas (art. 4).

En ese marco, y ante un nuevo proceso inflacionario, la Corte Nacional tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la constitucionalidad de tales disposiciones prohibitivas, en la causa “Santiago Dugan Tocello S.R.L.”¹⁴. Al efecto, abrió el recurso de queja y dejó sin efecto la declaración de inconstitucionalidad de las normas que impedían llevar adelante el ajuste inflacionario. Para así decirlo, la Corte sostuvo que la cuestión referida a la prohibición de reajuste de valores, así como cualquier otra forma de repotenciación de deudas, era un acto reservado al Congreso Nacional por disposición constitucional, por ser éste el órgano encargado de fijar el valor de la moneda.

Destacada doctrina entiende que esta

postura se sostiene en la medida en que se mantengan bajos o nulos niveles de inflación¹⁵.

Tiempo después, en la causa “Candy S.A.”¹⁶, el Alto Tribunal, no obstante ratificar la constitucionalidad de la prohibición de indexar, abrió la posibilidad de analizar si dicho impedimento en el caso concreto, menoscababa el límite de razonable imposición.

Expresó que no era función del Poder Judicial juzgar sobre el mérito de las políticas económicas decididas por otros poderes del Estado. Precisó que al magistrado, sólo le incumbe pronunciarse sobre si dichas normas, en el caso concreto, repugnan o no, los principios y garantías contenidos en la Constitución Nacional. De allí que, conforme a la regla precedentemente enunciada, la Corte revocó la sentencia impugnada en cuanto había declarado la inconstitucionalidad de los preceptos referidos, y se detuvo en el análisis de los restantes planteos formulados por la actora, vinculados con los efectos

confiscatorios derivados de la aplicación de dichas normas. Al efecto, dispuso que: *“para que la confiscatoriedad exista, debe producirse una absorción por parte del Estado de una porción sustancial de la renta o el capital”*.

A la luz de las pautas jurisprudenciales reseñadas, el Máximo Tribunal arribó a la conclusión de que no correspondía aplicar, en el caso, la prohibición de la utilización de mecanismos de ajuste por inflación, toda vez que la alícuota efectiva a ingresar por impuesto a las ganancias insumía a la actora *“una sustancial porción de las rentas obtenidas...”*, haciendo especial hincapié en la actividad probatoria desplegada por la demandante.

3.3. A partir del año 2010, los índices inflacionarios se incrementaron progresivamente. Así las cosas, los criterios sustentados por el Máximo Tribunal, comenzaron a ser confrontados con la realidad económica imperante.

No obstante ello, la Corte en la cau-

sa *“Massolo Alberto c/Transporte del Tejar S.A.”*¹⁷, convalidó la aplicación de las normas que prohibían el ajuste por inflación, por entender que las cláusulas contractuales invocadas por la actora invalidaban su aplicación, en tanto tenían un *“inequívoco propósito indexatorio”*. En tal entendimiento, sostuvo que si bien la actualización por depreciación monetaria podía constituir una defensa eficaz del derecho de propiedad, su perduración *sine die*, podría alimentar el fenómeno de la inflación¹⁸.

Ariel Ariza, al comentar el fallo, sostuvo que se trata de una decisión adecuada a fin de acompañar la política monetaria impuesta por el Congreso Nacional. No obstante, apuntó: *“no estamos ante un nominalismo puro”*, desde que la prohibición de indexar resulta tolerable en la medida en que se configuren niveles de inflación estables y moderados, supuesto en el que los mecanismos de recomposición serán indirectos, y, en tal entendimiento, advirtió que: *“... en cambio, si*

*la marcha económica se orienta hacia una aceleración de aumento de precios, la regla nominalista irá perdiendo nuevamente sus contornos”*¹⁹.

La doctrina especializada en aquella oportunidad, alertó sobre las distorsiones que provocaba la prórroga indefinida de las leyes de emergencia, poniendo de resalto, que tales disposiciones habían sido dictadas en contextos económicos, financieros, políticos y sociales (crisis del año 2002), muy distintos a los vigentes en el año 2010.

En este mismo sentido, Noemí Nicolau²⁰ señaló que para juzgar constitucionales las disposiciones de emergencia, era necesario establecer términos razonables de vigencia, desde que su mantenimiento indefinido y su aplicación a contextos económicos tan diversos, atentaba contra el principio de equidad en las relaciones jurídicas.

En este orden de ideas, postuló que debían ser los jueces los encargados de restablecer -en contextos de

“notable iniquidad”- la justicia del caso, y, en definitiva, evitar que todo el peso de la inflación real recaiga sobre los acreedores.

Advirtió además, que era un contrasentido, por un lado, admitir la aplicación de tasas activas de interés con el argumento de que las mismas tenían incorporado algún componente de actualización monetaria (crit. “Samudio”) -admitiendo *“acriticamente que la inflación existe”*-, y, por el otro, mantener la vigencia y aplicación de normas que prohíben mecanismos de ajuste para sortear los graves efectos de la inflación en las relaciones crediticias.

En este punto, cobra relevancia el voto del Ministro Petracchi en el aludido fallo “Massolo”, habida cuenta que aporta interesantes herramientas para conjurar eventuales situaciones de inconstitucionalidad al momento de ejecución de la sentencia. En efecto, propone que una vez practicada liquidación de acuerdo a las pautas de sentencia, si se advierte que se ha produ-

cido una marcada desproporción que vulnera la integridad de la condena, y con ello, el derecho de propiedad, el acreedor *“... pueda recurrir a los instrumentos incorporados al Código Civil por el derecho moderno –teoría de la imprevisión, abuso del derecho y frustración del fin del contrato – a fin de preservar la equidad de la prestación al tiempo de su cumplimiento”*²¹. Luego, en lo que refiere puntualmente a la tasa de interés aplicable como remedio para esta situación, precisa que: *“... deberá ser también evaluado por los jueces de la causa como una alternativa para evitar que los efectos de la depreciación monetaria que tuvo lugar durante la crisis económica y financiera, incidan solamente sobre quien fue víctima del daño, tema para el cual los magistrados deben ponderar los antecedentes del caso y las circunstancias económicas del momento para determinar con criterio prudente el interés aplicable”*²².

En este mismo sentido, en el ámbito local, no puede prescindirse del criterio sostenido por el Ministro Gutiérrez

en la causa “Municipalidad de Santa Fe c/Bergagna” del año 2017, al señalar que: *“... tanto la jurisprudencia como la doctrina han reconocido en la tasa de interés un remedio para preservar la equidad de la prestación al tiempo de su cumplimiento, lo que deberá también ser evaluado por los jueces de la causa como una alternativa para evitar que los efectos de la depreciación monetaria en épocas inflacionarias incidan solamente sobre el crédito alimentario que constituyen los honorarios, tema para el cual los magistrados deben ponderar los antecedentes del caso y las circunstancias económicas del momento para determinar con criterio prudente el interés aplicable (crit. CSJN “Massolo, Alberto José c/ Transporte del Tejar S.A., voto del Ministro Petracchi); sin desconocer para ello, el máximo establecido en la propia ley”* (del voto del Ministro Gutiérrez, el resaltado no se encuentra en el original)²³.

Como puede extraerse de estos precedentes mencionados, se proponen mecanismos indirectos de recomposición

del capital (a través de la tasa de interés) ante procesos de deterioro monetario. Se reafirma a su vez, la facultad de los jueces, según las circunstancias del caso y el contexto económico, para determinar dicha tasa.

IV. Principio de realidad económica

Como se señaló en los apartados precedentes, las tasas de interés han sido utilizadas por los jueces como un remedio para corregir las iniquidades que se presentan en las relaciones entre las partes. En esa tarea, se ha recurrido a la aplicación de tasas variables de interés que -en mayor o menor medida- contemplan algún componente inflacionario, aunque no siempre alcancen para preservar la justicia del caso.

La Corte Nacional, se ha pronunciado, sobre la función de los intereses y las tasas aplicables, en numerosos precedentes. En el año 2019, en la

causa “Bonet Patricia c/Experta Aseguradora”²⁴, se dio curso a un recurso extraordinario, considerando irrazonable la aplicación automática de una tasa de interés, sin tomar en consideración si la misma importaba arribar a un resultado desproporcionado y prescindente de la realidad económica al momento del pronunciamiento. Para así sostenerlo, la mayoría del Cuerpo señaló que la tasa aplicada no brindaba un “legítimo resarcimiento”, en el caso concreto, puesto que el resultado alcanzado se había tornado objetivamente injusto.

En base a tales consideraciones, el Tribunal afirmó que: “*la realidad debe prevalecer sobre las abstractas fórmulas matemáticas*”, y que los magistrados eran los encargados de ponderar de manera concreta el resultado alcanzado, mediante la aplicación de tasas de interés que resulten razonables y proporcionadas. En suma, tasas que no se aparten de la realidad económica imperante al momento del dictado de la sentencia.

Más cercano en el tiempo, en la causa “García Javier c/Ugofé S.A.”²⁵ de este año, (25) la Corte revocó la decisión de la Cámara que ordenó aplicar la tasa activa del Banco de la Nación Argentina (según crit. “Samudio”) hasta la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación (01.08.15), y desde allí hasta la cancelación total de la deuda, el doble de dicha tasa. Para así decidirlo, por aplicación de los arts. 768 y 771 C.C. y C.N., el Alto Tribunal sostuvo que el a quo había violado el principio de congruencia, en tanto había modificado las tasas de interés aplicadas por el juez de grado, sin que ello hubiera sido materia de agravio, incurriendo así, en exceso de jurisdicción e indebida *reformatio in pejus* en perjuicio de los demandados.

Si bien la Corte no se pronunció acerca de cuál sería la tasa de interés aplicable, mencionó que la Cámara se había apartado de lo dispuesto por el art. 768 inc. c) del C.C. y C.N., al aplicar el doble de la tasa activa, sin brindar fun-

damentos adecuados y suficientes.

Lo relevante de la decisión, reside en que abrió una serie de interrogantes en la doctrina especializada²⁶ en torno a cuál sería el sentido y alcance que debía asignarse a la última parte del artículo 768 inc. c) del C.C. y C.N., en cuanto a la remisión subsidiaria que formula la norma a las tasas que fije la reglamentación del Banco Central²⁷.

Al respecto, en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizada en el año 2015, la opinión mayoritaria sostuvo, que la disposición en análisis no implicaba una delegación de facultades al Banco Central para la fijación de las tasas de interés, sino que siempre era el juez quien debía determinar la tasa en el caso concreto, sirviendo la reglamentación del Banco Central tan sólo como una “pauta” utilizada para evitar el dictado de soluciones desproporcionadas que prescindan de la realidad económica del caso²⁸.

Por su parte, la posición minoritaria, entendió que la potestad de fijación de las tasas, había sido delegada en la autoridad monetaria, razón por la cual la facultad de los jueces quedaba circunscripta a los márgenes fijados por la mencionada entidad bancaria. Luego, dentro de esta posición minoritaria, Ossola ha señalado la existencia de un vacío legal, por lo que hasta tanto el Banco Central no dicte dicha reglamentación, son los jueces los que “a su sana discreción” deberán fijar las tasas de interés aplicables²⁹.

Llegados a este punto, se impone preguntarnos: ¿qué ocurre cuando las tasas bancarias que se fijan son superadas por el índice de inflación?

Si consultamos en la Agenda Económica las tasas bancarias de uso común (*ver tabla*) en el período que transcurre entre el 01/08/22 al 31/07/23, puede observarse en la tabla de la derecha lo siguiente:

Tasas NBSF	
Tasa pasiva NBSF sumada	70,90%
Tasa pasiva NBSF capitalizada	99,00%
Tasa activa NBSF sumada	44,20%
Tasa activa NBSF capitalizada	54,40%
Tasa promedio entre activa y pasiva NBSF sumada	57,60%
Tasa promedio entre activa y pasiva NBSF capitalizada	75,40%
Doble tasa promedio entre activa y pasiva NBSF sumada	115,10%
Doble tasa promedio entre activa y pasiva NBSF capitalizada	199,90%
Tasas BNA	
Tasa pasiva BNA sumada	78,80%
Tasa pasiva BNA capitalizada	114,40%
Tasa activa BNA sumada	87,20%
Tasa activa BNA capitalizada	131,80%
Tasa promedio entre activa y pasiva BNA sumada	83,00%
Tasa promedio entre activa y pasiva BNA capitalizada	123,00%
1 ½ activa BNA sumada	130,70%
1 ½ activa BNA capitalizada	245,50%
INFLACIÓN SEGÚN PRECIOS DEL CONSUMIDOR	113,40 % según el Indec

Tal como puede verificarse, la mayor parte de las tasas bancarias establecidas, no llegan a cubrir el índice inflacionario alcanzado durante el último año.

Así las cosas, entendemos que en tales condiciones, cobran relevancia las figuras que permiten adecuar las condenas judiciales al principio de realidad económica.

V. La realidad económica como pauta orientadora en dos supuestos concretos

5.1. Ajuste del límite de la póliza de seguros

En el ámbito de la reparación civil, en los últimos años se han replicado los planteos de actualización de los límites de cobertura asegurativa.

La depreciación monetaria deteriora la cuantía nominal de las pólizas, y al momento de la condena, se ve afectado

el patrimonio del asegurado y la garantía de la víctima.

Estos planteos han sido admitidos por nuestra jurisprudencia.

5.1.1. La Sala I de la Cámara en lo Civil y Comercial de Rosario se pronunció en este tema con sólidos argumentos en la causa “Márquez”³⁰. En el caso, se trataba del ajuste del límite de cobertura de un seguro por mala praxis médica.

El fallo tuvo en cuenta la notoria depreciación del signo monetario ocurrida durante el tiempo de tramitación del proceso y se preguntó quién debía cargar con los costos de la demora, concluyendo que sería irrazonable imponérselo al asegurado.

Con cita de los precedentes “Buffoní”³¹ y “Flores”³² de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, no verificó abusividad de la cláusula de límite de cobertura. Destacó que el monto comprometido en el juicio a la fecha de

demanda, no excedía la suma asegurada. Sostuvo que de haberse abonado el seguro de inmediato, el límite de cobertura hubiera resultado suficiente para cubrir el siniestro asegurado. Y que la cuestión puesta en juego no se trataba de la oponibilidad del límite de cobertura, sino de los efectos que tiene el transcurso del tiempo en la operatividad de la cláusula de limitación cuantitativa de la cobertura.

Puntualizó que el conflicto radica en el desfase temporal entre la delimitación cuantitativa del riesgo al tiempo de contratar, y la fecha en que se fija el valor de la indemnización, al momento del dictado de sentencia.

Con cita al fallo “López Alcides”³³, dictado por la Sala II de la Cámara Civil y Comercial de Santa Fe indicó: “... para que dicha decisión guarde coherencia y razonabilidad en todos sus aspectos, la cobertura del seguro debe adecuarse a los valores que estuvieren vigentes a la hora de resolver, o más precisamente, al momento del pago, ya que de lo

contrario, se incurriría en autocontratación ... se otorgaría la indemnización a valores actuales pero la responsabilidad de la aseguradora a valores históricos, sin lugar a dudas, depreciados”.

Entonces, verifica que dado el transcurso del tiempo y la erosión de la relevancia cuantitativa de la suma asegurada por el fenómeno inflacionario, la cláusula de límite de cobertura, se tornó abusiva.

Desestima que la posibilidad de ajustar el límite de cobertura pueda impactar en la ecuación económica del contrato³⁴.

Postula que el mecanismo para ajustar el límite de cobertura debe tener en cuenta la tasa que fija la Superintendencia de Seguros de la Nación para actualizar todos los pasivos, publicada por dicho organismo, y que la misma surge de promediar las variaciones mensuales del IPC (índice de precios al consumidor), de la tasa activa cartera general nominal anual

vencida a 30 días del BNA y la tasa pasiva del BCRA. Dado que este promedio entró en vigencia en forma reciente, no puede aplicarse al contrato objeto de autos, del año 2009.

Entiende que para supuestos vinculados a seguro automotor, los límites serán los publicados por la Superintendencia de Seguros de la Nación, para seguros en dicha rama.

En el caso, tratándose de una póliza por responsabilidad civil médica, y de un seguro voluntario, en tren de hallar una referencia que permita brindar razonable solución, se deberá ajustar la póliza de acuerdo con los límites únicos y uniformes de cobertura que se fijan para el seguro voluntario del automotor.

En consecuencia, dispone que el límite de cobertura histórico pactado entre las partes, reciba un incremento proporcional al que tuvo, entre la fecha del contrato de seguro y la del efectivo pago, el límite máximo de co-

bertura establecido por la SSN para el caso de seguro voluntario para vehículos automotores (art. 8 Resolución 766/2021 de la SSN). *“Tal será la adecuación que deberá hacerse a la suma nominal asegurada en la póliza y que deberá ser determinado en la etapa de ejecución de la sentencia”*³⁵.

Como puede observarse, la Sala I, ha anclado sus argumentos en el principio de realidad económica y propuesto un método de ajuste anudado a las variaciones en los límites de cobertura que publique la autoridad de control (Superintendencia de Seguros de la Nación), de modo de objetivar las pautas de ajuste de límites para cualquier contrato de seguro, más allá de los de automotores.

5.1.2. En la misma línea, la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, en la causa “Truckers SRL”³⁶ y en base al principio de realidad económica, decidió actualizar el tope de cobertura del seguro pactado. Tuvo en cuenta que: *“... la de-*

*cisión de la aseguradora de no pagar al momento de la ocurrencia del siniestro podría constituir un beneficio a su favor, licuando de tal manera la obligación contractual que oportunamente asumiera de mantener indemne el patrimonio del asegurado. Por lo tanto, se entiende que a la luz de los principios de buena fe, abuso del derecho y de la reparación integral, así como de la función social del seguro, **no puede desconocerse la realidad económica que rodea al caso**, siendo lógico y razonable que la cuantía deba determinarse en oportunidad de efectuarse la correspondiente liquidación en la etapa de la ejecución de la sentencia. Y esto debe ser así, ya que se incurriría en una evidente contradicción si la cobertura del seguro queda inmovilizada a la etapa de contratación de la póliza”* (el destacado no se encuentra en el original). Bajo estos lineamientos, entendió que la oponibilidad del límite de cobertura deberá ajustarse a los valores vigentes para una cobertura similar a la que es objeto del pleito, al momento del efectivo pago por parte de la aseguradora demandada.

5.1.3. La Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fe Sala II, en la causa “Fissore”³⁷ dispuso el ajuste del límite de cobertura anudado al límite vigente establecido por la Supertintendencia de Seguros de la Nación al tiempo de la sentencia para la misma clase de seguro.

5.1.4. La Sala III, de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fe actualizó el límite de cobertura, teniendo en cuenta que debían precisarse los alcances de la cobertura ajustándolos a la realidad económica imperante, en la causa “Goroso Blanca c/Centro de Emergencias Médicas”³⁸. Este pronunciamiento fue confirmado por la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe³⁹ mediante sentencia del 30/11/21. En esta oportunidad, el Máximo Tribunal Provincial sostuvo que la hermenéutica propuesta por los juzgadores se instala lisa y llanamente dentro de los límites de razonabilidad y logicidad tolerados por el ordenamiento normativo vigente, sin que se logre demostrar

en concreto un supuesto de arbitrariedad. En esta inteligencia, convalidó que el Tribunal haya concluido que no resultaría razonable ni ajustado a derecho conservar el límite nominal de cobertura plasmado en la póliza, proponiendo que el tope de cobertura histórico pactado entre las partes reciba un incremento proporcional al que tuviere entre la fecha del hecho dañoso y la del efectivo pago el límite de cobertura por muerte e incapacidad total por persona para los contratos de seguro de responsabilidad civil obligatorio que establezca la Superintendencia de Seguros de la Nación.

5.1.5. Un interesante pronunciamiento emitido por la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, analizó la cuestión en una causa en la que se cuestionaba el límite nominal de una póliza de seguro por responsabilidad profesional de un escribano en la causa “Bracalenti Roberto c/Chaine Francisco”⁴⁰. Luego de ponderar que habían transcurrido casi 20 años desde

la fecha de delimitación cuantitativa del riesgo, y los hechos generadores de responsabilidad, que por otra parte los daños se justipreciaban en tiempo actual, no era razonable ejecutar la garantía a valores nominales.

Concluyó que mantener a ultranza el límite nominal de cobertura contenido en la póliza importaría tanto como avalar una significativa deducción de los alcances del riesgo asegurado y desnaturalizar la función económico social del contrato de seguro, por efecto de la persistente depreciación de la moneda nacional en el transcurso del tiempo.

Para proceder a la recomposición del límite de cobertura, ordenó que al momento del efectivo pago, se tendría como límite máximo de cobertura el seguro de responsabilidad civil tipo o modelo que el Colegio de Escribanos de la Segunda Circunscripción de la Provincia de Santa Fe contrata para los escribanos del Registro actuantes en su ámbito territorial.

5.1.6. Por su parte, la Sala IV de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, en la causa “Lorca Agustín c/Compañía de Seguros La Mercantil Andina S.A.”⁴¹ convalidó el ajuste de cobertura dispuesto por el a quo, para la indemnización que debía abonar la aseguradora por destrucción total de un rodado. El Tribunal realizó un repaso por los precedentes jurisprudenciales, destacando que no podía prescindirse de la realidad económica que se vive en nuestro país, “caracterizada por la notoria desvalorización de nuestra moneda, merced al proceso inflacionario que se ha acelerado en los recientes años”. Postula como método adecuado para “establecer la equivalencia entre el monto histórico plasmado en el contrato y el límite que actualmente representa análoga posibilidad económica”, el utilizado por la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario en la causa “Márquez”⁴².

Como puede observarse, el hilo conductor en todos los fallos, es el

desfasaje entre el monto nominal contratado, y los importes de condena, por el transcurso del tiempo, a la luz de la realidad económica imperante, afectada por el incremento de la inflación.

5.2. La regla de la Cosa Juzgada

En el actual contexto, otro aspecto de esta problemática que ha despertado grandes interrogantes, radica en la aplicación de los mecanismos de ajuste por inflación y la afectación a la cosa juzgada, como presupuesto ineludible de la seguridad jurídica.

El interrogante es: ¿cómo juegan la regla de la cosa juzgada y la estabilidad de las decisiones jurisdiccionales, en épocas de alta inestabilidad económica?

Nuestro Máximo Tribunal Nacional, si bien se ha pronunciado sobre la cuestión, no ha delineado una línea jurisprudencial uniforme.

Como principio general, puede observarse que la Corte, ha mantenido el carácter *"inmutable e inimpugnable de la cosa juzgada"*, sosteniendo que los términos en los que queda planteada la litis, fijan la jurisdicción del magistrado, sin que puedan admitirse pronunciamientos que en la etapa ejecutiva, se aparten de los términos de sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada⁴³.

No obstante ello, a fin de resguardar el derecho de propiedad de los particulares sin cercenar la regla de la cosa juzgada, ha sostenido que: *"no obsta a la actualización monetaria el hecho de que la sentencia haya pasado en autoridad de cosa juzgada, cuando por razones atribuibles al deudor la condena no es cumplida en tiempo"*⁴⁴.

En esa misma línea de razonamiento, el Alto Tribunal Nacional expuso que: *"No son inconstitucionales las normas que sin desconocer la sustancia de una decisión judicial, sólo actualizan el monto de la condena, ya que lejos de menos-*

*cabar la autoridad de la cosa juzgada tienden a salvaguardar su justicia"*⁴⁵.

Luego, en el mismo orden de ideas, en la causa "Dagata", el Máximo Tribunal enfatizó que: *"la cosa juzgada busca fijar definitivamente no tanto el texto formal del fallo, cuanto la solución real prevista por el juzgador a través de aquél"*, y, por aplicación de tales pautas jurisprudenciales sostuvo que la aplicación inmediata de la ley 21.297, no anulaba el pronunciamiento sobre el derecho litigioso contenido en la sentencia, ni privaba a ésta de su eficacia jurídica, a poco que se repare en que tenía como objeto actualizar el monto de la condena de una manera que el legislador consideró adecuada a la realidad⁴⁶.

En base a tales consideraciones, la Corte manifestó que conspiran y destruyen la institución de la cosa juzgada, aquellas soluciones que antes de preservar la solución real prevista en el fallo, buscan amparar la literalidad de su texto, indicando que: *"La actua-*

lización del importe de la condena fijada en el fallo no compromete sino que preserva la autoridad de la cosa juzgada, pues lo que se busca fijar definitivamente no es tanto el texto formal del pronunciamiento cuando la solución real adoptada por el juez en su pronunciamiento, la cual resultaría frustrada de no efectuarse el reajuste cuando, por culpa del deudor, aquél no es cumplido a su debido tiempo" (Fallos 308:2376, con mención de fallos "Nofal" Fallos: 300:777; "Favre" Fallos: 301:104 y "Cabot" Fallos: 307:263)⁴⁷.

A distinta conclusión arribó la Corte en la causa "Asociación de Usuarios y Consumidores de la Provincia de Corrientes", en la que tuvo por vulnerada la cosa juzgada en una causa en la que se había modificado la decisión del inferior que originariamente ordenaba devolver a la actora lo facturado en exceso en tres cuotas, y, en la etapa ejecutiva, convalidó su devolución en doce cuotas. Sostuvo a su vez que el juez se había apartado de la decisión originaria, razón por la cual or-

denó revocar la sentencia impugnada y tener por configurada la *“afectación a la garantía de la cosa juzgada de rai-gambre constitucional”*. Así, afirmó que se habían desconocido resoluciones anteriores firmes en afectación de “derechos de defensa en juicio y de propiedad de la actora”⁴⁸.

En el ámbito de la Provincia de Santa Fe, la Corte Suprema local, ha resuelto planteos relacionados con reajustes de montos de condena y su incidencia en la cosa juzgada, convalidando, -en salvaguarda del artículo 17 de la Constitución Nacional-, los pedidos de actualización de créditos cuyo valor se haya visto disminuido por efectos de la depreciación monetaria, por demoras ilegítimas de quienes habían permanecido como deudores.

En concreto, la Corte local in re “Créditos Argentinos”, sostuvo que el a quo había prescindido de la jurisprudencia del más Alto Tribunal de la Nación y de la doctrina, que autorizaba el reajuste del monto de la condena por no

estar sujeto a la preclusión ni resultar conculcatorio de la regla de congruencia y de la cosa juzgada, *“ello teniendo en cuenta que el reajuste sólo importa mantener el equilibrio de las prestaciones de manera tal de conservar incólume el derecho de propiedad, máxime cuando el deudor ha sido remiso en el cumplimiento de la sentencia”*⁴⁹.

Sin perjuicio de ello, en un reciente pronunciamiento “Bangerter”, la Corte local ha considerado afectada la cosa juzgada por haber cambiado la Cámara la tasa de interés fijada por el juez de primera instancia, en razón de que el Tribunal se había excedido en el ejercicio de sus atribuciones, afectando así el principio de inmutabilidad de la sentencia, desde que había modificado una tasa de interés que se encontraba firme y consentida por las partes. En definitiva, concluyó afirmando: *“luce nítida la violación al principio de la ‘cosa juzgada’”*⁵⁰.

En suma, las pautas precedentemente expuestas conducen a concluir

que, frente a supuestos en los que el incumplimiento de la prestación de condena conculque el derecho de propiedad de los particulares, no resulta irrazonable la aplicación de mecanismos de ajuste que preserven la intangibilidad del monto de la condena, sin que ello implique -claro está- afectación de la cosa juzgada mientras no se verifique en sustancia el apartamiento de la solución real del fallo.

VI. Contornos normativos y pautas jurisprudenciales aplicables a supuestos de ajustes en las cuantías de condena

Podemos señalar que el incierto presente económico nos lleva a repensar algunos de los criterios anteriormente reseñados a la luz de precedentes jurisprudenciales y normativa vigente.

En efecto, nuestro sistema normativo contiene figuras aptas para corregir distorsiones que lleven a la aplicación de soluciones divorciadas de la realidad.

En el año 1993 se dictó la Ley 24.283 llamada de “desindexación”. Este precepto cuenta con tan solo un artículo y conserva vigencia al día de hoy: *“Art. 1: Cuando deba actualizarse el valor de una cosa o bien o cualquier otra prestación, aplicándose índices, estadísticas u otro mecanismo establecidos por acuerdos, normas o sentencias, la liquidación judicial o extrajudicial resultante no podrá establecer un valor superior al real y actual de dicha cosa o bien o prestación, al momento del pago. La presente norma será aplicable a todas las situaciones jurídicas no consolidadas”*.

Se ha expresado que dicha norma introdujo a nuestro ordenamiento jurídico la teoría del realismo económico⁵¹. El legislador tuvo por objeto morigerar las iniquidades que generaba la aplicación de índices matemáticos para créditos anteriores a la Ley de Convertibilidad. La doctrina ha sostenido, con respaldo en precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que la norma es apta no solo para morigerar importes, sino tam-

bién para elevarlos, cuando los mismos signifiquen arribar a situaciones injustas o apartadas de la realidad económica⁵².

María Clarisa Badaloni extrae cuatro principios de los precedentes jurisprudenciales del Máximo Tribunal, que a continuación sintetizamos:

- 1) No prescindir de la realidad económica al momento del fallo. En consecuencia, si se aplicasen tasas de interés que importen arribar a resultados irrazonables, el juez se estaría marginando de la realidad económica e incurriendo en un supuesto de arbitrariedad.
- 2) Si la aplicación de fórmulas matemáticas importa arribar a soluciones injustas, debe primar la realidad, que debe estar por encima de fórmulas abstractas.
- 3) Es deber de los magistrados ponderar de manera concreta el resultado al que arriba.
- 4) La demostración práctica de la desnaturalización del contenido económi-

co del crédito, lo torna irrazonable⁵³.

En resumidas cuentas, la intención del legislador de prevenir iniquidades producto de resultados desproporcionados, debe operar tanto en favor de deudores como de acreedores.

El Código Civil y Comercial de la Nación regula en el art. 771⁵⁴, la potestad de los jueces para reducir intereses, cuando el resultado que se obtenga exceda *“sin justificación y desproporcionadamente”* el costo medio del dinero. Este precepto incorpora a nuestro juicio, otra herramienta que recepta el principio de “realidad económica” en favor del deudor. Se ha afirmado en relación a esta norma que: *“... si bien la resolución que fija intereses tiene autoridad de cosa juzgada su cuantificación se puede modificar a posteriori. Ello es así por la función que cumplen los intereses en la actualidad, y, en definitiva, la modificación de la tasa de interés no afecta la cosa juzgada, debiendo entenderse provisional y – por ende – permite ello a los jueces*

adecuarlos a las condiciones económicas imperantes, si es que se han producido mutaciones de importancia"⁵⁵.

En el orden jurisprudencial, se advierte que en períodos de alta inflación o volatilidad económica, nuestros Tribunales dictaron pronunciamientos, incluso aparentemente antagónicos, tendientes a corregir las distorsiones. De este modo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa "Mieres vda de Rodríguez"⁵⁶, dispuso que el acreedor había sufrido una grave e importante reducción de un crédito como consecuencia de la hiperinflación. En cambio, en el caso "García Vázquez"⁵⁷ entendió que la aplicación de los índices de los períodos de hiperinflación más la capitalización admitida por la jurisprudencia plenaria, habían incrementado desproporcionadamente el crédito. "En ambos supuestos la Corte Suprema equilibró los excesos matemáticos y pese a la cosa juzgada compensó los resultados absurdos, retornando las prestaciones a un patrón razonable"⁵⁸.

En el ámbito local, nuestro Alto Tribunal, también ha recurrido el principio de realidad económica a fin de impedir situaciones de despojo patrimonial: "... el realismo que debe orientar el razonamiento de los jueces por un lado se traduce en la directiva de evitar conducir los procesos 'en términos estrictamente formales' y con desatención hacia los hechos que exhiben relevancia para la suerte del litigio, y se vincula por el otro, con la descalificación que merecen aquellos fallos que se apartan injustificadamente de la realidad económica del caso y no ponderan sus consecuencias patrimoniales (Fallos 318:1217 y 1346:319:351: etc.), consagrando soluciones que significan desconocer la garantía – de igual grado que la de los acreedores – que les asiste a los deudores de no ser privados ilegítimamente de su propiedad al verse obligados a afrontar – con sus patrimonios – el pago de sumas exorbitantes, para cuya percepción no existiría un título válido (arg. Fallos: 320:495; "Provincia de Santa Cruz v. Nación Argentina")"⁵⁹.

Cobran relevancia asimismo otros institutos contenidos en el Código Civil y Comercial de la Nación, como la figura del enriquecimiento sin causa⁶⁰, abuso de derecho⁶¹, preservación del derecho de propiedad⁶², reparación integral⁶³, principio de realidad económica. Estas figuras operan como la otra cara de la moneda de la facultad morigeradora contenida en el art. 771 del C.C. y C.N.

En síntesis, cuando se demuestre que por aplicación de tasas de interés o abstractas fórmulas matemáticas, se ha afectado ostensiblemente y más allá de toda razonabilidad la sustancia del derecho reconocido, o se arribe a resultados absurdos que consagren palmarias iniquidades, afectando el derecho de propiedad, tanto el deudor como el acreedor, podrán solicitar el ajuste de los importes en juego.

7. A modo de cierre

El proceso de recrudescimiento infla-

cionario ha obligado a los operadores jurídicos a repensar los alcances de la cosa juzgada, y el principio de nominalismo atenuado establecido por el Código Civil y Comercial de la Nación.

Esto significa que no obstante la facultad de los jueces para determinar tasas de interés con una clara función de recomposición del capital, si al momento de liquidar la deuda emerge que las tasas fijadas resultan insuficientes para cumplir tal función, podrá la parte interesada, formular el planteo y requerir un ajuste de dichas tasas o de las cuantías involucradas.

En esta tarea, será ineludible, ante planteos de este calibre, ponderar las circunstancias del caso, el contexto económico y social, y recurrir al menú de instrumentos contenidos en el ordenamiento jurídico, que aportarán una solución a fin de salvaguardar la justicia del caso. ■

CITAS

¹ PIZARRO, RAMÓN - VALLESPINOS, CARLOS. *“Tratado de Obligaciones”*. Rubinzal Culzoni Editores. T. I. Pág. 402 y ss. Puede consultarse en esta obra la evolución de la inflación en la Argentina desde 1810 hasta 2014. Pág. 406.

² El art. 7 de la ley N° 23.928 (publicada el 28.03.91) dispone: *“El deudor de una obligación de dar una suma determinada de australes, cumple su obligación dando el día de su vencimiento la cantidad nominalmente expresada”*. El art. 10 de dicha ley, establece la expresa prohibición de todo procedimiento o sistema de estabilización o reajuste, convencional o legal.

³ El art. 4 de la ley N° 25.561 (publicada el 07.01.02), reza: *“Modifícase el texto de los artículos... 7 y 10 de la Ley N° 23.928 y su modificatorio, que quedarán redactados del siguiente modo:...Artículo 7°.- El deudor de una obligación de dar una suma determinada de pesos cumple su obligación dando el día de su vencimiento la cantidad nominalmente expresada. En ningún caso se admitirá actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no*

mora del deudor, con las salvedades previstas en la presente ley. Quedan derogadas las disposiciones legales y reglamentarias y serán inaplicables las disposiciones contractuales o convencionales que contravinieren lo aquí dispuesto’. Artículo 10.- *Mantiénense derogadas, con efecto a partir del 1° de abril de 1991, todas las normas legales o reglamentarias que establecen o autorizan la indexación por precios, actualización monetaria, variación de costos o cualquier otra forma de repotenciación de las deudas, impuestos, precios o tarifas de los bienes, obras o servicios. Esta derogación se aplicará aun a los efectos de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, no pudiendo aplicarse ni esgrimirse ninguna cláusula legal, reglamentaria, contractual o convencional —inclusive convenios colectivos de trabajo— de fecha anterior, como causa de ajuste en las sumas de pesos que corresponda pagar”*.

⁴ VÍTOLO, DANIEL ROQUE. *“Ley de Convertibilidad y obligaciones de dar sumas de dinero”* en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Obligaciones dinerarias, Intereses, Editorial Rubinzal Culzoni, 2001- 2- pág. 291.

⁵ CASIELLO, JUAN JOSÉ - MÉNDEZ SIERRA, EDUARDO CARLOS. *“Deudas de dinero y deu-*

das de valor. Situación actual”. LA LEY 2003-E-1282. Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales. Tomo III. 01/01/2009. 199 – Cita Online AR/DOC/10653/2003.

⁶ PIZARRO RAMÓN – VALLESPINOS CARLOS, *ob. cit.*, pág. 419.

⁷ CASIELLO JUAN JOSÉ - MÉNDEZ SIERRA EDUARDO, *ob. cit.*

⁸ PIZARRO RAMÓN – VALLESPINOS CARLOS, *ob. cit.*, pág. 421.

⁹ CASIELLO JUAN JOSÉ - MÉNDEZ SIERRA EDUARDO, *ob. cit.*

¹⁰ VÍTOLO DANIEL, *ob. cit.*, pág. 296.

¹¹ Corte Suprema de Justicia Provincial de Santa Fe, “VIEYTES DE FERNÁNDEZ, JUANA c/ Provincia de Buenos Aires s/ Cobro ordinario de Alquileres”, 23.09.76. Fallos 295:973.

¹² CASIELLO JUAN JOSÉ – MÉNDEZ SIERRA EDUARDO, *ob. cit.*

¹³ BIANCHI, ALBERTO. “El caso ‘Balpala Construcciones’ un decisorio importante en materia

de depreciación monetaria” LA LEY 1990-C444, en cita 9.

¹⁴ CSJN, “Santiago Dugan Trocello S.R.L. c/ Poder Ejecutivo Nacional- Ministerio de Economía s/ Amparo”, 30.06.05. Fallos: 328:2567.

¹⁵ Ya se advertía en el año 1991: “... en el contexto de una economía relativamente estable, y aun en presencia de una inflación menor que de ninguna manera desquicie las bases del orden contractual económico, pueden admitirse las nuevas disposiciones normativas que o bien no lesionan derechos de los particulares garantizados por la Constitución, o si en alguna medida afectan su ejercicio, ese mínimo agravio se estimará como un sacrificio o aporte debido por los particulares al bien común. Pero si lamentablemente la economía de la Argentina... vuelve a caer en el desorden monetario y en la aguda inflación, pues entonces estas disposiciones normativas se descalifican como gravemente inconstitucionales”. (CASIELLO – MÉNDEZ SIERRA *ob. cit.* con cita a su anterior artículo publicado en: “Convertibilidad del austral” dirigido por MOISSET DE ESPANÉS, Editorial Zavallía.

¹⁶ CSJN, “Candy S.A. c/ AFIP y otro s/ Acción de Amparo”, 03.07.09. Fallos: 332:1571.

¹⁷ CSJN, “MASSOLO, ALBERTO JOSÉ c/ Transporte del Tejar S.A.”, sentencia del 20.04.10. Fallos: 333:447.

¹⁸ Entre otros argumentos, la Corte sostuvo: “... las disposiciones de las leyes 23.928 y 25.561, son de orden público y no pueden ser modificadas por la voluntad de los contratantes, más allá de su indudable naturaleza federal (conf. Fallos: 315:1209, 316:2604; 317:604; 319:3241; 320:2786 y 328:2567). 11) Que determinada la aplicación al caso de la prohibición de indexar que invalidaría la cláusula en la que se funda el reclamo, corresponde a esta Corte Suprema efectuar el control de razonabilidad del citado art. 4 de la Ley 25.561, ... 12) Que dicho examen debe efectuarse sobre la base de que la declaración de inconstitucionalidad configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado como última ratio del orden jurídico, por lo que requiere inexcusablemente la demostración del agravio en el caso concreto ... 13) Que la ventaja, acierto o desacierto de la medida legislativa ... escapa al control de constitucionalidad pues la conveniencia del criterio elegido por el legislador no y está sujeta a revisión judicial

... y la Corte Suprema ha sostenido que los arts. 7 y 10 de la ley 23.928 constituyen una decisión clara y terminante del Congreso Nacional de 'Hacer sellar la moneda, fijar su valor y el de las extranjeras'...".

¹⁹ Ariza, Ariel. "Senderos del Nominalismo". LA LEY 21.20.10. LL 2010-F-635.

²⁰ NICOLAU, NOEMÍ L. "Las Cláusulas Prohibitivas de Indexación: Un fallo de la Corte Suprema y dos cuestiones". 25/10/10. LA LEY 2010-F, 38. TR LALEY AR/DOC/7209/2010.

²¹ Voto del DR. ENRIQUE PETRACCHI en la causa "Massolo" citada, considerando 19.

²² Voto del DR. ENRIQUE PETRACCHI en la causa "Massolo" citada, considerando 20.

²³ CSJSF, "Municipalidad de Santa Fe c/ BERGAGNA, EDUARDO - Apremio Fiscal- s/ Recuso de Inconstitucionalidad", 01.08.17. A. y S. T. 276, pág. 294.

²⁴ CSJN, "BONET, PATRICIA GABRIELA c/ Experta Aseguradora de Riesgo de Trabajo S.A. y otros s/ Accidente-Acción Civil". 26.02.19. Fallos: 342:162.

²⁵ CSJN, "GARCÍA, JAVIER OMAR c/ UGOFE S.A. y otros s/ Daños y Perjuicios", 07.03.23. Fallos: 346:143.

²⁶ OSSOLA, FEDERICO. "Los intereses moratorios en el fallo 'García' de la Corte Suprema. Una respuesta y varios interrogantes". 28.03.23, 4. TR LA LEY AR/DOC/637/2023.

²⁷ El art.768 inc. c) del Código Civil y Comercial de la Nación, establece: "A partir de su mora el deudor debe los intereses correspondientes. La tasa se determina: a) por lo que acuerden las partes; b) por lo que dispongan las leyes especiales; c) en subsidio, por tasas que se fijen según las reglamentaciones del Banco Central".

²⁸ XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Universidad de Bahía Blanca. Año 2015.

²⁹ OSSOLA, FEDERICO. *ob. Cit.*

³⁰ Cámara Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, Sala I, MÁRQUEZ, MARÍA DEL CARMEN C/ALBERDI AITOR Y O. Acuerdo Nro. 349 del 16/12/22.

³¹ CSJN, 08/04/2014 BUFFONI OSVALDO C/ CASTRO RAMIRO, Fallos 337:329.

³² CSJN, 06/06/2017 FLORES LORENA C/GIMÉNEZ MARCELINO, Fallos 340:765.

³³ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fe, Sala II, LÓPEZ ALCIDES, Acuerdo Nro. 54 del 07/05/2020.

³⁴ Ello así si se repara en la obligación de las aseguradoras a constituir reservas técnicas y de siniestros pendientes (art. 33 de la ley 20.091), y que dichas reservas no computan la suma asegurada histórica de cada contrato, sino que se efectivizan teniendo en consideración los montos comprometidos en el litigio que, a su vez, se actualizan según las pautas que establece minuciosamente el órgano de control. Concluye que la obligación de provisionar los siniestros de modo actualizado, permite relativizar los argumentos que avizoran un posible desequilibrio en la ecuación económica del contrato de seguro y el consecuente impacto en el mercado asegurador (CCCR Sala I MÁRQUEZ *cit.*).

³⁵ Reflexiona que: "el ajuste propuesto tiene la virtud de no desquiciar la necesaria previsibilidad del método estadístico en cuanto relevamiento mensurado de hechos humanos y naturales...

la determinación anticipada del costo que afronta cada integrante de la mutualidad queda garantizada desde el momento en que la flexibilización del límite de la cobertura estaría ligado a las pautas de actualización de límites de cobertura que determina el propio sistema asegurador”. De este modo, procura una hermenéutica que: “... asegure el cumplimiento de los propósitos perseguidos en el contrato de seguro... de lo contrario se estaría creando en el espíritu de tomador la falsa creencia de una garantía inexistente... permitir que a la postre el efecto degradatorio del proceso inflacionario licue el contenido económico real de la cobertura contratada implica lesionar la confianza suscitada en el tomador del seguro respecto al alcance de la obligación de indemnidad asumida por el asegurador”. (CCCR Sala I, MÁRQUEZ, cit.).

³⁶ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, Sala II, en la causa “Truckers SRL c/La Segunda Coop. Ltda.”, Acuerdo Nro. 62 del 06/04/2021 y posterior aclaratoria según auto N° 80 del 29/04/21.

³⁷ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fe, Sala II, en la causa “Fissore c/Gauna”, Acuerdo Nro. 139 del 07/08/2019.

³⁸ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fe, Sala III, en la causa “Goroso Blanca c/Centro de Emergencias Médicas”, Acuerdo Nro. 44 del 26/03/2021.

³⁹ CSJSF A. y S. T. 313 p. 326/333 del 30/11/21.

⁴⁰ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, Sala III, en la causa “Bracalenti, Roberto c/Chaine Francisco y Otros”, Acuerdo N° 454 del 28.12.22.

⁴¹ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, Sala IV, en la causa “Lorca Agustín c/Compañía de Seguros La Mercantil Andina SA”. Acuerdo N° 107 del 04.04.23.

⁴² En esta tarea, difiere al momento de ejecución de sentencia la redeterminación del límite de cobertura, aplicando a tal fin a la tasa que fija la Superintendencia de Seguros de la Nación para la actualización de pasivos, que surge del promedio ponderado entre las variaciones mensuales del índice IPC (índices de precios al consumidor) y la tasa activa cartera general nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina y la tasa pasiva del Banco

Central de la República Argentina. Dicha tasa, refiere, es informada en forma mensual por el órgano de control a las entidades aseguradoras y reaseguradoras y se aplica para la actualización de demandas a los fines de las reservas de siniestros, por lo que entiende, no se verá alterada la ecuación económica contractual.

⁴³ CSJN, CHAMORRO, MANUEL c/ S.R.L. ALFREDO GUZMÁN, 1968. Fallos: 270:248.

⁴⁴ CSJN, CASAS, ELÍAS MARIO c/ CONSORCIO EDIFICIO LAVIANO, 1982. Fallos: 304:521.

⁴⁵ CSJN, CAMUSSO, AMALIA VDA. DE MARIANO c/ S.A. PERKINS, Fallos: 294:434 y “Caja de Subsidios Familiares para Empleados de Comercio c/ Alfredo Alterini e Hijos S.A.C.I.F.”, 11.08.77. Fallos: 298:458.

⁴⁶ CSJN, DAGATA, JOSÉ BLAS c/ Compañía Colectiva Costera Criolla S.A., 23.08.77. Fallos: 298:522.

⁴⁷ CSJN, TRORSI, ROBERTO c/ ERNESTO CARENZIO y otros. 1986. Fallos: 308:2376 con citas: NOFAL, OSVALDO G. c/ SAÑUDO HUGO s/ Daños y Perjuicios, 11.07.78. Fallos: 300:777;

FAVRE, ELEA NELLY C/ CARETTI DE ROBERTS, CLARA E. y otra, 15.02.79. Fallos: 301:104; y “Cabot Argentina S.A. c/ Automación Aplicada S.A.”. 1985. Fallos: 307:263.

⁴⁸ CSJN, “Asociación de Usuarios y Consumidores de la Provincia de Corrientes c/ Dirección Provincial de Energía de Corrientes y Estado de la Provincia de Corrientes s/ Amparo”, 27.09.22. Fallos: 345:1037.

⁴⁹ Corte Suprema de Justicia Provincial de Santa Fe, “Créditos Argentinos S.A.F.I. c/ Avile, María y Otros s/ Recuso de Inconstitucionalidad”, 15.04.1998. A. y S. T. 146, pág. 154.

⁵⁰ CSJSF, BANGERTER, LILIAN ELIZABETH c/ Municipalidad de Santa Fe s/ Recuso de Inconstitucionalidad. 12.02.19, A. y S. T. 288, pág. 87.

⁵¹ Badaloni María Clarisa, “Alcances y limitaciones de la ley 24.283 y necesidad de reforma del art. 26 LCT. Aplicación y vigencia de la teoría del realismo económico”, La Ley AR/DOC/3267/2022.

⁵² BADALONI MARÍA CLARISA, *ob cit.* Indica que el Máximo Tribunal nacional ha aplica-

do el precepto tanto para disminuir valores como para elevarlos. Cita al fallo “Bolaño” (fallos 318:2012), en el que se declaró aplicable la norma en el marco de créditos laborales. Asimismo, acota que en el fallo “Maldonado” (Fallos 315:672) el Alto Tribunal: “incrementa un crédito laboral cuantificado de manera insuficiente porque hubo un apartamiento de la realidad económica. Consideró que ello menoscaba la verdad jurídica objetiva, el derecho de propiedad y la defensa en juicio”. También refiere a precedentes de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires: “La Corte bonaerense considera que el criterio del realismo económico tuvo amplia recepción en la legislación vigente y en la doctrina jurisprudencial imperante. Para ello cita arts. 1° de la Ley 24.283, 8° dec. 214/2002, 11 de la Ley 25.561 – texto según ley 25.820 – CSJN Fallos 316:1972, 317:836, 317:989, 319:2420”.

⁵³ BADALONI MARÍA CLARISA, *ob cit.*

⁵⁴ El art. 771 del Código Civil y Comercial de la Nación, prevé que: “Los jueces pueden reducir los intereses cuando la tasa fijada o el resultado que provoque la capitalización de intereses excede, sin justificación y desproporcionadamente, el costo medio del dinero para deudores y ope-

raciones similares en el lugar donde se contrajo la obligación. Los intereses pagados en exceso se imputan al capital y, una vez extinguido éste, pueden ser repetidos”.

⁵⁵ “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”. Editorial Rubinzal Culzoni. Director LORENZETTI RICARDO. Tomo V, pág. 150 y 153.

⁵⁶ CSJN, MIERES VDA. DE RODRÍGUEZ, ROBERTS C/AMEGHINO 20/10/92 ED 152-183.

⁵⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación GARCÍA VÁZQUEZ, 22/12/92. ED 144-141.

⁵⁸ RIBERA, CARLOS ENRIQUE. “Ámbito de Aplicación de la Ley 24.283”. Revista de Derecho Privado y Cambiario. “Obligaciones Dineras. Intereses” 2001-2002. Editorial Rubinzal Culzoni. Pág. 337.

⁵⁹ CSJSF, JOSÉ COSTANTINI S.A., del 22/04/14, A y S T. 256 p. 374.

⁶⁰ Enriquecimiento sin causa, art. 1794 del CCyCN: “Caracterización. Toda persona que sin una causa lícita se enriquezca a expensas de otro,

está obligada, en la medida de su beneficio, a resarcir el detrimento patrimonial del empobrecido”.

⁶¹ Abuso de derecho, art. 10 CCyCN: “Abuso de derecho. El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de situación jurídica abusiva, y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización”.

⁶² Derecho de propiedad (art. 17 CN): “La propiedad es inviolable y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley...”.

⁶³ Reparación Integral. Art. 1740 CCC: “Reparación plena: La reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie...”. Este principio ya había sido admitido jurisprudencialmente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “SANTA COLOMA LUIS c/Empresa Ferrocarriles Argentinos”, del 05/08/1986, Fallos 308:1160, al entender que el art. 19 de la Constitución Nacional prohíbe a las personas perjudicar derechos de terceros. Esa prohibición de no dañar a otro, hace surgir la obligación de indemnizar el menoscabo causado, para lo cual debe otorgarse una reparación plena.

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA

- GUASTAVINO, ELÍAS P. “Recurso extraordinario de inconstitucionalidad, Tomo 2, págs. 651 y siguientes, La Rocca, Buenos Aires, 1992.
- COSSARI, MAXIMILANO N. G. “¿Cuál es la tasa de interés moratorio que corresponde aplicar en un caso de daños y perjuicios?”. 13.04.23, 8. TR LA LEY AR/DOC/784/2023.
- CANTISANO, FEDERICO-MARTÍN, JOSÉ LUIS. “El ajuste por inflación y la violación al principio de igualdad tributaria”. 18° Simposio sobre Legislación Tributaria Argentina. 2016.

- CSJN, ALANCAY, IRMA G. y otros c/ ROMEO FABIÁN R. y otros. 1989. Fallos 312:751.

- Plenario de la Cámara Nacional en lo Civil, SAMUDIO DE MARTÍNEZ, LADISLAA c/ Transporte Doscientos Setenta S.A.. 20.04.09.

- CSJN, “Santa Fe, Provincia de c/ Estado Nacional s/ Acción Declarativa de Inconstitucionalidad”, 07.12.21. Fallos: 344:3618.

- CSJSF, OLIVERA, DANIEL AUGUSTO c/ Provincia de Santa Fe s/ Cobro de Pesos – Rubros Laborales s/ Recurso de Inconstitucionalidad, 27.10.20, A. y S. T. 301, pág. 493.

- Cámara Civil y Comercial de Rosario, Sala II integrada, JALJAL, MÓNICA A. y otros s/ Declaratoria de Herederos. 05.04.22. N° 84.

- Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Editorial La Ley, Directores Rivera – Medina.

- Tratado de Derecho Civil y Comercial, 2° Edición, Director: ANDRÉS SÁNCHEZ HERRERO, Editorial La Ley.

Reflexiones en torno del imperio de la prohibición de indexar en el contexto económico actual

myf

132

A portrait of Dr. Eduardo Carlos Méndez Sierra, a middle-aged man with a mustache, wearing a grey suit, light blue shirt, and red patterned tie. The background is a blurred indoor setting. An orange vertical bar is on the left side of the page.

myf

133

Dr. Eduardo Carlos **Méndez Sierra**

*Profesor titular ordinario de Obligaciones de la Facultad
de Derecho y Ciencias Sociales de Rosario (P.U.C.A.)*

I. Introducción

El *nominalismo*, preferible en un plano de pura ortodoxia jurídica, sin embargo puede funcionar sin roces y sin injusticias sólo cuando los valores económicos del dinero –particularmente su *valor de curso* o poder adquisitivo– se mantienen más o menos constantes a través del tiempo, y no si se desencadena un proceso sostenido de depreciación monetaria, y menos si éste resulta agudo. Pero muy particularmente, la adopción del principio nominalista con carácter *absoluto*, como ha sido el consagrado por la ley 23.928 (arts. 7 y 10 en especial), luego de la salida de la convertibilidad dispuesta por la ley 25.561 y frente a la progresiva acentuación del proceso inflacionario en los últimos tiempos, ha devenido en una solución legal cuya conveniencia es discutible.

De todos modos, los arts. 7 y 10 de la ley 23.928 están vigentes. Y a la luz de las experiencias pasadas, pese a que ha sido puesto en tela de juicio más de una vez que los mecanismos indexatorios sean en verdad estímulo

de la inflación¹, consideramos que aunque no pueda imputárseles ser la causa de la misma, la generalización de las actualizaciones automáticas por vía de índices puede contribuir inercialmente en el proceso. Pareciera entonces no ser injustificado juzgar que la indexación de toda la economía potenciaría la inflación, lo que impone ser muy cautelosos al momento de definir un cambio de rumbo.

Bajo estas premisas en el presente intentaremos compartir reflexiones tendientes a la búsqueda de senderos que procuren el resguardo del valor original y real de la prestación cuando su objeto es, propiamente o como sustituto, el dinero; y asimismo el resarcimiento del daño moratorio por no haberla cumplido en tiempo. Claro está, este análisis supone situaciones en que el juez debe dictar su sentencia en un proceso en que las partes no han establecido antes del litigio instrumentos de protección contra la inflación compatibles con los arts. 7 y 10 de la ley 23.928 –verbigracia, intereses capitalizables conforme el art. 770 inc. a) C.C. y C.–, y tampoco es el caso

de aplicación de los “remedios heroicos”, como la teoría de la imprevisión o la doctrina del abuso del derecho.

II. las obligaciones de dar dinero entre la ley 23.928 y las alteraciones de la moneda

1. El criterio de la C.S.J.N. con posterioridad a la ley 25.561

Comenzaremos por la cuestión de las deudas de dinero, donde impera el régimen dispuesto por los arts. 7 y 10 de la ley 23.928 según el art. 4° de la ley 25.561. Como sabemos, con posterioridad a la salida de la convertibilidad la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha ratificado su constitucionalidad. El máximo Tribunal, que había ya anticipado de alguna manera su criterio en causas anteriores², se ha expedido categóricamente al respecto en la causa “Massolo, Alberto José c. Transporte del Tejar S.A.” (20/04/2010)³, postura que luego ha reiterado hasta el presente⁴.

La posición de la Corte adoptada en “Massolo...”, en general, no fue aco-

gida favorablemente en el seno de la comunidad jurídica⁵. Por nuestra parte, en su momento señalábamos que por ese entonces el régimen legal no parecía que pudiera ser tildado de irrazonable, pero advertíamos que la posibilidad de que siguiera aprobando el test de *razonabilidad* dependía de cómo evolucionasen las circunstancias económicas, pues si el fenómeno inflacionario se agudizaba, inevitablemente dejaría de hacerlo⁶. Cuando lo decíamos la inflación oscilaba el 25% y en el año 2016 no llegó al 35%; mientras que este año superará probablemente con creces el 100%...; un escenario que es notablemente distinto y que pone en crisis cualquier decisión sobre la constitucionalidad de estas normas.

No obstante, no puede soslayarse que los fallos de la C.S.J.N. interpretan en última instancia la Constitución Nacional y por tanto el precedente "Massollo" proyecta su trascendencia en el régimen vigente de las deudas de dinero.

No hay dudas acerca de las perturbaciones que se derivan del imperio

de las disposiciones de los arts. 7 y 10 de la ley 23.928 en este escenario de agudización del proceso inflacionario, no sólo en la vida comercial sino para la tarea de impartir justicia en los procesos judiciales.- Pero en las actuales circunstancias y ante el criterio hasta ahora mantenido por el máximo tribunal, la declaración de inconstitucionalidad de estas normas federales y de orden público es asunto problemático.

2. Los condicionamientos de una declaración de inconstitucionalidad de la ley

La dificultad no radica en la posibilidad de la inconstitucionalidad sobreviniente.- La Corte en diversos precedentes ha invalidado constitucionalmente normas consideradas legítimas en su origen, pero que luego dejaron de serlo con el transcurso del tiempo ante el cambio de las circunstancias objetivas relacionadas con ellas. Haciéndolo en algunos casos en función del paso del tiempo y el proceso de inflación⁷. Sin embargo, sabido es que dicho acto trasunta suma gravedad institucional, debe ser

considerado la última ratio del orden jurídico y solo debe ejercerse cuando la repugnancia con la cláusula constitucional es manifiesta y de incompatibilidad inconciliable⁸.

Lo antedicho implica la exigencia de la demostración y prueba de la manera en que la ley en cuestión contraría la Constitución Nacional en el caso concreto y causa con ello un gravamen, pues no corresponde un pronunciamiento en abstracto acerca de la constitucionalidad⁹. Además, tal grave declaración sólo procede cuando un acabado examen conduce a una convicción cierta de que su aplicación conculca el derecho constitucional invocada de manera clara, indubitable, notoria, concreta y manifiesta¹⁰. Y sólo debe recurrirse a la misma cuando una estricta necesidad lo requiera y no exista la posibilidad de una solución adecuada del juicio por otro medio, al que cabe acudir en primer lugar¹¹.

Estos condicionamientos no pueden soslayarse por el juez al momento de decidir en un proceso si los arts. 7 y 10 de la ley 23.928 (texto ley 25.561) de-

ben ser declarados inconstitucionales, quien debe tener presente al hacerlo que su control no incluye el examen de la conveniencia o acierto del criterio adoptado por el legislador¹².

Ciertamente, las diversas excepciones que hoy existen a dichas disposiciones prohibitivas -como la ley 27.271, el art. 5 del DNU 146/2017, la ley 27.551 de locaciones, entre otras-, plantean la inquietud acerca de la posible violación de la garantía del art. 16 C.N., la cual implica la igualdad de tratamiento para casos idénticos o razonablemente similares o asimilables entre sí. Sin embargo, ha dicho la C.S.J.N. dicha garantía no obsta que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considere diferentes. Y en consonancia, se le atribuye un amplio margen para distinguir y clasificar los objetos de la reglamentación en la medida en que las distinciones se basen en motivos objetivos y razonables¹³; y ello, aunque su fundamento sea opinable¹⁴. Lo que conduce al intrincado terreno del cuestionamiento de la razonabilidad del medio utilizado por el legislador

en procura de evitar acelerar las alzas generalizadas de precios, y de la insuficiencia de razones objetivas que sustenten el tratamiento diferenciado recibido por las excepciones, frente a las cuales no se justifique el mantenimiento de la prohibición general.

Por otro lado, si bien están en juego los derechos de propiedad y a obtener una reparación plena e integral, ambos de rango constitucional (arts. 17 y 19 C.N.), no creemos que puedan servir, sin más, las consideraciones que en su momento fueron fundamento de los célebres precedentes de 1976 "Camusso Vda. de Marino"¹⁵, "Vieytes de Fernández"¹⁶ y "Valdes"¹⁷ para afianzar la procedencia del reajuste por desvalorización monetaria.- Debe tenerse en cuenta que cuando la Corte Nacional dictó estos y muchos otros fallos en igual sentido en defensa del derecho de propiedad, el legislador no había sancionado la categórica solución de los arts. 7 y 10 de la ley 23.928. Al contrario, aunque nuestro ordenamiento jurídico adscribía al nominalismo según era admitido mayoritariamente, no incluía

una prohibición legal expresa como la que dispuso el Congreso Nacional en 1991¹⁸. Ahora, en cambio, el control constitucional debe dirigirse hacia una ley federal de orden público que opera como valladar.

Por otra parte, en lo que respecta al principio de la reparación plena, ha advertido la Corte en "Aquino" que no todo régimen legal limitativo de la reparación por daños merece censura constitucional, sino que la validez constitucional de cualquier regulación depende de su razonabilidad¹⁹.

En suma, lo que el legislador no puede es alterar la sustancia o esencia de los derechos constitucionales, y esto debe demostrarse que sucedería inevitablemente en el caso concreto sin la declaración de inconstitucionalidad de aquel valladar.

No sería por tanto un fundamento válido para apartarse de lo dispuesto en los arts. 7 y 10 ley 23.928 la mera referencia a la variación del índice de precios o al cambio de las condiciones económico financieras, por

tratarse de expresiones demasiado genéricas que carecen de entidad suficiente para conferir debido sustento a un tacha de inconstitucionalidad²⁰. Como tampoco la aserción de que el proceso inflacionario produjo la licuación del crédito del peticionante, sin proveer ningún elemento en respaldo del aserto²¹. Por el contrario, debe demostrarse que en el caso concreto cualquier mecanismo alternativo a la prohibición de tales normas legales resulta absolutamente insuficiente, tanto para impedir la degradación del valor económico original de la prestación dineraria como para resarcir el daño moratorio derivado del incumplimiento de la misma. De manera tal de que se evidencie que la aplicación de estas normas en el caso provoca una afectación de los derechos constitucionales de tal magnitud que sustente la declaración de inconstitucionalidad²².

Esto nos conduce al examen acerca de la existencia de caminos alternativos a la necesidad de recurrir a una problemática declaración de inconstitucionalidad.

3. Los intereses y su capitalización como posible camino alternativo

Indudablemente, la condena al pago de intereses moratorios ha constituido una vía indirecta de recomposición del capital además de su función de reparación del daño por la mora en el pago de la suma de dinero, en particular luego de la salida de la convertibilidad, aceptada implícitamente por la ley 23.928.- Además, hasta la entrada en vigencia del C.C. y C.N. no existieron dudas de que el anterior art. 622 del C.C. defería a los jueces la determinación de su tasa en defecto del pacto de partes y de una disposición legal específica, lo que les ha otorgado un espacio de razonable discreción en función de las circunstancias, sobre todo económicas. Pero la confusa fórmula legal del inc. c) del art. 768 del nuevo código al establecer que la tasa se determina, en subsidio, *“por tasas que se fijen según las reglamentaciones del Banco Central”*, seguido de la postura que ha adoptado la C.S.J.N. en recientes fallos²³, han trastocado la situación. Y con ello han sumado un factor que incide en los trastornos derivados

de la vigencia de los arts. 7 y 10 de la ley 23.928 en el contexto actual. Ya que parecieran encaminados a restringir el espacio de razonable discreción de los jueces para fijar la tasa en función de las circunstancias.

De todos modos, cualquiera sea la interpretación del inc. c) del art. 768, lo que mayormente dificulta la búsqueda de soluciones que resguarden la prestación de dinero frente al proceso inflacionario y le concedan reparación adecuada del daño moratorio, es la conjunción de la prohibición de la ley federal 23.928 y la proveniente de las restricciones al anatocismo existentes.

En efecto, la capitalización de los intereses guarda una *sustancial semejanza* con determinados procedimientos indexatorios²⁴, lo que permite alcanzar con la misma efectos análogos a la aplicación al capital de índices de depreciación monetaria en orden al resguardo de su entidad económica. Por el contrario, como bien señalaba Casiello, *“en épocas de inflación aguda, y aun aplicándose altas tasas de interés, si no se capitalizan los intereses que*

se van devengando no se logra siquiera mantener estable el valor real de la prestación dineraria debida”²⁵.

Un posible camino alternativo al cuestionamiento de la aplicabilidad de la ley 23.928 en función de su constitucionalidad es, entonces, la capitalización de los intereses moratorios dentro de lo que permite el régimen restrictivo del anatocismo imperante, lo que no entra en contradicción con aquella ley. Y tal es la vía que ya se ha emprendido por parte de la judicatura.- Valiéndose, a tal efecto, de una interpretación posible del art. 770 inc. b) C.C. y C.

Esta norma, que autoriza la capitalización cuando la obligación se demande judicialmente, expresa literalmente que en este caso *“la acumulación opera desde la fecha de la notificación de la demanda”*. La doctrina ha señalado lo problemático de su interpretación, pues la expresión “desde” la fecha de la notificación de la demanda y no “hasta” allí puede conducir a pensar que es a partir de dicha notificación que se comienzan a capitalizar periódicamente los intereses que se deven-

guen con posterioridad²⁶. Y tal criterio ha sido adoptado en lo jurisprudencial. Así lo ha hecho la Cámara Nacional en lo Comercial Sala F²⁷, que ha resuelto la capitalización de los intereses desde la notificación de la demanda con una periodicidad de 6 meses, aplicando lo previsto en el inc. a) del art. 770 al supuesto del inc. b). Igualmente la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo²⁸ y la Cámara de Apelación en lo Laboral de Rosario²⁹ han seguido esta orientación, disponiendo estas últimas la capitalización anual desde la fecha de la notificación de la demanda. E incluso parece admitirla la propia Corte Suprema de Justicia de la Provincia, conforme se desprende de su pronunciamiento en la causa “Olivera”³⁰.

A nuestro juicio, en puridad, según el inc.) del art. 770 C.C. y C. la capitalización –acumulación de los intereses al capital- opera a partir de la notificación de la demanda, y de allí en adelante no hay más capitalización por imperio de dicha norma; ya que tal es la inteligencia correcta de la expresión *“la acumulación opera desde la fecha de la notificación de la de-*

manda”³¹. No obstante, atento que los términos de la fórmula legal son en cierto modo equívocos, resulta admisible otorgarle la otra interpretación, que según hemos visto ha tenido acogida en lo jurisprudencial.- Y frente al dilema que se presenta con la prohibición de indexar de la ley 23.928, esta otra interpretación de la norma se muestra como una vía alternativa adecuada en estas circunstancias de agudización del proceso inflacionario.

El inc. b) del art. 770 es una norma de derecho común, y es una interpretación posible de la misma el sostener fundadamente que a partir de la notificación de la demanda se capitalizan periódicamente los intereses a devengarse con posterioridad, interpretación que si bien no compartimos, al margen de su acierto o error, es sustento suficiente de la decisión del juez y la ponen a resguardo de la tacha de arbitrariedad. Por tanto, resulta una vía válida para eludir la necesidad de declarar la inconstitucionalidad ley 23.928, ley federal que involucraría ineludiblemente la decisión de la Corte Nacional acerca de su aplicabilidad e

inteligencia, camino cuyas dificultades hemos memorado.- Y a su través, mediante una tasa bancaria apropiada y una capitalización del interés semestral, puede suplirse de modo significativo el impedimento de los arts. 7 y 10 de la llamada ley de convertibilidad.

4. Ajustes de la deuda que no impliquen indexación

Otro posible medio alternativo, por cierto circunscripto a situaciones en que pueda relacionarse directamente la obligación de dinero con bienes vinculados al contrato, sería practicar en la sentencia un ajuste de la deuda no en función de índices, sino determinado por el juez en el caso, con relación a la economía del negocio. Hecho lo cual cabría la aplicación de un interés puro desde la mora hasta ese momento y de ahí en adelante una tasa bancaria apropiada, capitalizando los intereses así fijados semestralmente desde la notificación de la demanda, de acuerdo a lo analizado en el punto anterior.

Por ejemplo, en materia de responsabilidad de aseguradoras por no cubrir en tiempo con la cobertura de segu-

ros de automotores, donde lo debido es una obligación de dar una suma de dinero³², de haber sido planteado y posibilitada su controversia, el juez al dictar sentencia podría ajustar el monto del capital en función del valor de la suma asegurada existente a ese momento para asegurar automóviles semejantes al siniestrado.

Al respecto cabe advertir que el impedimento de la ley 23.928 puede válidamente entenderse que está dirigido a impedir el uso de procedimientos automáticos de actualización o mecanismos de repotenciación de los créditos por medio de índices.- Lo prohibido genéricamente es la "indexación" por sus consecuencias, lo que no alcanzaría a una recomposición del capital dinerario que se vincule directamente con los valores económicos del contrato en particular³³. En tal sentido, la Corte ha dicho que *"la prohibición de indexar impuesta [...] procura evitar que el alza de los precios relativos correspondientes a cada uno de los sectores de la economía, al reflejarse de manera inmediata en el índice general utilizado al mismo tiempo como*

*referencia para reajustar los precios y salarios de cada uno de los demás sectores, contribuya de manera inercial a acelerar las alzas generalizadas de precios. Por tal motivo, la recomposición de la pérdida del valor adquisitivo ha de darse sector por sector y caso por caso"*³⁴.

No obstante lo antedicho, este procedimiento suma a sus limitaciones propias la circunstancia de poner en juego la interpretación de normas federales, cuya inteligencia correspondería en última instancia a la C.S.J.N. con independencia de un planteo de arbitrariedad.

III. Las deudas de valor ante la vigencia de la ley 23.928

1.- Situación de las deudas de valor

Las deudas de valor quedan al margen de las disposiciones de los arts. 7 y 10 de la ley 23.928 hasta el momento de su liquidación³⁵. El mismo art. 772 C.C. y C. lo corrobora al regularlas, contemplándolas como una categoría distinta de la obligación de dar dinero. En consecuencia, hasta

el momento de su determinación, las deudas de valor son susceptibles de experimentar los ajustes pertinentes, que permitan una adecuada estimación del valor adeudado.

No obstante, una vez que el valor es cuantificado en dinero, de ahí en más las mismas se rigen por las normas de las obligaciones de dar sumas de dinero, lo que implica que con posterioridad a dicho momento se plantea idéntico problema al analizado en los puntos anteriores. Lo que conduce a discurrir acerca de posibles mecanismos tendientes a preservar esa cuantificación de la pérdida del poder adquisitivo del dinero.

2. Los intereses y su capitalización en resguardo de la condena

Una vía factible sería la que hemos examinado anteriormente. Esto es, mediante la aplicación de un interés puro desde la mora hasta el momento de la cuantificación y luego una tasa bancaria apropiada, y todo con una capitalización del interés semestral dispuesta desde la fecha de la notificación de la demanda³⁶.

3. Expresión de la cuantificación en “pesos oro”

Otro camino ha sido al que ha recurrido recientemente un tribunal bonaerense: la utilización del “peso oro” de la ley 1130 a los efectos de cuantificar la deuda de valor. El mismo, al resolver una demanda de daños y perjuicios por incumplimiento contractual, ha considerado que nuestro derecho positivo cuenta con tal herramienta legal y que esta trae una justa y equitativa solución al problema de la desvalorización de la moneda, y en consecuencia ha decidido liquidar los rubros condenados en una determinada cantidad de “pesos argentinos oro”³⁷, los cuales deberán ser convertidos a la otra moneda de curso legal vigente y de uso forzoso al momento de su efectivo pago, esto es el peso (\$), a la cotización realizada por el Banco Central de la República Argentina, con más un interés del 6% anual desde la mora³⁸.

Este procedimiento tiene apoyatura en la indudable vigencia de la ley 1130, de 1881, que estableciera como *unidad monetaria argentina* el “peso oro”, moneda de 1 gramo 6129 diez milési-

mos de gramo y título de 900 milésimos de fino; previéndose la acuñación de monedas de oro con un valor de cinco pesos (argentino) y dos pesos y medio (medio argentino) (arts. 1 y 2); ley que no ha sido derogada, aunque no circulen los argentinos y medios argentinos oro. Y mantiene su importancia ya que el “argentino oro” es utilizado como moneda de cuenta por otras leyes para fijar techos o topes indemnizatorios, y así el Código Aero-náutico (ley 17.825) y la Ley de la Navegación (ley 20.094) fijan en argentinos oro el límite de la responsabilidad del transportador por daños. Y por decreto 75 del 10 de enero de 1976 se ordenó que antes de la finalización de cada trimestre, el Banco Central de la República Argentina fije la cotización del “argentino oro” a los fines de las indemnizaciones previstas en dichos ordenamientos; la que regirá durante el trimestre subsiguiente (art. 1°). Lo cual hace con sustento en un procedimiento que permite calcular el precio del oro del “argentino oro” sobre la base de datos disponibles de la cotización de dicho metal en las plazas de Londres, Nueva York y París (art. 2°).

No obstante, esta solución no está exenta de algunas observaciones. La primera es, obviando los alcances antes indicados de la cotización del argentino oro que realiza el Banco Central de la República Argentina, que la misma se realiza trimestralmente, al fin de un trimestre para regir en el subsiguiente y en pesos moneda papel. Lo que implica que el valor determinado puede conducir a distorsiones en relación al valor de la deuda que se intenta cuantificar.

Por otra parte, aunque la ley 1.130 no fue derogada por la ley 23.928, ni tampoco por la ley 25.561 ni ninguna otra, inclusive la que sancionara el nuevo Código Civil y Comercial, podría considerarse que la utilización del “peso oro” o el “argentino oro” para mantener el valor de la deuda entra en colisión con la prohibición de indexar de los arts. 7 y 10 de la ley 23.928. Antes de su vigencia no existía tal impedimento, y en los hechos el peso oro habitualmente era usado como cláusula de estabilización de la obligación dineraria, mientras que esto es precisamente lo que prohíbe la ley 23.928³⁹.

Obviamente, aquí también estaría en discusión el alcance que cabe asignar a esta ley federal, que habilitaría en su caso la vía del recurso extraordinario ante la C.S.J.N (art. 14 inc. 3° ley 48) aún sin haberse declarado su inconstitucionalidad.- Y no puede invocarse lo decidido por esta en “Carello, Juan Miguel y otro c/ Camba Cua S.A.A.G.M.S. y otro”⁴⁰, ya que aquí el máximo tribunal se ocupó de una cuestión distinta, consistente en la eventual incidencia que podría tener la ley de desindexación 24.283 en la limitación de responsabilidad del transportador por persona dañada, hasta trescientos argentinos oro, establecida en el artículo 163 del Código Aeronáutico.

4. Expresión de la cuantificación en moneda sin curso legal usada habitualmente en el tráfico

Por último, cabe señalar como posible que la cuantificación de la deuda de valor sea expresada en una moneda sin curso legal que “*sea usada habitualmente en el tráfico*”, lo cual está expresamente previsto en el art. 772 C.C. y C.

De ser así pretendido, que el juez exprese en su sentencia la liquidación de la deuda de valor en moneda sin curso legal permitirá mitigar los efectos de la aplicación del régimen de las obligaciones de dar dinero que subsigue a la cuantificación, ya que aunque ordene su cumplimiento en su equivalente en moneda de curso legal, hasta el momento del pago la deuda quedará en cierto modo a resguardo de la desvalorización del signo monetario nacional, al permanecer “indeterminada” la cantidad de dinero –el número de unidades de moneda de curso legal– necesarias para satisfacer la condena⁴¹.

En tal sentido, no compartimos el criterio de quienes, como Ossola, entienden que esta previsión del art. 772 es de imposible concreción de cara a las modificaciones introducidas por el Poder Ejecutivo en los arts. 765 y 766 del C.C. y C., y así, siempre la evaluación de la deuda debería ser practicada en moneda de curso legal. Con sustento en que las obligaciones de dar moneda que no sea de curso legal son obligaciones de género y aquí se trata es de

establecer el monto de una obligación de dar dinero⁴². La moneda extranjera encarna la función de dinero *en sentido amplio* y además, el art. 772 otorga expresa autorización legal para que se exprese en la misma la cuantificación de las deudas de valor⁴³.

Cabe mencionar que en lo jurisprudencial y en materia de obligaciones alimentarias, se ha hecho aplicación de la posibilidad que brinda el art. 772 C.C. y C., cuantificando la cuota alimentaria en moneda extranjera⁴⁴.

De todos modos, debemos reconocer que este camino también plantea una dificultad, la relativa a cuál es el equivalente en moneda de curso legal en que debe cumplirse la condena expresada en moneda que no lo tiene. De no precisarse nada al respecto, debería serlo al tipo de cambio oficial al momento del pago⁴⁵, lo que en un contexto de control de cambios puede distorsionar el valor de la deuda que ha sido objeto de condena. Y a pesar de que a primera vista podría aparecer como atrayente definir una equivalencia determinada para preservar

su valor real hasta el cumplimiento -v.gr. la cotización que en el mercado financiero se conoce como dólar MEP tipo vendedor-, nos suscita dudas si esto no podría ser objeto de cuestionamiento bajo el argumento de plasmarse así un propósito indexatorio⁴⁶. Lo que involucraría la inteligencia de los arts. 7 y 10 ley 23.928, con las implicaciones ya reseñadas.

IV. Colofón

En el curso de este trabajo hemos examinado distintas alternativas frente al escenario que hoy se presenta, donde confluyen disposiciones legales que mantienen la general imposición de un nominalismo absoluto y un proceso de desvalorización monetaria que se agudiza. Por cierto, como se puede advertir, ninguna brinda una solución totalmente satisfactoria al problema, en orden a resguardar el valor original y real de la deuda dineraria, e incluso lograr la debida reparación del daño moratorio causado por su incumplimiento. Tal vez ello obedezca a que, por sobre todo, la

raíz del problema es la inflación misma, cuya desmesura subvierte todas las funciones que el dinero, este bien tan especial producto del ingenio humano, está destinado a cumplir.

Por supuesto, escapa al poder judicial poner freno a la raíz del problema, y tampoco puede excederse en su cometido pretendiendo suplir al legislador. Sin embargo, la función del juez es esencial al orden jurídico, lo que se aprecia con mayor relieve en los casos complicados o difíciles, como creemos que lo son los que deben resolverse en el contexto antes indicado. Función que debe ser cumplida con "sentido jurídico", que es algo más elevado que un simple razonamiento: es la exacta percepción de lo justo, la capacidad de expresarlo y darle actuación.- Como agudamente señalaba Biondo Biondi, *"escoger la norma y adaptarla al caso concreto no es empresa tan fácil y es precisamente en este campo donde se descubre el genio del jurista. No se trata de fabricar un silogismo cualquiera, con tal de llegar mecánicamente a un resultado, sino que es necesario llegar a un resultado que parezca justo [...] El*

*absurdo jurídico no es el absurdo lógico, sino lo injusto.*⁴⁷ ■

CITAS

¹ Cfr.: MOISSET DE ESPANÉS, LUIS, PIZARRO, RAMÓN DANIEL Y VALLESPINOS, CARLOS GUSTAVO, *Inflación y actualización monetaria*, ed. Universidad, Bs.As. 1981, pg. 338; MOISSET DE ESPANÉS, LUIS, *Aspectos económicos y jurídicos de la ley de convertibilidad*, en *Convertibilidad del Austral. Estudios jurídicos. Primera Serie*, LUIS MOISSET DE ESPANÉS (Coord.), ed. Zavalía, Bs.As. 1991, pg. 35; CASIELLO, JUAN JOSÉ, *¿El fin de la indexación? (Reflexiones sobre la llamada "ley de convertibilidad del austral"*, en L.L. 1991-B, 1039, La Ley online, Cita Online: AR/DOC/12815/2001; *Ley de convertibilidad y desindexación*, en *Convertibilidad del Austral. Estudios jurídicos. Primera Serie*, (LUIS MOISSET DE ESPANÉS (Coord.), ed. Zavalía, Bs.As. 1991, pg. 78/79/81/84; CASIELLO, JUAN JOSÉ, *¿Es inconstitucional la prohibición de indexar?*, en L.L. 2010-C, 709, La Ley online, Cita Online: AR/DOC/4711/2010.

² Así, CSJN, 07/03/2006, "CHIARA DÍAZ, CARLOS A. c. *Estado provincial*", en Fallos, 329:385,

La Ley online, Cita Online: AR/JUR/89/2006.

³ CSJN, 20/04/2010, "MASSOLO, ALBERTO JOSÉ c. *Transporte del Tejar S.A.*", en Fallos, 333:447, La Ley online, Cita Online: AR/JUR/7507/2010.

⁴ CSJN, 20/12/2011, "BELATTI, LUIS ENRIQUE c. F.A. s/ cobro de australes", en DT2012 (febrero), 237, La Ley online, Cita Online: AR/JUR/84377/2011; 8/11/2016, "PUENTE OLIVERA, MARIANO c/ Tizado Patagonia Bienes Raíces del Sur SRL", Fallos: 339:1583.

⁵ Cfr., SAGÜÉS, NÉSTOR P., *Una sentencia frágil sobre la prohibición legal de indexar*, en La Ley online, Cita Online: 0003/015039; CASIELLO, JUAN JOSÉ, *¿Es inconstitucional la prohibición de indexar?*, en L.L. 2010-C, 709, La Ley online, Cita Online: AR/DOC/4711/2010; MÁRQUEZ, JOSÉ FERNANDO, *¿Es sustentable la prohibición de indexar?*, en La Ley online, Cita Online: 0003/015038; etcétera.

⁶ Cfr., MÉNDEZ SIERRA, EDUARDO C., *Obligaciones Dinerarias*, ed. El Derecho, Bs. As, 2016, pg. 129/130.

⁷ CSJN, "Humberto A. Vega c/ Cons. Prop. Edif. Loma Verde", Fallos: 316:3104; "JULIO

H. VALDÉS c/ ALBERTO D. CINTIONI", Fallos: 301:319; "OSVALDO ROTONDA c/ OSVALDO ANDREU y o.", Fallos: 303:524.

⁸ CSJN, "HALLADJIAN, JORGE ADOLFO, Fallos: 302:457; "GIARDELLI, MARTÍN ALEJANDRO c/ Estado Nacional -Secretaría de Inteligencia del Estado", Fallos: 325:1922; "RINALDI, FRANCISCO A. Y OTRO c/ GUZMÁN TOLEDO RONAL CONSTANTE y o.", Fallos: 330:855; etc.

⁹ CSJN, "SOSA, ARISTÓBULO y otros c/ Neuquén, Provincia del Agua y Energía Sociedad del Estado", Fallos: 310:211; "Clínica Pergamino SA. c/ Buenos Aires, Provincia de", Fallos: 312:2530, etcétera.

¹⁰ CSJN, "FERNÁNDEZ, FÉLIX y otros c/ Gobierno de Mendoza", Fallos: 326:2692; "Mutual de Residentes del Barrio de Tais de la ciudad de El Trébol c/ Superintendencia de Seguros de la Nación", Fallos: 327:831; etc.

¹¹ CSJN, "ORTIZ, FRANCISCO y otra c/ Banco Central", Fallos: 327:1899.

¹² CSJN, "BERÓN, LUISA VICTORIANA y otros y sus acumulados c/ Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos y Caja de Jubilaciones y Pensiones de la Provincia de Entre Ríos",

Fallos: 328:91; “GROSVALD, GABRIEL c/ Aol Argentina SRL”, dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema, Fallos: 329:4032; “CHIARA DÍAZ, CARLOS ALBERTO c/ Estado Provincial”, Fallos: 329:385, etcétera.

¹³ CSJN, “Asociación Mutual Carlos Mujica”, considerando 9°, Fallos: 326:3142; “Cafés La Virginia SA. c/ Dirección General Impositiva”, Fallos: 320:1166; etc.

¹⁴ CSJN, “Lufthansa Líneas Aéreas Alemanas c/ Dirección Nacional de Migraciones”, dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte, Fallos: 322:2346.

¹⁵ CSJN, “CAMUSSO VDA. DE MARINO, AMALIA c/ PERKINS S.A.”, Fallos: 294:434.

¹⁶ CSJN, “VIEYTES DE FERNÁNDEZ, JUANA (suc.) c/ Prov. Bs.As.”, Fallos: 295:973.

¹⁷ CSJN, “VALDES, JOSÉ RAQUEL c/ Nación”, Fallos: 295:937.

¹⁸ Esto es claramente señalado por la C.S.J.N. en “Massolo”. - Ver considerandos 13 y 15, Fallos: 333:447.

¹⁹ CSJN, “AQUINO, ISACIO c/ Cargo Servi-

cios Industriales S.A.”, considerando 14, Fallos: 327:3753.

²⁰ CSJN, “CHECMAREV, ALEJANDRO c/ YPF SA”, 4/8/2009, dictamen del Procurador General de la Nación del 31/5/2007; “PUENTE OLIVERA, MARIANO cl Tizado Patagonia Bienes Raíces del Sur SRL”, dictamen de la Procuración General al que la Corte remite, Fallos: 339:1583.

En tal sentido, parece objetable el fallo de la Cámara 2a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Paraná, sala II, en “A., M. C. s/ homologación de convenio (civil)” (25/06/2020, La Ley online, cita: TR LALEY AR/JUR/28266/2020).- El tribunal declara la inconstitucionalidad de los arts. 7 y 10 de la ley 23.928 en cuanto prohíben la indexación automática de la cuota alimentaria fijada en el convenio celebrado a favor de una hija menor, con sustento en el superior interés de la menor beneficiaria y los derechos humanos de la misma emanados de la Convención sobre los Derechos del Niño; al hacerlo, acoge el planteo del apelante “*en el sentido que la Ley de Convertibilidad y sus modificaciones fueron dictadas en un contexto socioeconómico absolutamente diferente*” al de la celebración del acuerdo, y lo funda en que a 10 años del pronunciamiento de la CSJN en Massolo “... es imposible seguir negando la realidad y mantener un nominalismo ortodoxo, frente a una inflación inte-

ranual superior al 48% del Índice de Precios al Consumidor al mes de marzo de 2020 según el INDEC”.

²¹ CSJN, “GROSVALD, GABRIEL c/ Aol Argentina SRL”, dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema, Fallos: 329:4032.

²² Un significativo esfuerzo en el sentido de fundar debidamente el agravio constitucional que en el caso provocaban los arts. 7 y 10 ley 23.928 lo realiza el reciente fallo de la Cám. del Trab. Sala I, Córdoba, Córdoba; 24/07/2023, en “GÓMEZ, AURELIA DE LOURDES vs. Mix Frut S.R.L. s. Ordinario – Despido” (Rubinzal Online; RC J 2880/23).

²³ CSJN, “GARCÍA, JAVIER OMAR c/ UGOFE S.A. y otros”, 7/3/2023, Fallos: 346:143; “LEIVA, FERNANDO RAMÓN c/ MESA, DIEGO ADRIÁN y otros”, 7/3/2023, causa: CIV 114052/2010/1/RH1; “BUFFELI, MARÍA EMILIA c/ Transportes Automotores Riachuelo S.A. (TARSA) y otros”, 13/6/2023, causa: CIV 106152/2012/1/RH1.

En verdad, estos pronunciamientos del más alto tribunal nacional nos parecen pasibles de reparos.- Según el primero de ellos, a cuyos fundamentos remiten los dos restantes, “la multiplicación de una tasa de interés –en este caso, al aplicar “doble tasa activa”- a partir del

1° de agosto de 2015, resulta en una tasa que no ha sido fijada según las reglamentaciones del Banco Central”; por lo que se sostiene que las decisiones en recurso no se ajustaban a los criterios previstos por el legislador en el art. 768 C.C. y C..- Y si bien este considerando podría ser entendido como “obiter dicta” en el primer fallo, ya que lo decisivo en la solución del caso era la violación del principio de congruencia por la Cámara señalada en su dictamen por el Procurador Fiscal, al que se remite, según el pronunciamiento en “Leiva”, y posteriormente en “Buffeli”, no lo ha sido para la Corte.- Máxime cuando en “García”, el Procurador Fiscal Víctor Ernesto Abramovich Cosarin había sustentado su dictamen sólo en la referida violación del principio de congruencia del tribunal inferior.- Mientras que en el segundo, “Leiva”, el mismo procurador fiscal sostuvo que la sentencia había fijado “los intereses sobre la base de una interpretación de normas de derecho común, considerando las circunstancias concretas de la causa”, para dictaminar que correspondía rechazar el recurso extraordinario que luego acogió la Corte.

La posición de la Corte no es clara en su fundamento al decir, lacónicamente, que lo determinado por los tribunales inferiores “... resulta en una tasa que no ha sido fijada según las

reglamentaciones del Banco Central”.- Frente a la obscuridad del texto del inc. c) del art. 768, norma de derecho común que mayoritariamente ha sido interpretada en el sentido de que no coarta la razonable discreción judicial en la determinación de la tasa del interés moratorio, debió explicar el verdadero sentido de tal afirmación en orden a demostrar la arbitrariedad, que era lo que podía estar en cuestión.- Adviértase además que la necesidad de una mayor explicitación de su decisoria la imponía lo que dispone antes el art. 767 C.C. y C., ya que en el caso de los intereses compensatorios expresamente el legislador dice que, en última instancia, la tasa del interés “puede ser fijada por los jueces”, reafirmando la facultad que estos siempre han tenido para hacerlo en función de las variables circunstancias económicas y de cada caso.

²⁴ Cfr., CASIELLO, JUAN JOSÉ, en Código Civil y normas complementaria. Análisis doctrinario y jurisprudencial, ALBERTO J. BUERES (Dir.) y ELENA I. HIGHTON (Coord.), ed. Hamurabi, Bs.As., 1998, T° 2A, art. 623, pg. 487.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Cfr.: Santarelli, Fulvio G., *El anatocismo en el régimen del Código Civil y Comercial*,

LA LEY 2018-B, 1045, Cita: TR LALEY AR/DOC/812/2018; HADAD, ANDRÉS O. Y RODRÍGUEZ, VICTORIA, *Capitalización de intereses. Análisis crítico del art. 770 del Código Civil y Comercial*, RCCyC 2019 (septiembre), 39, Cita: TR LALEY AR/DOC/1733/2019.

²⁷ En autos “BORRAS, RICARDO ALFREDO y otros c/Caja de Seguros SA s/ ordinario” EXPTE. N° COM 43798/2010.

²⁸ Acta CNAT N° 2764, del 7/9/2022.

²⁹ Acta acuerdo de fecha 27/3/2023.

³⁰ CSJSFe, “OLIVERA, MIGUEL ÁNGEL c/ Supermercado San Jorge SRL y otros -cobro de pesos laboral”, 31/10/2017.- Según sus fundamentos, la Corte no descalifica la sentencia en recurso, en lo que nos interesa, por haber dispuesto la capitalización de los intereses moratorios desde la notificación de la demanda en adelante, sino solamente por haberlo hecho cada 4 meses; considerándose irrazonable una periodicidad de capitalización inferior a los 6 meses, que es el límite temporal establecido por el inc. a) del art. 770 C.C.C. para evitar los abusos.

³¹ Cfr., MÉNDEZ SIERRA, EDUARDO C., *Obliga-*

ciones Dinerarias, ed. El Derecho, Bs. As, 2016, pág. 248.- En igual sentido, PIZARRO, RAMÓN DANIEL Y VALLESPINOS, CARLOS GUSTAVO, *Tratado de Obligaciones*, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, T° I, §164, pg. 530.

³² Entendemos que la deuda por indemnización del asegurador debe considerarse una obligación de dar dinero y no una deuda de valor.- No obstante, en CNCom. en pleno, 29/1978, “MUSSA DE GÓMEZ DE LA VEGA, MARÍA c. La Defensa, Cía. de Seguros” (L.L.1978-D, pg. 756 y ss.), se reflejaron las dos posturas existentes al respecto; ver votos Quintana Terán y Morandi (reputándola deuda de dinero), y voto Dr. Bosch (considerando que es una deuda de valor).

³³ Ya en los comienzos de la vigencia de la prohibición de indexar fue decidido que no existe impedimento proveniente de la ley 23.928 y disposiciones complementarias, para que con posterioridad al 31/3/91 y hasta el efectivo pago se utilice como sistema de cálculo de ajuste de la deuda el precio de un automotor de similares características del que fuera objeto del contrato de ahorro previo para fines determinados (CNCom., sala A, 07/07/1995, “Hércules S. A. c. Kurtz, Arilindo y otro.”, en L.L. 1996-B, 716,

DJ1995-2, 977, La Ley online, Cita Online: AR/JUR/3032/1995; CNCom, sala A, 20/10/1994, “Autolatina Arg. S. A. de Ahorro para fines determinados c. Vecino, Rodolfo H.”, en La Ley online, Cita Online: AR/JUR/1027/1994; CNCom., sala A, 01/09/1994, “Volkswagen S. A. c. Krell, EDGARDO JOSÉ y otro”, en La Ley online, Cita Online: AR/JUR/3878/1994).

³⁴ CSJN, 07/03/2006, “CHIARA DÍAZ, CARLOS A. c. Estado provincial”, considerando 11, Fallos, 329:385; 20/04/2010, “MASSOLO, ALBERTO JOSÉ c. Transporte del Tejar S.A.”, considerando 16, Fallos, 333:447.

³⁵ SCBs.As., 28/10/1997, “VENIALGO, RAMÓN A. Y OTROS c. DÍAZ, HÉCTOR A. y otros”, en LLBA 1998, 346, La Ley online, Cita Online: AR/JUR/2891/1997.- En el mismo sentido: CNAp.Civ. y Com. Federal, sala II, 31/03/1998, “MÉNDEZ, FERNANDO G. c. JÄGER, EMILIO y otros”, en L.L.1998-F, 255, DJ 19992, 181, La Ley online, Cita Online: AR/JUR/3376/1998; CNCiv., sala D, 02/11/1995, “DUBUIS, LIDIA E. c. ZURANO, PLÁCIDO y otros”, en DJ 1996-1, 515, La Ley online, Cita Online: AR/JUR/2299/1995; CNAp. Civ. y Com. Federal, sala II, 12/04/1994, “MELE, MARIO O. y otro c. Segba”, en L.L.1994-D, 415, La Ley online, Cita Online: AR/JUR/2424/1994; etc.

³⁶ En lo relativo a la procedencia de la aplicación del art. 770 inc. b) C.C. y C. a las deudas de valor, remitimos a MÉNDEZ SIERRA, EDUARDO C., La capitalización de intereses por demanda judicial en las deudas de valor, El Derecho, 29/11/2022, Cita Digital: ED-MMMDCCLVI-978.

³⁷ Debe advertirse que la expresión “*pesos argentinos oro*” puede dar lugar a confusión.- El “*peso oro*” es la unidad monetaria creada por la ley 1130, mientras que “*argentino oro*” es la moneda de cinco pesos oro según tal unidad.

³⁸ Juzgado en lo Civil y Comercial n° 3 de Avellaneda (Buenos Aires, //2023, Expte. N° AL-21344-2021, “M. M. I. c/ Salvatela S A s/ daños y perj. incump. contractual (exc. Estado)”, (sentencia no firme), en elDial.com - AAD86F.

³⁹ Cfr., TRIGO REPRESAS, FÉLIX A., en Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético, JORGE H. ALTERINI (Dir. General), ed. La Ley, Bs.As. 2015, T° IV, art. 766, pg. 187; MÉNDEZ SIERRA, EDUARDO C., *Obligaciones Dinerarias*, ed. El Derecho, Bs. As, 2016, pg.134/135; PIZARRO, RAMÓN DANIEL Y VALLESPINOS, CARLOS GUSTAVO, *Tratado de Obligaciones*, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, T° I, §141, pg. 457.

⁴⁰ CSJN, 20/8/1996, Fallos: 319:1486.

⁴¹ En este caso, claro está, corresponde aplicar como interés moratorio un interés puro, del 6 al 8% anual.

⁴² Cfr., OSSOLA, FEDERICO ALEJANDRO, en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, RICARDO LUIS LORENZETTI (Dir.), MIGUEL F. DE LORENZO Y PABLO LORENZETTI (Coord.), ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, T° V, art. 772, pg. 159; y en *Derecho Civil y Comercial*, (JULIO CESAR RIVERA Y GRACIELA MEDINA, Dir.), ed. Abeledo Perrot, Bs.As. 2016, “Obligaciones”, §143, pg. 322.

⁴³ Cfr., MÉNDEZ SIERRA, EDUARDO C., *Obligaciones Dinerarias*, ed. El Derecho, Bs. As, 2016, pg.275/276; PIZARRO, RAMÓN DANIEL Y VALLESPINOS, CARLOS GUSTAVO, *Tratado de Obligaciones*, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, T° I, §143, pg. 460.

⁴⁴ Cám.1a Ap. Civ., Com., Minas, Paz y Trib. de San Rafael, 19/08/2015, “F., M. C. c. K., M. s/ alimentos provisorios – compulsu”, en RCC y C, 17/09/2015, 102, LLGran Cuyo 2015 (noviembre), 1129, La Ley online, Cita Online: AR/JUR/27854/2015.- Allí se ha decidido: “*Tratándose la obligación alimentaria*

de una deuda de valor, cuya categoría fue consagrada en el art. 772 del Código Civil y Comercial, no existe obstáculo legal para que sea fijada en moneda extranjera —euros—, ello a fin de mantener indemne la obligación frente a los efectos de la inflación, máxime cuando, tratándose de un deudor alimentario residente en el extranjero que percibe sus ingresos en una moneda de marcada fortaleza y estabilidad, no se corre el riesgo de que la obligación se torne excesivamente onerosa.”.- “El hecho de que, por tratarse de una deuda de valor, la obligación alimentaria pueda fijarse en moneda extranjera, no significa que deba ser pagada necesariamente en esa divisa, con lo cual el deudor tendrá la opción de abonarla en su equivalente de moneda de curso legal en Argentina — en el caso, tomando como base para el cálculo el valor oficial del euro, tipo vendedor, que informe el Banco de la Nación Argentina para el cierre de operaciones del día anterior al de la fecha del pago—, ello por aplicación de los arts. 722, 765 y siguientes del Código Civil y Comercial.”

⁴⁵ No debe olvidarse que aquí no nos encontraríamos con una obligación estipulada en moneda sin curso legal, en los términos del art. 765 C.C. y C., sino que es el caso de una deuda de valor cuya cuantificación ha sido expresada en moneda sin curso legal usada habitualmente en el tráfico.-

Lo que torna a nuestro juicio inaplicables los procedimientos que la jurisprudencia ha desarrollado en derredor del supuesto previsto en el art. 765, a los fines de permitirle al acreedor de moneda sin curso legal obtener un “equivalente” que le posibilite adquirir por mecanismos lícitos la cantidad de moneda debida (p.ej., cotización conocida como dólar MEP).

⁴⁶ La CSJN, en “ROMERO, JUAN ANTONIO y otros c/ en -M° Economía y otro”, descalificó por violatoria de los arts. 7 y 10 de la ley 23.928 la decisión que había regulado honorarios en un porcentaje de una cantidad determinada de moneda extranjera, y dispuesto que los mismos se expresarían en moneda nacional según el tipo de cambio vigente en una fecha futura, pues se consideró que ese proceder tiene un evidente propósito indexatorio de las retribuciones fijadas, al estabilizar su valor vinculándolo con el del dólar estadounidense (18/12/2018, Fallos: 341:1975, ver dictamen de la Procuradora Fiscal al que la Corte remite).

⁴⁷ Cfr., BIONDI, BIONDO, “*Arte y Ciencia del Derecho*”, trad. Ángel Latorre, ed. Ariel, Barcelona, 1953, pg. 157.

La obligación de valor instrumentada en títulos ejecutivos: alternativa ante el nominalismo y la inflación

myf

148



Dr. José Ignacio **Pastore**

Juez de Primera Instancia de Circuito de Sunchales

myf

149

I. Introducción

Todo operador se encuentra en la actualidad ante una situación jurídicamente desconcertante al momento de mitigar los efectos de la continua inflación. Sea que se halle en etapa de asesoramiento o concreción de un contrato, sea que lo encuentre ante el incumplimiento o resolución de un conflicto judicializado, las dudas son similares: *¿cómo resguardar el crédito de la incesante depreciación de la moneda?, ¿qué alternativas ofrece el ordenamiento jurídico compatibles con el nominalismo imperante?, ¿la restricción de actualización monetaria incluye todo tipo de crédito o deudas?, ¿cuáles instrumentos procesales permiten el cobro expedito del saldo insoluto?*

Al régimen nominalista y la depreciación de la moneda se adiciona que, la tantas veces utilizada "cláusula en moneda extranjera", tampoco presentan un resguardo satisfactorio y seguro en nuestros días. Alcanza con recordar alguno de los tipos de cambio actuales de la divisa ex-

tranjera (dólar oficial; solidario; tarjeta; MEP y CLL; dólar soja 1, 2, 3 y 4; Qatar; Netflix; Coldplay o cultural; Tecno; Cripto; etc.) y de lo cual la jurisprudencia se ha persuadido de tal desconcierto, emitiendo decisiones en direcciones dispares.

En esta continua búsqueda de instrumentos jurídicos que permitan superar los inconvenientes que derivan de la inestabilidad de la moneda, nos encontramos con el instituto de la obligación de valor. La figura ha sido analizada por calificada doctrina y jurisprudencia, siendo que la recepción legislativa del Código Civil y Comercial (art. 772) ha reavivado su utilización para múltiples materias: indemnización de daños¹, alimentos², expropiación³, las recompensas en el régimen patrimonial del matrimonio, créditos e indemnizaciones provenientes del contrato de trabajo⁴, honorarios⁵, entre otras⁶.

Sin embargo, el temor de su consideración como repotenciación de precios conspira contra su utilización instintiva en cualquier clase de obligación.

Inclusive la instrumentación en títulos quirografarios restringe la celeridad que demanda el ámbito de los negocios, preguntándonos irremediablemente sobre la posibilidad -o no- de documentar la deuda de valor en títulos ejecutivos (pagaré, mutuo con pacto de ejecutividad, etc.). Si bien algunos precedentes dan cuenta de su utilización incipiente (Bonex, U.V.A., etc.) la naturaleza del título -valor- en el cual se aloja la obligación, demanda un detenido estudio y consideración.

Por el contexto de una economía en la que su moneda se deprecia a un ritmo más o menos acelerado, según la coyuntura político-económica, pero sin detener su marcha, es lógico que se pretenda resguardar el valor adquisitivo del crédito y se procure documentar la deuda en un título que ofrezca un cobro expeditivo. Más aún cuando la compensación por el uso del capital ajeno -interés- no resarce los efectos de la depreciación.

Desde antaño fue una práctica eficiente documentar el compromiso de

pago irrevocable, en un título unilateral, incausado y abstracto. Sin embargo, en nuestros días, resulta incomprensible aceptar un título valor a 60 o 90 días (o el tiempo que fuere) con una suma en pesos, a sabiendas que su valor real será de, al menos, un 15 o 20 % menos en ese lapso. Ni imaginar si lo llevamos a 180 días vista o más.

En el contexto inflacionario, el pagaré en dólares vino a salvar la situación hasta que las cosas comenzaron a no ser tan simples y, sobre todo, a perder certidumbre y previsibilidad. Cuando ello ocurre lo que se hacía por hábito ha perdido utilidad.

La certidumbre y la previsibilidad son valores claves en las transacciones comerciales y el ámbito cambiario no es la excepción.

Hoy en día sucede que el recurso del pagaré o mutuo en dólares dejó de ser -o está dejando de serlo- una herramienta ventajosa, que brinde certeza y elimine o minimice, al menos, el margen de riesgo de su conversión en pesos.

Si el compromiso se cumpliera en dólares billete no habría cuestión alguna por controvertir dado que la moneda fuerte ha mantenido, ciertamente, su poder adquisitivo; pero sucede que con frecuencia la jurisprudencia al hacer lugar a la ejecución ordena su conversión en moneda de curso legal y, desde luego, el problema es definir en ese caso la conversión. Allí aparece la inseguridad, como vimos, debido a la gran cantidad de cotizaciones y la volatilidad que presentan.

Precisamente por ello es por lo que nos permitimos indagar sobre la viabilidad -o no- de la inclusión de la deuda de valor en instrumentos y títulos, particularmente en los ejecutivos.

II. La obligación en dinero y de valor

En una somera conceptualización podríamos decir que, en la obligación de valor, lo adeudado no es una suma de dinero sino un valor cuantificable -en dinero- al momento de pago. Este representa solamente la medida del

objeto de la prestación, el cual consiste en una determinada utilidad que el deudor debe procurar al acreedor.

Si eventualmente la obligación de valor se expresa en una cantidad dineraria, la obligación conserva su linaje y continúa siendo obligación portadora de un valor constante hasta el momento de su cancelación definitiva; siendo de valor, mientras el pago no la extinga.

Por su lado, las obligaciones cuya prestación constituye desde su formación en una suma de dinero, son deudas dinerarias simples o pecuniarias. La prestación está determinada por su cuantía de moneda de curso legal del lugar de pago. Se trata de la obligación de pagar una cantidad determinada de moneda (pesos, dólares, euros) y está gobernada por el principio nominalista que impone que la obligación se cancela por la entrega de las especies pactadas en la cantidad debida, cualquiera que hubiere sido el deterioro o pérdida sufrido por la moneda, desde el momento en que nació la obligación hasta el momento

en que se paga; siendo irrelevante el aumento o disminución del valor de la moneda en relación a los demás bienes (poder adquisitivo). La obligación se cancela entregando el importe y accesorios, en el caso de corresponder, para el supuesto de morosidad o cláusula penal.

Sin descuidar las discusiones que en la academia se han suscitado con relación a la naturaleza jurídica de la obligación de valor⁷, con la específica regulación en el Código unificado se ha superado la controversia sobre su existencia como una categoría autónoma, no quedando alcanzadas por el nominalismo de la ley 23.928.

Esta fue la posición mayoritaria al interpretar el art. 619 del Código de Vélez, ratificada por la Ley 25.561 y que persiste con el sentido expresado en el actual art. 766 del CCyC. En tal sentido se ha dicho que no hay ni puede haber indexación en la liquidación de una deuda de valor⁸, atento a que en ella no se debe una suma de dinero sino una cantidad abstracta que a los fines de su cumplimiento

habrá de expresarse en dinero.

En función de ello, el nominalismo rige solo para las obligaciones en dinero, pero no para las deudas de valor en las cuales la moneda no constituye el objeto de la deuda, sino que solo sirve de medio para restaurar en el patrimonio del acreedor un valor o utilidad comprometido por el deudor.

Criterio este que se consolidó en la doctrina y jurisprudencia no sólo para la indemnización de los daños y perjuicios provocados por hechos ilícitos sino también para otras obligaciones (ej. obligaciones alimentarias)⁹.

Precisamente una de las diferencias sustanciales entre ambas obligaciones, es que en las dinerarias la indexación sería posible, si así lo permitiera la normativa o no la prohibiera expresamente. Por su lado, en las de valor, por su propia estructura, la actualización opera por su propia naturaleza. La diferenciación resultaría irrelevante en períodos de estabilidad monetaria, pues raramente se utilizará la categoría de deuda de

valor en una economía constante.

Finalmente destacamos que el art. 772 establece varios criterios para la cuantificación de la obligación de valor. El primero es el que la obligación nace con una prestación que consiste en un valor que luego se transforma en dinero. Dicha mutación debe tomar en cuenta el valor real que en su generalidad será el precio del bien en el mercado.

En cuanto al momento de transformación, no se establece determinación normativa precisa¹⁰, aunque generalmente es al momento del pago. Ahora bien, una vez cuantificada la obligación se transforma en dineraria y aplica su normativa específica.

III. Los problemas actuales de la obligación en moneda extranjera

Como hemos dicho, la cláusula en moneda extranjera fue una alternativa muy utilizada en nuestro país hasta el año 2011. Si bien la salida de la convertibilidad en el 2001 presentó algunas

restricciones luego de casi 10 años de libertad cambiaria, el cepo instaurado en octubre de 2011 continuó hasta agosto de 2019 en donde se reestablecieron restricciones al acceso al mercado de cambios. En el ínterin, operó el cambio del Código Civil y Comercial en el año 2015 el cual también aportó vacilación sobre el tratamiento de la deuda en moneda extranjera producto del cambio en la redacción originaria del Anteproyecto.

Son varios los ejes de la cuestión en torno a la obligación en dólares, relacionados a la interpretación de los arts. 765 y 766, así como la conversión y el tipo de cambio.

III.a. El art. 765, CCyC

Esa norma establece que el deudor de moneda extranjera puede liberarse entregando el equivalente en moneda de curso legal.

En referencia a dicha norma que regula relaciones patrimoniales a las que les es inherente la libertad de contenidos, debe considerarse de carácter supletorio a la voluntad de las

partes por lo que estas pueden apartarse de ella a efectos de regular sus derechos del modo en que lo estimen más conveniente.

Al respecto se ha señalado que aun cuando el art. 765 permite al deudor liberarse dando al acreedor el equivalente en moneda de curso legal, esta regla presenta como excepción que las partes pacten expresamente el pago en moneda extranjera, en consonancia con el principio de libertad de contratación (art. 958, CCyC).

La jurisprudencia ciertamente pacífica en la materia, desde el 2015 hasta la actualidad, es la indicada. Se ha reconocido que la norma del art. 765 no es de orden público y si las partes pactaron una solución distinta, en base al principio de autonomía y de libertad de contratación, ello debe ser respetado¹¹.

Se ha dicho que de acuerdo con lo prescripto en el art. 962 del CCyC las normas son supletorias cuando resultan disponibles por la voluntad de las partes. Es decir que se trata

de normas simplemente dispositivas, no imperativas, que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, pueden dejar de lado. Por ello, el art. 765 es una norma supletoria por cuanto no resulta imperativa, ni es de orden público, ya que no habría inconveniente en que las partes pacten, como autoriza el art. 766 del mismo cuerpo legal, que el deudor deba entregar la cantidad correspondiente de la especie designada¹².

Aquí aparece otra norma relevante: el art. 766, CCyC, que ayuda a comprender a la norma anterior. Dice dicha norma que: *“el deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada”*.

En resumidas cuentas, si se ha pactado una especie para el pago (art. 766) ello debe ser cumplido, porque implica que las partes acordaron algo distinto a la norma del art. 765 CCyC que, como hemos visto, es disponible¹³.

III. b. Falta de pacto expreso de pago en dólares:

Distinto es el panorama cuando las

partes nada pactan al respecto, es decir, no regulan el punto de modo distinto al art. 765.

Allí el deudor cuenta con la opción que le brinda esa norma. Sin embargo, surge una nueva controversia: *¿cómo realizar la conversión en ese caso?*

Al respecto se ha dicho que en tal caso se debería aplicar el tipo de cambio oficial al que pueden acceder los particulares, conocido como “dólar solidario” (art. 35, ley 27.541), sin la percepción adicional del 35% a cuenta de impuestos¹⁴.

Reiteramos que ello corresponde siempre que las partes no hayan acordado por vía del art. 766 una solución distinta a la prevista por el art. 765, CCyC (norma dispositiva y supletoria).

Ahora bien, en modo alguno es el único criterio. Como dijimos, aquí aparece en escena otro criterio: convertir a valor de dólar MEP¹⁵.

Puede apreciarse el mencionado como criterio mayoritario de las Cá-

maras Nacionales Civil y Comercial (conversión según el dólar “MEP”)¹⁶ y resulta la más adecuada si se tiene en cuenta que su precio deriva de la compra y venta de títulos públicos (con las regulaciones específicas), de conformidad con los valores propios del mercado y sin afectar las reservas públicas. A su vez, la cotización de cada día puede ser conocida por el público por medio de las diferentes vías de información periodística, lo cual otorga publicidad y transparencia a tal valor de conversión.

III. c. El cumplimiento imposible

Reiteradamente se apela al argumento en estos casos en que, una sentencia de condena en dólares o un pacto de las partes en esa moneda, resultaría de cumplimiento imposible porque el deudor se encuentra con restricciones legales para adquirir divisas. Se suele recurrir al art. 955 del CCyC en tal inteligencia.

Sabido es que el caso fortuito o fuerza mayor eximen de responsabilidad (art. 1730, CCyC), siendo que, en el plano contractual, el caso fortuito o

fuerza mayor se manifiesta como imposibilidad de cumplimiento (art. 955 y 956, CCyC).

La jurisprudencia, en términos generales, desechó la defensa fundada en la imposibilidad de adquirir divisa extranjera en el mercado oficial de cambios, pues siempre podría acceder a ella por otras vías lícitas¹⁷.

La imposibilidad de cumplimiento de la prestación debe reunir ciertos requisitos: ocurrir con posterioridad a la celebración del contrato, no depender de las partes, ser objetiva en cuanto afectará a la prestación esencial en sí misma y no al sujeto deudor, ser total o absoluta y definitiva o irreversible. No se presentan tales caracteres en estos casos.¹⁸

Por otra parte, se ha señalado que se encuentra al alcance de la deudora adquirir los dólares pactados por otros medios legales al existir otras operaciones de tipo cambiario y bursátil que habilitan a los particulares a comprar los dólares necesarios para cancelar la obligación asumida a tra-

vés de la adquisición y el posterior canje de determinados bonos.

En suma, se suele partir de la premisa de que la única fuente de la moneda extranjera es la compra y ciertamente que, la moneda en cuestión podría estar en poder del deudor o incluso haberla recibido con motivo de su actividad. Nada excluye cualquiera de estas dos últimas opciones. Por lo tanto, ello descarta la hipótesis de aplicación del art. 955 CCyC.

III. d. Diferentes cotizaciones y los criterios jurisprudenciales al respecto

El tipo de cambio a aplicar, cuando el deudor tiene la posibilidad de pagar en moneda nacional la obligación en dólares es una cuestión ciertamente desconcertante. La incertidumbre es tanto en la vida civil cuanto comercial, acrecentada ante la eventual incursión -vía conflicto- en el ámbito judicial.

Las cotizaciones varían según la oficial del Banco Nación, dólar bolsa, contado con liquidación, dólar solidario; con variaciones sustanciales

entre puntas de comprador y vendedor. Además, no puede desconocerse la cotización del dólar no oficial o en mercados paralelos, aunque difícilmente un tribunal de justicia podría considerar un mercado marginal. Sin perjuicio de ello, tampoco puede omitirse su frecuente utilización de esta última cotización como forma de fijar el precio de productos o servicios en el mercado.

A ello debemos adicionar el impuesto que grava operaciones vinculadas con la adquisición de moneda extranjera para atesoramiento, compra de bienes y servicios en moneda extranjera y transporte internacional de pasajeros ("PAIS") cuya alícuota es del 30% y a la Resolución General 4815/2020 de la AFIP que dispone una percepción anticipada del 35% del impuesto a las ganancias que se aplicará sobre las operaciones alcanzadas por el "PAIS", de conformidad con el art. 35 de la ley 27.541 y demás normas complementarias.

Como vimos, algunos fallos dispusieron, ante la ejecución de deuda en

dólares, la conversión a la cotización de la divisa efectuada por el Banco de la Nación Argentina (tipo vendedor) en la fecha del efectivo pago, incrementada en un 30% en concepto del impuesto "PAIS" y en un 35% en concepto de percepción autorizada por la res. 4815/2020 (AFIP)¹⁹.

Otros establecieron el cambio conforme al tipo de cambio oficial al valor del "dólar solidario" (art. 35, ley 27541), sin la percepción adicional del 35% a cuenta del impuesto a las ganancias²⁰.

Alguna jurisprudencia, por su lado, propició la teoría del esfuerzo compartido²¹ y hasta se dictó pronunciamiento aplicando el tipo de cambio oficial publicada por el BNA (tipo vendedor) con más el incremento tributario.

Ante tal escenario, en donde las brechas son notorias, el resultado del reclamo judicial puede resultar notoriamente diferente según el tribunal donde tramite la reclamación. Con la incertidumbre económica in-

dudable del futuro de nuestro país en un corto, mediano y largo plazo, apremia indagar por la factibilidad de incluir una obligación de valor en títulos o contratos.

IV. La utilización de la obligación de valor en los actos y contratos jurídicos

Uno de los importantes avances que trajo consigo el CCyC es la posibilidad de incluir en los contratos, sin temor ni desconfianza, este tipo de obligaciones al estar ahora bajo el expreso cobijo legal. Hace ya varios años, el máximo tribunal nacional en "Vieytes de Fernández" validó la inclusión de este tipo de obligaciones en acuerdos bilaterales.²²

Sea por la propia naturaleza de la obligación contraída o bien por propia disposición legal (contratos celebrados bajo la modalidad unidad de medida "UVI", "UVA", o incluso contratos de locación actualizables según los índices conforme Ley 27.551), en cualquiera de los casos,

la obligación diferida en su liquidación en moneda de curso legal es una alternativa plenamente válida en el ámbito contractual²³.

Inclusive, el art. 772 permite expresar el valor con una moneda sin curso legal con la sola condición de que sea usada habitualmente en el tráfico, situación que podrá supeditarse, como se dijo, con un objeto indicado en relación con cualquier otro bien.

Ante la posible resistencia bajo el argumento de eventual repotenciación de deudas, la expresa dispensa legal²⁴ o la esencia de la obligación, permite neutralizar tal afirmación. En otros términos, la prohibición de indexar tiene como exclusivo destinatario a las obligaciones de dar sumas de dinero; sin embargo, estas prohibiciones no repercuten en absoluto en las obligaciones de valor al ser diferente su objeto y naturaleza, escapando a la veda impuesta por esta normativa²⁵.

Para evitar posibles rotulaciones nulidicentes, es indispensable que

el objeto de la obligación se precise con un riguroso detalle y minuciosidad²⁶. A modo de ejemplo, en la celebración de un contrato de compraventa de ganado expresado en pesos, ajustado al momento del pago según cotización de valor de kilo vivo, resultará obligación dineraria con una cláusula de ajuste de dudosa validez. Por el contrario, el mismo acuerdo con fijación de un determinado valor, el cual se convertirá en una moneda al momento del pago, en medida alguna podría ser considerado dinerario sino supeditado a las previsiones del art. 772.

En el mismo sentido, el art. 1133 del CCyC contempla la inclusión de cláusulas de determinación del precio que no reducen su campo de aplicación solamente a este contrato, sino que resultan aplicables a otros tipos contractuales.

Del articulado del Código unificado, surgen innumerables previsiones normativas relativas a obligaciones de valor contractual²⁷, como en materia extracontractual²⁸.

Por otra parte, tampoco debe perderse de vista lo referente a los intereses -y su devengamiento- en la deuda de valor, cuestión que se vincula con el momento a partir del cual opera el cambio de la obligación en moneda de curso legal.

Como dijimos, en el caso de pacto expreso la cuestión se verá simplificada. Sin embargo, en el caso de obligación de origen legal, judicial y por responsabilidad extracontractual la aplicación literal de la última parte del art. 772 -y la conversión en una típica deuda dineraria- pueden llegar a provocar la desnaturalización de la figura.

Una vez que es cuantificada, generalmente en la sentencia o al pago, es aplicable a la suma así obtenida todas las disposiciones relativas a las obligaciones de dar sumas de dinero. Esa alternativa daría la posibilidad de aplicar intereses compensatorios (art. 767, Cód. Civ. y Com.), moratorios y punitivos (arts. 768 y 769, CCyC) e incluso el anatocismo (art. 770, inc. a y d; CCyC)²⁹.

Puede suceder que la obligación se torne exigible antes de su cuantificación (daño moral), comenzando a correr los intereses desde el acaecimiento del perjuicio (art. 1748, CCyC).

La doctrina judicial mayoritaria, al dictar la sentencia, cuantifica el monto reclamado tomando como referencia el valor actualizado aplicando dos tasas diferentes que surgen de los períodos temporales: desde que la obligación se hizo exigible hasta que se determinó el valor de la prestación y desde este último momento hasta su pago.

En el primer tramo se estipula una tasa de interés pura (porcentaje oscilante entre el 6 u 8 por ciento) y en la segunda según tasas vigentes las cuales contendrán adicionar el componente inflacionario según lo dispuesto por el mercado.

Aun en el régimen vigente bajo el anterior Código de Vélez, era posible la configuración de obligaciones de valor en contratos. Se invocó que cuando en virtud del art. 1349 del Código

Civil derogado el precio se determinaba con relación a otra cosa cierta, o cuando conectando esa norma con el art. 1353, se lo hacía con referencia "al precio corriente de plaza" de otra cosa cierta, es decir frente a supuestos de precio determinable, la obligación que nacía del contrato era una de las de valor³⁰.

Con la vigencia del Código Civil y Comercial ya no es discutible que las obligaciones de valor pueden tener como fuente no solo a la ley, sino también al contrato.

La redacción del art. 772 conduce a concluir que las obligaciones de valor pueden ser contractuales al permitirse expresar el valor en "en una moneda sin curso legal" lo cual supone la existencia de un contrato o acuerdo al efecto. En tal sentido, perfectamente podrá ser pactada la obligación de valor con relación a otro bien.

Esa interpretación es coherente con el acuerdo doctrinario alcanzado en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2015, celebradas en

Bahía Blanca, con relación a la oportunidad para cuantificar el valor.

El art. 772 del Código Civil y Comercial prevé que el monto resultante de la cuantificación del valor debe referirse al valor real al momento que corresponda tomar en cuenta para la evaluación de la deuda. Dicha referencia "al momento que corresponda" no resulta otro que la oportunidad de la cuantificación establecida por la ley cuando su fuente es legal o por las partes, en las obligaciones de valor de fuente contractual.³¹

Nada obsta que las partes pacten que la cuantificación en dinero del valor deba realizarse al momento del vencimiento de la obligación o bien al tiempo del efectivo pago de ella, o incluso en cualquier otra oportunidad.

V. Deuda de valor representada en títulos ejecutivos: ¿será posible en el pagaré?

Según conocemos, el importe en el pagaré debe fijarse de forma que se

precise la suma a pagarse en el título no pudiendo contemplarse sumas alternativas, aproximadas entre mínimo y máximo, pagos escalonados o por diversos vencimientos.

Ahora bien, *¿qué sucederá si se libra un pagaré cuyo objeto sea una obligación de valor?* Volvamos al ejemplo que antes dimos y pensemos en un pagaré que indique que deberá pagarse el valor equivalente en pesos de cierta cantidad de kilo vivo u oleaginosa el cual se convertirá al momento del vencimiento del título o del pago. En su caso, el equivalente a cierta cantidad de UVA, UMA, JUS, RIPTE, índice de alquileres o cualquier otro.³²

Cabrían dos posibles interpretaciones: (i) anular el título por la naturaleza de la obligación contenida en el título, presumiblemente incompatible con los arts. 1 inc. 2 y art. 101 inc. b del D/L 5965³³, o (ii) aceptar que el título valor contenga obligaciones fácilmente liquidables en los términos antes expresados.

La primera respuesta seguramente

será la que instintivamente invada a cualquier operador jurídico³⁴. Sin embargo, entendemos que nada impide reconsiderar el asunto dado que, tal vez, desde el análisis hipotético, se arribe a diferente conclusión.

Vayamos por parte según los caracteres del título valor.

En cuanto a la completividad, en medida alguna se lesiona sus atributos al expresar el monto como liquidable en obligación de valor producto de que, la propia ley contempla supuestos de suplencia legal. Si bien las integraciones no refieren a la obligación o promesa sino vinculadas al plazo y lugar de pago, lugar de creación, etc.; la existencia de la obligación en moneda de curso legal y su posibilidad de pago en moneda local (conf. arts. 44 y 765) de ninguna manera restringen su literalidad. Vale decir, si existe la posibilidad de convertir en el pagaré la obligación extranjera en moneda de curso legal mediante un simple cálculo matemático, por qué no hacerlo con otra obligación -de valor- liquidable.

Ante tal supuesto, el título no dejaría de ser completo al supeditarse en su determinación a un simple cálculo aritmético de sencillo acceso para las partes o los terceros (ej. cotización de litro de leche fluida o índice de alquileres). Precisamente dicha literalidad se aprecia protegida para el librador y beneficiario (o endosatarios) al contar con certeza respecto de la obligación contraída y su extensión.³⁵

Respecto de la integridad, el texto legal soportaría realizar la interpretación antes formulada dado que se aprecian diferencias normativas en el régimen de la letra de cambio y en las del pagaré.³⁶

Para el primero, textualmente se indica que el título debe contener una “... *promesa incondicionada de pagar una suma determinada de dinero*” (art. 2, inc. 2°); cuestión que, para el vale o pagaré, sólo se circunscribe a suma o importe (“la promesa pura y simple de pagar una suma determinada” según el art. 101, inc. b°).

La exclusión legal de la palabra “dine-

ro” en el pagaré, toleraría la conclusión aludida en su interpretación textual.

Desde el plano teórico, el título es un documento que se distingue o caracteriza por su contenido (derecho incorporado) y por la relación entre aquél y éste. Para que exista el título valor, el contenido debe contemplar una promesa incondicionada e irrevocable. La promesa de realizar una prestación de contenido patrimonial, como resultado de una declaración unilateral de voluntad, en ninguna medida alteraría la irrevocabilidad en la declaración. El contenido económico de la promesa implica un enriquecimiento o ventaja en el patrimonio del librador, derecho susceptible de mensurarse económicamente. En definitiva, un valor.

Del texto legal, en el pagaré la imputación no resulta estrictamente en dinero sino a una suma determinada. Determinable según nuestro criterio³⁷. Liquidación cuya accesibilidad no altere la literalidad y completividad del título. Tampoco induciría a error o confusión a las partes (ej. mercaderías, valor de referencia, etc.) utilizar

la obligación de valor como objeto de la prestación comprometida.

Tampoco apreciamos que se afecte la naturaleza del proceso ejecutivo dado que, similar a lo sucedido para deudas en moneda extranjera y con variado efecto (ej. pago de tasas y sellados fiscales, tasas retributivas por servicio judicial, competencia jurisdiccional cuantitativa, etc.) la liquidación del importe resultará sencillamente realizable mediante compulsas de información accesible (ej. pág. webs). Incluso la jurisprudencia se ha inclinado en admitir la preparación de la vía a tal efecto³⁸.

Así las cosas, percibimos que la utilización de la deuda de valor en el pagaré implicaría una herramienta jurídica de enorme valor para el comercio (ej. quintales de soja, litros de leche fluida, kg de carne viva, etc.), permitiendo a las partes mantener el valor adquisitivo del crédito allí documentado, con rápido recupero judicial.

En oportunidad de su ejecución y por las restricciones de acceso a la divisa

extranjera, la conversión de la obligación de valor resultará mucho más sencilla y efectiva que la producida al fijar moneda sin curso legal. En efecto, se presenta como una solución por demás de justa, con relación al acuerdo causal que le diera origen.

Inclusive, en la redacción que en el Código unificado se otorgó a las obligaciones en moneda extranjera (obligaciones de dar cantidades de cosas) no se contempló especialmente dicha categoría en el derecho vigente. En efecto, podría interpretarse -y así lo hizo parte de la doctrina- como absorbidas por la categoría de las obligaciones de género, es decir de dar cantidades de cosas no fungibles. Por tanto, al pactar en un pagaré una obligación en moneda extranjera se introduciría, en resumidas cuentas, una obligación de género.

No desconociendo que la posición mayoría se inclina por su consideración como obligación dineraria³⁹, la minoritaria nos invita a reflexionar al respecto⁴⁰.

VI. Eventual invalidez del título valor por contener una deuda de valor: persistencia de legalidad como instrumento quirografario con aptitud ejecutiva

Aún en la hipótesis restrictiva, apreciamos que también podría analizarse otro escenario para la eventual controversia.

De propugnar la invalidez de incorporar al pagaré una deuda de valor, podría mantenerse la vigencia del crédito en tanto cumplimente con los requisitos que, doctrina y jurisprudencia, han reconocido al título quirografario con validez ejecutiva⁴¹.

Si bien no se desconoce la posición contraria⁴², gran parte de doctrina y jurisprudencia han sostenido que procede la ejecución del título en tanto contenga un reconocimiento de contenido y firma (o certificación notarial), así como una deuda líquida o fácilmente liquidable⁴³; o en su caso, habiéndose preconstituido el título merced a la preparación de la vía.

Dado ello apreciamos que, aún ante negativa de conceder validez cambiaria al pagaré librado por unidad de valor (cantidad de cosas al decir del art. 765) el instrumento persistiría con habilidad ejecutiva a la luz del criterio referenciado.

VII. Cierre

El comercio ha intentado por todos los medios cubrir sus créditos ante los avatares económicos. Ello es propio de su esencia y génesis. El título abstracto e incausado sirvió de sobremanera para el registro, circulación y recupero expedito del crédito.

La incorporación de moneda constante y estable para el compromiso de pago complementó los anteriores atributos; sin embargo, como en tantas otras materias e institutos de nuestro derecho argentino, el efecto inflacionario puso en duda la pertinencia de seguir utilizando el título valor en moneda extranjera.

Como vimos, la opción de fijar el monto en obligación de valor (quítales de soja, litros de combustible, leche fluida, mercadería, etc.) en medida alguna resultaría una iniciativa ilícita. De momento, no deseable -de plano- en forma instintiva. Por el contrario, se estima sumamente conveniente al asociar la obligación (quintal de soja) al rubro o actividad desplegada por cada comerciante (productor agropecuario).

En efecto, la denominación que identifica a la propia disciplina cambiaria (título de valor) explícitamente identifica y asocia a estos instrumentos con la obligación aludida. ■

CITAS

¹ MARINO, TOMÁS; “Deudas de valor, inflación y cuantificación de daños personales: la Suprema Corte brinda una importante pauta de trabajo para operar con fórmulas matemáticas”, TR LALEY AR/DOC/2693/2020 MÁRQUEZ CHADA, LUIS FRANCISCO; “El resarcimiento del daño como deu-

da de valor”, TR LALEY AR/DOC/2305/2021.

² JURE, MARÍA ANGÉLICA; “Las cosas por su nombre: la obligación alimentaria es de valor y por ende excluida de las limitaciones legales contenidas en las leyes 23.928 y 25.561 (prohibición de indexación)”, TR LALEY AR/DOC/4532/2015. Íd.: C1a-CivComMinasPazyTribSanRafael, 19/08/2015, “F., M. C. c. K., M. s/ alimentos provisorios –compulsa”, TR LALEY AR/JUR/27854/2015.

³ CJSanJuan, Sala II, 24/02/2016, “Provincia de San Juan c. Miranda, Enrique Tadeo y otra s/ expropiación s/inconstitucionalidad y casación”, TR LALEY AR/JUR/11428/2016.

⁴ BERTOLOTTI, JAVIER A. - YANNIBELLI, ROBERTO M. - MASES, PABLO M.; “La importancia de aplicar deudas de valor en el fuero laboral”, TR LALEY AR/DOC/368/2023.

⁵ CS, Santa Fe, 01/08/2017, “Municipalidad de Santa Fe c. Bergagna, Eduardo - apremio fiscal - s/ recurso de inconstitucionalidad”, TR LALEY AR/JUR/51688/2017.

⁶ “Si la colación es una típica obligación del valor -en cuanto su objeto es un valor reducible a términos monetarios-, debe aplicarse la teoría del valor

corriente, y si posteriormente hay depreciación monetaria, se debe hacer el reajuste correspondiente” (CNCiv, Sala C, 13/12/1990, “GALZERANO, M. IRENE C. MAIESE, M. A.”, TR LALEY AR/JUR/354/1990).

⁷ Para un sector importante de la doctrina nacional (Spota, Borda, Trigo Represas, Moisset De Espanés, Vallespinos, Kemelmajer De Carlucci, Lorenzetti) la diferencia entre las obligaciones de valor y las de género no es ontológico sino simplemente un remedio técnico al que se apela para superar las consecuencias que acarrea la aplicación del principio nominalista. Por otro lado, quienes sostienen el carácter ontológico del distinguo y, por tanto, la necesidad de buscar por otras vías la posibilidad de lograr el reajuste de las obligaciones puramente dinerarias, sin tener que recurrir al expediente de borrar la distinción que nos ocupa (Caseaux, Tejerina, Llambías, Alsina Atienza, Bustamante Alsina y otros).

⁸ TRIGO REPRESAS, FÉLIX A., “Deudas de dinero y deudas de valor. Significado actual de la distinción”, Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 2001-2, ps. 41/42.

⁹ “Todas las deudas de responsabilidad civil, con-

tractual o extracontractual, todas las que cubren daños causados sin derecho, son deudas de valor. Al margen de estos dos grandes grupos que enunciamos, hay otras deudas singulares (específicas) que la doctrina y la jurisprudencia han conceptualizado también como deudas de valor. Algunas, inclusive, han sido recogidas por la ley, así, v.gr., en nuestro Código, la deuda de medianería, art. 2736 y la obligación de colacionar, art. 3477. La jurisprudencia ha admitido como tales, además, a la deuda por alimentos, por salarios, por honorarios, las deudas resultantes de la liquidación de sociedades o de cualquier clase de bienes comunes, y otras por el estilo. Pero, en definitiva, si ponderamos su naturaleza, también éstas son deudas de responsabilidad” (CASIELLO, JUAN JOSÉ - MÉNDEZ SIERRA, EDUARDO CARLOS; “Deudas de dinero y deudas de valor. Situación actual”, TR LALEY AR/DOC/10653/2003).

¹⁰ A diferencia de casos especiales como la medianería en el art. 2019, la colación arts. 2385 y sgtes., entre otros, en donde el legislador previó un momento específico al efecto.

¹¹ CNCiv., sala F, 25/08/2015, “F. M. R. c. A., C. A. y otros”, LL Online: AR/JUR/28259/2015. CNCom., sala C, 03/12/2015, “Coto CICSA c. CESCE Argentina SA Seguros de Crédito y Ga-

rantías”, RCyS 2016-IX, 232 - LL Online: AR/JUR/69292/2015.

En el mismo sentido y respecto al pacto expreso de pago en moneda extranjera en un boleto de compraventa de inmueble: C. Civ. y Com. de Junín, 14/02/2017, “DI PRINZIO, MARCELO C. c. CHIESA, CARLOS J.”, El Dial - AA9D31.

¹² CNCom., sala E, 17/12/2020, “SÁNCHEZ, JUAN LUIS Y OTRO c. SÁNCHEZ, ADRIANA SUSANA”, Erreius digital: IUSJU003154F.

¹³ PIZARRO, RAMÓN D. Y VALLESPINOS, CARLOS G., “Tratado de obligaciones”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2017, t. I, pág. 481; OSSOLA, FEDERICO, EN LORENZETTI, RICARDO L. (Director), “Código Civil y Comercial de la Nación”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, t. V, pág. 125.

¹⁴ CNCom., sala A, 19/10/2020, “Fideicomiso de Recuperación Crediticia c. Yoma, Emir Fuad y otro”, LA LEY Online: AR/JUR/48310/2020. Lo propio se resolvió en el caso “Ortola”. La sala D de la Cámara Comercial aplicó el criterio de convertir el valor del dólar, de acuerdo con la cotización de la indicada divisa efectuada por el Banco de la Nación Argentina (tipo vendedor) en la fecha del efectivo

pago, incrementada en un 30% en concepto de “Impuesto para una Argentina inclusiva y solidaria (PAIS)”, de conformidad con el art. 35, inc. “a”, de la ley 27.541. Cfr. CNCom., sala D, 15/10/2020, “ORTOLA MARTÍNEZ, GUSTAVO M. c. SARLENGA, MARCELA C.”, LL Online: AR/JUR/47237/2020.

De igual modo: CNCom., sala D, 13/04/2021, “GORZELANY, ALEJANDRO C. FONTANA, GUILLERMO ESTEBAN”, LL Online: AR/JUR/9102/2021.

¹⁵ El dólar MEP también conocido como “dólar bolsa” es un tipo de cambio que se opera en el mercado de capitales y que tiene menos restricciones para la compra que el llamado “dólar ahorro solidario”. De esta forma, quienes quieran adquirir divisa extranjera de forma legal pero no cumplan con los requisitos para comprar el cupo de US\$200 permitido, pueden volcarse a la bolsa y hacerlo por esa vía. El dólar MEP consiste en la compra de un bono en pesos y, tras adquirirlo, su venta en dólares. De esta manera, el tipo de cambio se calcula a partir de la división entre el precio en pesos y la cotización en dólares. El MEP es una alternativa que permite dolarizarse sin necesidad de comprar dólar blue e implica una modalidad indirecta

para obtener moneda estadounidense. Vale recordar que los intermediarios financieros mediante los cuales se adquiere este tipo de dólar cobran una pequeña comisión entre la compra y la venta de los activos y la adquisición se efectúa mediante un Agente de Bolsas. Además del dólar MEP, está el dólar CCL (contado con liquidación), que también es financiero y permite cambiar pesos por dólares en el exterior.

¹⁶ Por todos: CNCiv., sala J, 12/07/2021, "ARIAS, EDMUNDO JORGE C. RODRÍGUEZ, JUAN CARLOS", LL Online: AR/JUR/110350/2021; CNCiv., sala M, 05/04/2021, "G. A. M. c. Y. E. V.", LL Online: AR/JUR/6668/2021.

¹⁷ Hace varios años se convalidó la cláusula bonex en donde el deudor se obligó a entregar la cantidad de títulos públicos que vendidos en algún mercado extranjero le permitiera al acreedor hacerse con la cantidad de la divisa prometida (CNCiv., Sala F, "F.M.R. c. A, C. y A.", 25/08/2015, LA LEY, 2015-E, 174) o ante la posibilidad de invertir en bonos del gobierno en dólares, pagaderos en esa misma moneda, para así poder saldar correctamente la obligación pactada (CNCiv., sala B, "POCZTER, DÉBORA ADRIANA Y OTRO C.

GARMENDIA DEMORONTA, MARÍA RAQUEL s/ consignación de alquileres", 10/09/2018, LL AR/JUR/47080/201).

¹⁸ CNCCom., sala E, 17/12/2020, "SÁNCHEZ, JUAN LUIS y otro c. Sánchez, ADRIANA SUSANA", Erreius digital: IUSJU003154F.

¹⁹ CNCCom., sala F, "ORTOLA MARTÍNEZ, GUSTAVO MARCELO C/ SARLENGA, MARCELA CLAUDIA S/ ORDINARIO", 15/10/2020, LL AR/JUR/47237/2020; CNCiv., sala F, "ARITSU, MARIEL NORMA C/ SANMARCO DANIEL EDUARDO s/ejecución", octubre 2022; CIJ; CNCCom., sala B, "O., D.S. c/ Italmol SRL s/ ejecutivo", 4/4/2022, CIJ; CNCiv ComFederal, sala III, "GÓMEZ, LEONEL ENRIQUE y otro c/Estado Nacional y otro s/ amparo de pesificación", 12/10/2021, LL LALEY AR/JUR/9102/2021.

²⁰ CNCCom., sala A, "Fideicomiso de Recuperación Crediticia c/ YOMA EMIR Fuad y otro s/ ejecutivo", 19/10/2020; LL AR/JUR/48310/2020.

²¹ CNCCom, sala B, "ELIAS, GRACIELA ISABEL C/CURRA, FABIAN DOMINGO Y OTRO S/EJECUTIVO", 06/06/2022.

²² CSJN, 23/09/1976, "VIEYTES DE FERNÁNDEZ, JUANA, suc. c. Provincia de Buenos Aires".

²³ "El incumplimiento de un contrato genera la obligación de indemnizar, que comporta una deuda de valor" y no una "deuda de dinero", aun cuando naturalmente se resuelva en el pago de una cantidad de moneda. Y tratándose, entonces, de una "deuda de valor" no le alcanzan las previsiones de la ley de consolidación, que están referidas a las deudas dinerarias" (CNFedCivCom, Sala II, 28/08/1992, "Laboratorios Miles de Argentina S.A. c. Capitán y/o Prop. y/o Armador Buque ESTHER SCHULTE y otros", TR LALEY AR/JUR/271/1992).

²⁴ Art. 21, Ley 27.271 para las UVI; la Com."A" 5945 para las UVA; o el art. 14 de la Ley 27.551 para los alquileres.

²⁵ CASIELLO, JUAN JOSÉ; "Los intereses y la deuda de valor (Doctrinas encontradas y saludable evolución de la jurisprudencia)", TR LL AR/DOC/3431/2009; CAO, JOSÉ MARÍA; "Obligaciones de valor y depreciación monetaria", TR LALEY AR/DOC/999/2022

²⁶ PADILLA, RODRIGO - AGÜERO, MARIANA; "A propósito de los "planes de ahorro" y la distin-

ción entre las obligaciones de dar sumas de dinero y las obligaciones de valor”, TR LALEY AR/DOC/1672/2017

²⁷ Con relación a los bienes propios de los cónyuges y recompensas (arts. 464, 491, 493, 494), en la mejora de obligaciones de dar cosa cierta (arts. 751, 752, 753), en relación a la restitución en los casos de extinción del contrato por declaración de las partes (arts. 1080, 1081, 1114), en la obligación de valor en el contrato de suministro (art. 1181), en la permuta (art. 1174), en la locación (arts. 1211, 1224, 1226), en la obra y servicio (art. 1260), en el transporte de cosas (art. 1307), en el depósito necesario (art. 1372), en el factoraje (art. 1427), en la agencia (art. 1486), en la donación (arts. 1557, 1563, 1564, 1565, 1569, 1570), en el contrato oneroso de renta vitalicia (art. 1602), en la cesión de derechos (art. 1629), en el fideicomiso (art. 1680), en el empleo útil (arts. 1791, 1793), en la indemnización y pago por mejora en la posesión y tenencia (art. 1938), en la adquisición de dominio por transformación y accesión (arts. 1957, 1958, 1962, 1963), en el cobro de medianería en el condominio de muros, cercos o fosos (arts. 2014, 2015, 2017, 2019, 2032), en la indemnización a favor del su-

perficiario (art. 2126), en la responsabilidad del heredero y demás disposiciones sucesorias (arts. 2295, 2317, 2318, 2343, 2385, 2405, 2413, 2417, 2445, 2454, 2455), etc.

²⁸ En la indemnización por lesiones o incapacidad física o psíquica (arts. 1746, 1747).

²⁹ STLaPampa, Sala A, 18/10/2022, “RODRÍGUEZ, LEANDRO OMAR C. Estado Provincial de La Pampa s/ Daños y perjuicios”, TR LALEY AR/JUR/168550/2022.

³⁰ MOISSET DE ESPANÉS, LUIS, “La ley de convertibilidad: Determinación del precio y cláusulas de estabilización”, JA 1991-IV-775.

³¹ En las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2015 se concluyó por unanimidad: “El momento para la cuantificación de la deuda de valor será el determinado por las partes en el contrato, o la sentencia en el caso de deudas judiciales”.

³² Ante la ejecución de un pagaré cuyo objeto consistió en determinada cantidad de cereal se dispuso: “Lo que invalida el documento como título ejecutivo es la redacción del mismo, de donde se extrae que se necesita otra informa-

ción anexa para concretar el monto de lo que se pretende como deuda asumida por el firmante del documento. Así cuando se lee que se documentó “pagaré sin protesto la cantidad de pesos equivalentes a cinco mil quintales...” (así reza el título base de la acción), para poder cuantificarlo tenemos que recurrir a otra información, que complete el documento para exigir la suma que se prometió en pesos. En ese orden de ideas y como el título (pagaré) tiene como característica su autonomía, y de él debe extraerse el monto del crédito (o su fácil liquidación), como reza el artículo 517, CPC, lo que se podrá obtener de una simple operación matemática, cuyas bases surjan del propio título y no de otra información complementaria (cotización en un lugar determinado del cereal referido).” (Cámara Cuarta de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Córdoba, in re “AYROLO GERMAN M. C/ FIGATTI CARLOS ANGEL y otro –Ejecutivo Por Cobro de cheques, letras o pagares- Recurso de apelación”, Expte N° 1299603/36, 10/03/2019).

³³ CNCom, sala F, 26/06/2018, “YANG, JINGHU C/GONZÁLEZ, GLORIA ISABEL s/Ejecutivo”, www.cij.gov.ar. Id.: CNCom, sala A, 23703/2017, “PÉREZ MORALES, LEONARDO C/ FRIHWITH, MARCELO ANDRÉS s/ Ejecutivo”, www.cij.gov.ar

³⁴ En un caso de contrato cuyo objeto fue una obligación de valor con pretensión ejecutiva se dijo: “El título ejecutivo se caracteriza por su autonomía respecto de la relación sustancial que ha generado el crédito y su suficiencia, pues de la sola lectura del título documentado deben surgir no sólo los sujetos legitimados sino también el monto del crédito o su fácil liquidación y exigibilidad. La obligación es “fácilmente liquidable”, según el art. 520 del Cód. Procesal, cuando su determinación depende de una simple operación aritmética, cuyas bases constan en el respectivo título. El contrato bilateral, como el de compraventa, no puede generar un título ejecutivo ni discutirse en el marco de un proceso de ejecución, salvo que esté expresamente reconocida por la contraparte la exigibilidad de la obligación dineraria reclamada por el ejecutante. El reconocimiento de la exigibilidad de la obligación dineraria reclamada por el ejecutante no puede suplirse por una certificación contable, pues remite a la verificación de constancias que no obran en el título que se ejecuta. El art. 520 del Cód. Procesal limita la vía ejecutiva a los títulos enumerados en el art. 523 del Cód. citado, de los cuales surge una obligación exigible de dar cantidades líquidas de dinero o fácilmente liquidables. Uno de los presupuestos de apertura del juicio ejecutivo es la existencia de una deuda exigible y líquida, ya

que si no lo es no hay título hábil para proceder ejecutivamente, con prescindencia de que el crédito tenga o no garantía real. Las obligaciones de valor, aun cuando son líquidas y exigibles, no pueden ser objeto de liquidación y cobro en el juicio ejecutivo, sino en un proceso de conocimiento” (CNCiv, Sala D, 30/05/1997, “CARGILL S. A. C. VALARINO, DOMINGO”, TR LALEY AR/JUR/2203/1997). Si bien rechazó la ejecución del pagaré continente de obligación de valor, la sala C de la CNCom, in re “Gire S.A. c. Cobros Lomas S.A. y otro s/ Ejecutivo”, del 06/11/2019, (TR LALEY AR/JUR/38976/2019) sostuvo la posibilidad de su ejecución ante ciertas condiciones: “dado el contexto en el que el documento fue librado, no puede decirse de él que resulte continente de una deuda líquida y exigible, dada la multiplicidad y diversidad de las obligaciones resultantes de ese convenio que de tal modo pretendieron ser “garantizadas”. Pues bien, el demandante no dio siquiera una mínima razón de la que pudiera inferirse que la causa de tales documentos hubiese obedecido a una razón diversa de la que invocó la ejecutada, limitándose, en rigor, a invocar la inoponibilidad de la cuestión. Cabe destacar que no se trata de imponer sobre el ejecutante una exigencia que desnaturalice la esencia del proceso, sino de

requerirle, dado el modo en que quedó planteado el asunto, una colaboración mínima e indispensable que, como se dijo, permitiese aventar la posibilidad de una condena fundada en una deuda inexistente.”

³⁵ Ante la ejecución de deuda de valor (UVA) convertida a pesos al valor vigente al hacer efectivo el pago según ordenado en la sentencia de primera instancia, recientemente se sostuvo, interpretando el art. 772, CCyC que “a los fines de la cuantificación de la deuda habrá de tomarse el valor del UVA a la fecha del dictado de la sentencia de primera instancia” y no ya a la conversión del efectivo pago (CNCom, sala F, “Banco De La Ciudad De Buenos Aires C/Cabrices DE MORALES, ELVIRA DE JESUS S/Ejecutivo”, 20/03/2023).

Por el contrario, ordenando convertir parcialmente la obligación de valor a la fecha de la sentencia y ampliando al momento del efectivo pago se pronunció la Sala Primera Civil y Comercial de la Cámara de Apelaciones de Gualeguaychú (ER), el 10/02/2021, in re “Banco de la Nación Argentina c/ Alza Silvio Damián y otra s/monitorio ejecutivo” elDial.com - AAC3D2.

³⁶ Ha dicho la Sala F de la CNCom in re

“Banco De La Ciudad De Buenos Aires C/ PLACIDO RIOS, MARIO LORENZO S/ Ejecutivo”, del 18/02/2021: “Procede confirmar la providencia que dispuso intimar de pago al demandado por la suma consignada en el pagaré acompañado, más la presupuestada para intereses y costas. Ello por cuanto, la pretensión de la actora de incluir dentro del reclamo a la suma equivalente a la cantidad de UVAs expresadas en la demanda, no puede ser admitida, toda vez que excede la continencia formal del título base de la acción ejecutiva que aquí ha sido ejercida. No obsta a ello que en el documento se haya consignado que la deuda deriva de un préstamo de capital variable que se actualiza por el Coeficiente de Estabilización de Referencia (CER) calculado con ajuste a ciertas pautas, ni que se haya acompañado el contrato de mutuo del que surge que las partes acordaron que firmarían ese pagaré por un monto en pesos equivalente a la cantidad de UVAs prestadas, dado que en ese título fue expresado un monto determinado, y es el único monto que puede ser cobrado por la vía que nos ocupa. Además, el actor atribuye al documento respectivo el carácter de pagaré, lo cual, de suyo, implica la necesidad de atenerse a la literalidad propia de los títulos de crédito, que impide acudir a elementos extracartulares a fin de integrar o modificar su contenido” (elDial.com - AG6A5A).

³⁷ Ante la ejecución de un mutuo por UVA se ha dicho: “En la medida que lo adeudado es cierto valor abstracto, el mismo debía ser traducido en dinero en dos momentos: a) cuando las partes cuantifican ese valor, en ejercicio de la autonomía privada; o, b) cuando el juez o el árbitro lo determina en la sentencia o laudo arbitral”. “En punto a los parámetros para la cuantificación del valor adeudado, el Código adiciona una regla clara: debe referirse al valor real al momento que corresponda tomar en cuenta para la evaluación de la deuda. Un valor real que puede ser mayor o menor al que tenía al momento de generarse la obligación. Y, una vez cuantificada la deuda de valor, se le aplica el régimen normativo previsto para las deudas dinerarias”. “A los fines de la cuantificación de la deuda habrá de tomarse el valor del UVA a la fecha del dictado de la sentencia de primera instancia”.

Incluso se reconoció en el precedente citado la facultad judicial de morigerar el rédito: “...dispone el art. 771 del CCyCN que el magistrado tiene la facultad de reducir los réditos cuando media abuso o pueda convertir la obligación en usuraria...” “...cuando en el caso concreto se verifique un marco de desproporción que torna necesario recomponerlo en términos de justicia...” (CNCom, sala F, “Banco de la Ciudad de Buenos Aires c/CABRICES DE MORALES,

ELVIRA DE JESÚS s/ejecutivo”, 20/04/2023, elDial.com - AAD881).

³⁸ “En tales condiciones y en tanto la etapa preparatoria no tiene otro alcance procesal que el de constituir una tramitación previa, sin juicio contradictorio entre las partes...” (CNCom, Sala F, 14/07/2023, “Banco de la Ciudad de Buenos Aires vs. SENA ECHICHURE, DANILO ENRIQUE y otros. Ejecutivo”, RC J 3287/23). Similar sentido: CNCom, sala A, 20/10/2022, “Banco de la Ciudad de Buenos Aires c/ GONZÁLEZ, CARLOS O s/ Ejecutivo”. Sentido contrario: CNCom, sala E, 15/02/1988, “ARCE BARREIRO, BENIGNA C. VALLOSCURO, ROSA y otros”: “El documento que contiene la obligación de entregar Bonex serie año 1982 no cumple con lo dispuesto en el art. 102, Dec-Ley 5965/63 que exige que el título contenga una promesa incondicionada de pagar una suma de dinero; ya que los valores no constituyen una moneda de curso legal aunque sean representativos de contenido económico. La preparación de la vía ejecutiva (reconocimiento de firma) no resulta apta para sanear los defectos del título al carecer los requisitos de habilidad del papel como pagaré.”

³⁹ Tal disparidad de aseveraciones de la doctrina se vio reflejada en las conclusiones di-

vergentes de la Comisión sobre obligaciones de dar dinero de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil en el año 2015: La mayoría postuló que la obligación en moneda extranjera está encuadrada en la categoría de obligación de dar suma de dinero. Por su parte, en minoría se sostuvo que la obligación en moneda extranjera está encuadrada en la categoría de obligación de género.

⁴⁰ Es interesante recordar lo resuelto por la CNCiv, sala C, in re “Banco De La Ciudad De Buenos Aires C/ PLACIDO RIOS, MARIO LORENZO S/Ejecutivo, 18/02/2021 en donde se apeló el decreto que ordenó intimar al deudor al pago de la suma consignada en el pagaré, pretendiendo el actor la intimación por la suma expresada en unidad de valor (UVA). Se agravó al expresar que en la demanda se entabló reclamando la suma equivalente a la cantidad de UVAs. A su turno, la alzada no cercena de plano la posibilidad de incluir la obligación como objeto del título valor, sino que restringe su ejecución a tenor de la literalidad expresada en el documento. Del contexto fáctico se aprecia que el pagaré se libró por cierta cantidad de pesos, equivalentes la cantidad de UVAs al tiempo del libramiento, de forma complementaria a un empréstito cuyo objeto resultó la mencionada

obligación de valor. Al respecto indicó la alzada que *“En tales condiciones, la pretensión de incluir dentro del reclamo a la suma equivalente a la cantidad de UVAs expresadas en la demanda, no puede ser admitida, toda vez que excede la continencia formal del título base de la acción ejecutiva que aquí ha sido ejercida”*. *“No obsta a ello que en el documento se haya consignado que la deuda deriva de un préstamo de capital variable que se actualiza por el Coeficiente de Estabilización de Referencia (CER) calculado con ajuste a ciertas pautas, ni que se haya acompañado el contrato de mutuo del que surge que las partes acordaron que firmarían ese pagaré por un monto en pesos equivalente a la cantidad de UVAs prestadas.”* *“Ello así, en razón de que lo que aquí hay que juzgar no es el importe de ese préstamo, sino el que corresponde al título sobre la base del cual se pretende proceder de modo ejecutivo. En ese marco, y toda vez que en ese título fue expresado un monto determinado, ese es el único monto que puede ser cobrado por la vía que nos ocupa.”* *“Debe ponerse de resalto que el actor atribuye al documento respectivo el carácter de pagaré, lo cual, de suyo, implica la necesidad de atenerse a la literalidad propia de los títulos de crédito, que impide acudir a elementos extracartulares a fin de integrar o modificar su contenido”*.

⁴¹ Cámara Federal de Bahía Blanca, 06/05/2021, “Banco de la Nación Argentina

c/ BONONATO, DANTE RUBÉN s/ Cobro de pesos/sumasa de dinero”, FBB 15843/2021/CA1.

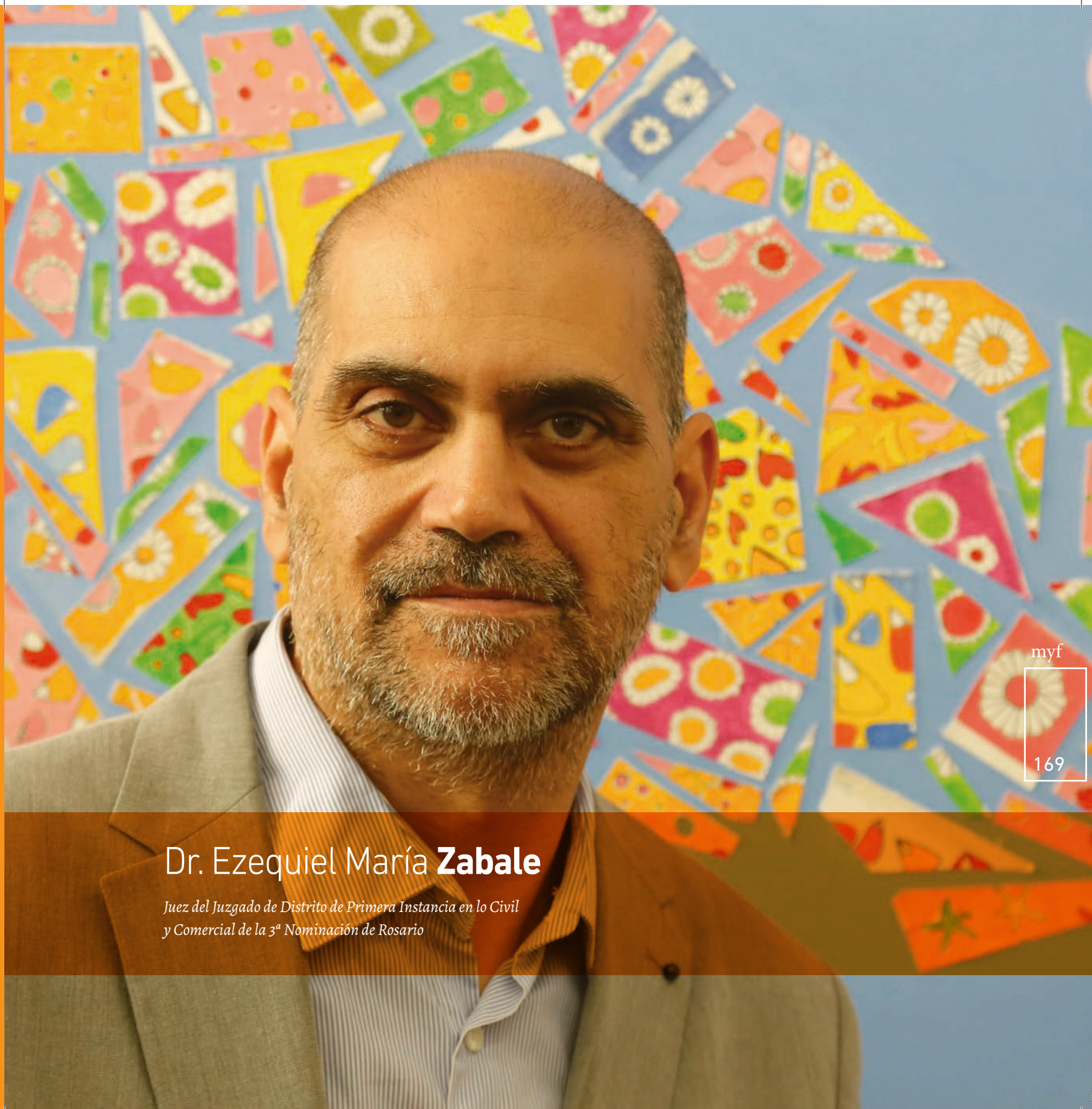
⁴² Por todos: PAOLANTONIO, MARTÍN E., *“La ejecución de títulos valores cambiarios nulos”*, TR LALEY AR/DOC/4785/2010.

⁴³ Similar sentido: Plenario CNCom, “KRSHCHANOWSKY, MIGUEL C. WELIKI, DANIEL S/ Ejecutivo”, 22/09/1981, LA LEY, 1981-D, 254; CNCiv, Sala C, 05/05/1981, “B. de B., J. R. c. B. J. N.”, TR LALEY AR/JUR/1704/1981; C1aCivComMinasPazyTribSanRafael, 24/04/2014, “T., L. c. QUIROGA, MARIANA ANDRÉA LUJÁN S/ ejecución acelerada (cambiaria)”, TR LALEY AR/JUR/9395/2014; CNCom, Sala C, 25/11/2019, “ABRACIANO, SILVIO FERNANDO C. BUTTERI, JOSE LUIS S/ Ejecutivo”; LALEY AR/JUR/45252/2019, CNCom, Sala D, “Los Grobo SGR c. Sucesores de HUGO DANIEL BUCCHIANERI y otro s/ ejecutivo”, 26/02/2019, TR AR/JUR/232/2019; C1aCyCBahíaBlanca en pleno, “Coop. De Servicios y Obras Públicas de PÚAN c. RODRÍGUEZ, OSCAR A”, 04/03/2010, TR LALEY AR/JUR/4440/2010. En sentido contrario: Plenario Cámara de Apelación Civil y Comercial de Azull: “CANOSA HÉCTOR A. C. GRONDONA EMILIO y otro”, 14/06/2000, J.A., 2000-IV, 475.

Inflación, Economía y Justicia. Actualización monetaria en procesos judiciales

myf

168



myf

169

Dr. Ezequiel María **Zabale**

*Juez del Juzgado de Distrito de Primera Instancia en lo Civil
y Comercial de la 3ª Nominación de Rosario*

Abstract

Los procesos inflacionarios impactan de lleno en la resolución de los conflictos privados, con intereses netamente económicos, traídos a solución y revisión al sistema de justicia. Un proceso judicial tiene una duración estandarizada, de inicio a fin, de entre 12 y 16 meses dependiendo la complejidad de la causa y el impulso brindado por las partes y el tribunal. En épocas de inflación, durante ese período de tiempo, se producen divergencias significativas en el valor de cambio entre del monto o capital reclamado al inicio del proceso y al final, resultando que lo que otrora era una suma significativa de dinero al inicio del proceso resulta una suma poco significativa al final de mismo. Se han propuesto diferentes estrategias de solución del problema, ya legal, ya económica, ya mixta. No pretendo agotar la discusión, solo brindar otras posibles miradas de abordaje al problema.

1. La faz económica

1.1. La inflación y la especial situación Argentina

La inflación suele ser definida por dos vías diferentes, el aumento generalizado de los precios o la pérdida del valor intrínseco de la moneda nacional -el peso-. Excede al marco del presente trabajo exponer el origen y las causas de la inflación, cuestiones sobre las cuales los economistas aun no acuerdan¹, como así también los conceptos de inflación por costos, por demanda, agregada, etc.². En cualquier caso, la traducción inmediata del fenómeno de la inflación es que al mismo número de pesos, entre uno y otro momento histórico, se adquieren menos bienes o servicios. Con

\$10.000 hace un año se compraban tantos litros de nafta, tantos dólares, tantos kilos de carnes o de manzanas, hoy con \$ 10.000 se adquieren muchos menos de cualquiera de todas las opciones mencionadas.

El dinero, el peso, cumple diversas funciones, es unidad de medida de valor e intercambio, es unidad de cuenta y finalmente es reserva de valor. Durante los procesos inflaciones se produce un desplazamiento de esas tres variables, la moneda deja de ser considerada como unidad de cuenta, como unidad de medida y pierde el carácter de unidad de valor. Tanto así que desde la edad "la mala moneda reemplaza a la buena moneda", circula cada vez más rápido la moneda

mala -el peso- y desaparece del mercado todo lo que tiene valor de ahorro -dólares, mercaderías, etc.-.

Por razones que exceden el presente, nuestro país ha sufrido durante diversos períodos de su historia moderna diversos procesos inflacionarios, con más o menos inflación, con unas u otras características, pero en general han existido procesos inflacionarios sobre el final de la década del 30, sobre la mitad de los 40, sobre mediados de los 50 -con el gobierno de Perón y los posteriores-, a finales de los 60, a mediados de los 70, al inicio de los 80. Luego se han sumado procesos particulares, la hiper inflación de finales de los 80 y principio de los 90, la convertibilidad, la post convertibi-

lidad³ y más recientemente los procesos de aceleración inflacionaria desde 2014 en adelante.

1.2. La tasa de interés

La tasa de interés es el precio del dinero, cuanto se paga y/o se cobra en un determinado momento histórico por usar dinero de otros. La tasa de interés juega un rol central en el esquema económico de un país⁴, entre otras cosas es determinante para que una persona -un agente económico en verdad- decida consumir hoy, ahorrar, invertir a futuro en tal o cual cosa, o volcar su ahorro a la demanda interna, etc. Es uno de los precios relativos más importantes de la economía, movilizador de capitales de riesgo y de trabajo y parámetro central para la toma de decisiones de inversión de largo plazo.

A partir del descriptor que se utilice existen diferentes tipos de tasas de interés, tomando la forma de agregado al capital puede ser fija o variable, considerando la aplicación puede ser efectiva, nominal y asociado a ambas el costo financiero total. Para lo que aquí importa debe distinguirse entre

tasa real o positiva y tasa bajo la par o real negativa. Una tasa de interés real se tiene cuando la rentabilidad nominal del dinero -o de cualquier activo- es superior a la inflación, contando ambas en el mismo periodo de tiempo. En cambio hay tasa negativa cuando la rentabilidad nominal del dinero -u otro activo- resulta inferior a la inflación. De forma tal que si entre el 1 de enero de 2023 y el 31 de diciembre de 2023 la inflación resulta ser de 100% anual⁵, una tasa real debería ser de al menos 101% anual, cualquier valor por debajo de los indicados sería negativo. Irving Fisher⁶ fue el primero en sugerir que la tasa de interés nominal que se paga en el mercado tiene dos componentes, por un lado el rendimiento real del capital y por otro la sanción por la depreciación del poder adquisitivo del dinero.

El uso de la tasa de interés como variable de una economía no se encuentra exento de discusiones entre los grandes economistas, como juega la misma en diversos periodos, si debe ser “subida” o “bajada” por la autoridad central para estimular, incentivar o desincentivar ciertas o determinadas posicio-

nes de mercados y conductas de los agentes económicos, todo lo que -una vez más- supera con creces las posibilidades de este breve análisis⁷.

Aplicando a la finalidad del interés se distingue entre interés compensatorio y moratorio. El primero es el precio del dinero por el tiempo de uso, el precio por el capital ajeno, cuanto debo pagar por usar el capital de otro o por disfrutar anticipadamente de bienes. El segundo es el interés que se paga por no devolver el dinero en el plazo especificado, es el precio de la mora, o el precio por el tiempo de no devolución del dinero.

1.3. El costo de oportunidad y los precios relativos

El costo de oportunidad es el tiempo perdido al elegir una opción en particular, en cualquier orden de la vida, algo así como cual casilla de peaje debo elegir y que hubiera pasado si optaba por la otra.

En economía y finanzas el costo de oportunidad es la opción perdida por preferir un instrumento financiero

particular por sobre otro. Si compro dólares no puedo poner esos mismos pesos en un plazo fijo, a determinada unidad de tiempo, el dólar habrá tenido un rendimiento y el plazo fijo otro diferente.

Comúnmente se llama precios relativos al valor de intercambio de un bien respecto de otros bienes que circulan en una economía cualquiera. El dinero, la tasa de interés y el costo de oportunidad se encuentran vinculados en forma íntima a los precios relativos, el valor de los bienes “depende” intrínsecamente de esas variables considerando especialmente que el dinero es el principal bien de una economía.

1.4. La indexación

La palabra indexación, en economía, es un sistema que se utiliza para compensar las pérdidas de valor que experimentan las obligaciones a largo plazo, generadas por la devaluación de la moneda o la inflación. Permite ajustar los montos nominales utilizando un índice de referencia, de tal forma que se mantenga el poder

adquisitivo relativo del dinero. Se utiliza para mantener un precio relativo estable entre dos o más bienes o servicios, o para mantener un precio real de un bien o servicio en relación con al peso que sufre una pérdida o deterioro del valor intrínseco por el efecto de la inflación. En definitiva la indexación es la herramienta a la que recurren los agentes económicos para corregir la depreciación monetaria que produce la inflación.

Ejemplo concreto, la actual ley de alquileres fija el tiempo mínimo del contrato en 3 años, pero cada año el precio inicial pactado por las partes puede ser ajustado conforme un índice que publica el gobierno a través del Indec, hay pues una indexación. Pueden usarse otros ejemplos en la economía actual, la renegociación de precios, de los sectores asalariados, mediante el esquema de paritarias no es más que una forma de indexación de los salarios. Desde el punto de vista de la economía la es una herramienta de corrección que tiende a hacer confluir las variables, no es ni buena ni mala.

2. La faz Jurídica

2.1. La prohibición de indexar

La prohibición legal de indexar se encuentra contenida en el artículo 7 de la ley 2392⁸, las pautas desindexatorias continuaron durante el periodo 1992-20028. Con la crisis económica del periodo 2001/2002 se dictaron diversas leyes de emergencias, entre ellas la ley 25561⁹ que modificó la redacción del artículo 7 de ella ley 23928, que ahora reza “*En ningún caso se admitirá actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor, con las salvedades previstas en la presente ley*”¹⁰. Párrafos abajo, el artículo 10, derogó todas las leyes que permitían la indexación. Se recuerda, grabado a fuego en la piel, la famoso circula “1050” dictada por el BCRA¹¹, bajo la presidencia de Adolfo Diz, mediante la cual se autorizó a los acreedores hipotecarios a actualizar -léase indexar- las cuotas de los mismos de acuerdo a la tasa de inflación¹².

El primer embate fuerte contra la prohibición legal de indexar fue dado por la legislación de emergencia de los años 2002 y 2003, a la vez que se ratificaba la vigencia de los artículos 7 y 10 de la ley 23928 se creaba el Coeficiente de Estabilización de Referencia¹³ -CER- y el Coeficiente de Variación Salarial -CVS-. Ambos coeficientes -noten los/as lectores/as que no uso la palabra índice- las obligaciones en moneda extranjera que hubieran sido convertidas en pesos, se mantendrían actualizadas de acuerdo al origen o razón de la obligación.

Luego, con el correr de los años y el aumento del proceso inflacionario a partir del periodo 2013 - 2023 se han creado otros mecanismos de actualización aunque con el cuidado de sostener que no son formas de indexación.

Algunos ejemplos de estos métodos de ajuste -verdaderas indexaciones desde lo económico-. El régimen especial creado por el decreto 146/2017¹⁴ por el cual se modificó el sistema de ajuste de algunos créditos del programa ProCreAr autorizan-

do la aplicación del CER. En abril de 2016 el entonces gobierno nacional lanzó los créditos hipotecarios ajustados por Unidad de Valor Adquisitivo -UVA- que se ajusta por CER e IPC, es decir por inflación. La actual ley de alquileres 27551¹⁵, artículo 14, contiene un sistema de ajuste e indexación del canon locativo a través de un índice especial cuyos dos componentes centrales son otros dos índices, el Índice de Precios al Consumidor -IPC- y el RIPTe -Remuneración Imponible Promedio de los Trabajadores Estables-.

Existe pues una prohibición formal de indexar pero existen numerosos índices que nos indican como indexar y que sirven para mantener estables "precios relativos" en especial el precio relativo de la moneda que, como ya dije, tiene a disminuir en periodos de inflación. En estas breves líneas hemos identificado los siguientes índices de ajuste, a pesar de la prohibición de indexar, IPC, CVS, CER, RIPTe, UVA y podríamos seguir ejemplificando.

En materia de honorarios también se han creado unidades e índices de va-

lor, la unidad IUS de uso habitual en la Provincia de Santa Fe y Buenos Aires -entre otras muchas- o la unidad UMA de uso en la justicia federal 27423¹⁶.

2.2. Deuda de valor, otra forma de indexación

Georg Knapp, en 1905, expuso su tesis según la cual cada unidad monetaria fiduciaria, en nuestro caso cada peso, es igual a si mismo sin que sea necesario considerar la relación de intercambio o el poder intrínseco de adquisición de otros bienes y servicios¹⁷. Knapp es el padre de la teoría nominalista del dinero¹⁸, teoría económica y política, que asegura el poder del estado de emitir la moneda y fijar su valor a la vez que presenta numerosas ventajas administrativas, fiscales y monetarias.

En el derecho francés Savigny advertía sobre el poder adquisitivo del dinero, apartándose del metalismo. Eliyahu Hirschberg formularía, años más tarde y evolución de la ciencia estadística, una crítica acabada al principio nominalista del dinero dando forma definitivamente a la teoría

moderna del valorismo¹⁹. El valor del dinero se mide en función de los bienes que puede adquirirse con él.

En 1925 Nussbaum desarrolla la idea que existen dos tipos de deudas, las que nacen y mueren como deuda de dinero y las que nacen como deuda de valor y se extinguen con dinero²⁰, para luego ampliar y defender su tesis en 1950 describiendo el derecho monetario internacional²¹.

Nuestra legislación ha seguido la regla nominalista²², pero suficientemente adaptada para permitir la existencia de la deuda de un valor, de forma tal que en determinados casos no se debe dinero o moneda sino "un valor". Con el pasar de los procesos modernos de fuerte y continuada inflación, especialmente el periodo 1975-1983, la teoría valorista fue revitalizada. A su vez la indexación de las deudas de dinero, o el reajuste permanente de las mismas, conllevó una asimilación prácticas de las categorías, si se debía un valor éste se convertía en dinero el día del pago y la deuda siempre estaba actualiza-

da, si se debía dinero se imponía un reajuste por inflación o por índice de tasa de interés que permitía mantener la deuda actualizada, en la práctica la economía se imponía -y aun se impone- a la norma jurídica.

El Código Civil y Comercial ha reconocido expresamente las categorías de deuda de dinero y deuda de valor en los artículos 765, 766 y 772, con contradicciones evidentes en la redacción, a pesar de numerosos y muy loables esfuerzos por proponer que el articulado es "armonioso". La razón de la redacción del articulado, quizás, deba buscarse en la memoria histórica de los agentes económicos argentinos -le gente-, el legislador pretendió cubrir todas las alterativas históricas. Mantener el principio nominalista para evitar una pérdida de poder por parte del estado, garantizar la facultad de emitir moneda y asignar valor nominal a la misma, también asegurar el respeto a los contratos y obligaciones en moneda extranjera y, finalmente, proteger a los acreedores cuando se debe un valor y hay procesos inflacionarios²³.

Creo que a esta altura puede decirse, sin hesitación y sin yerro, que el problema jurídico de la aplicación de la teoría nominalista, valorista, la indexación, la tasa de interés, etc. deviene en verdad de la existencia de un problema económico, la inflación. Sin inflación no hay problema jurídico para resolver y tampoco tendrían aplicación prácticas las diferencias entre deuda de valor y deuda de dinero.

3. El proceso judicial

3.1. El factor tiempo

El proceso de cobro de una deuda, desde la intimación previa, al fin del juicio, ejecución y cobro, lleva tiempo. Ese tiempo dependerá de las circunstancias del caso, del deudor/a, de las defensas, del acreedor/a, de los mecanismos disponibles para el cobro, del funcionamiento del servicio de justicia, de los/as profesionales que llevan el proceso judicial, etc. Una serie de acciones, medianamente estimables en tiempo, pero con diversas variables aleatorias, imponderables, que podrían extender el tiempo

de cancelación de la obligación, de la deuda, de recupero de la acreencia.

Un proceso judicial moderno, ágil, con garantías de defensa, bien llevado por los tribunales y los/as profesionales, sin mayores incidencias, debería durar entre 12 y 18 meses, desde su etapa extrajudicial a la sentencia de primera instancia, luego los plazos de ejecución de la deuda o las eventuales ulteriores instancias son imprecisas de sostener. Hablamos aquí de procesos donde se disputan intereses económicos privados que pueden ser transigidos, ejecuciones civiles, cobro de pesos o deudas de moneda extranjera, obligaciones de hacer o entregar cosas, indemnizaciones civiles o laborales, alimentarios, etc.

El tiempo del proceso judicial no puede ser “salteado”, es inherente al servicio de justicia y al sistema de resolución pacífica de conflictos. En la mejor de las hipótesis, si hay resistencia por parte del deudor/a, el factor tiempo nunca será inferior a los 12 meses entre el inicio y el cobro efectivo de lo reclamado.

En economía el tiempo es dinero, por ende la pérdida de tiempo se compensa con dinero, con aplicación de tasas de interés compensatoria y moratoria.

3.2. Actualización judicial de deudas, análisis económico

1. Un acreedor/a demanda a su deudor/a por la cantidad de \$ 570.000, que es la suma de capital más intereses compensatorios que debe por el saldo de un crédito tomado. El acreedor/a reclama el recupero de su crédito, más los intereses moratorios. La deuda entró en mora el 10 de marzo de 2022, la sentencia es del día viernes 8 de septiembre de 2023 -al momento de escribir estas líneas-, la inflación en el periodo de 18 meses fue cercana al 223%, en este contexto cual es -o sería- la suma final de dinero que debe recibir el acreedor. Siendo la deuda monetaria se debe actualizar por la aplicación de una tasa de interés, pero resulta ahora que la tasa de interés vendrá a cumplir una doble función. Por un lado deberá mantener actualizada la suma de dinero adeudada para hacerla converger con la tasa de inflación del pe-

ríodo para compensar la pérdida de valor del dinero. Por otro lado debe existir una sanción por la mora, que debe ser diferente a la mera compensación, un interés diferencial.

2. Un acreedor/a demanda a su deudor/a por la cantidad de u\$s 3.000, que es la cantidad de dólares por capital e intereses compensatorios que debe por el saldo de un crédito tomado. El acreedor/a reclama el recupero de su crédito, más los intereses moratorios. La deuda entró en mora el 10 de marzo de 2022, la sentencia es del día viernes 8 de septiembre de 2023 -misma situación que la anterior-, la inflación en el periodo de 18 meses fue cercana al 223%, en este contexto cual es -o sería- la suma final de dinero que debe recibir el acreedor en dólares. No entraré en la discusión del tipo de cambio, tomaré siempre el cambio MEP, pues a los efectos del ejemplo es igual la cantidad de pesos que haya que entregar por cada dólar siempre que se tome el mismo valor al inicio y al final. Siendo la deuda en moneda extranjera se debe un valor, que será

monetizado el día del efectivo pago y habrá que adicionar un interés moratorio desde la fecha de mora y hasta el efectivo pago. A diferencia del caso anterior solo aplica el interés moratorio, sin necesidad de usar la tasa de interés como valor de referencia para mantener incólume las sumas de dinero.

3. Un acreedor/a demanda a su deudor/a por la cantidad de 5334 litros de diésel premium. El acreedor/a reclama el recupero del préstamo de uso, más los intereses moratorios. La deuda entró en mora el 10 de marzo de 2022, la sentencia es del día viernes 8 de septiembre de 2023 -misma situación que la anterior-, la inflación en el periodo de 18 meses fue cercana al 223%, en este contexto cual es -o sería- la suma final de dinero que debe recibir el acreedor por el combustible. Nuevamente no debe analizarse el posible cambio de cotización del precio, a los efectos del ejemplo es igual la cantidad de pesos que haya que entregar por litro. Siendo la deuda en bienes, combustible, una vez más se

debe un valor, que será monetizado el día del efectivo pago y habrá que adicionar un interés moratorio desde la fecha de mora y hasta el efectivo pago. Se anima el lector/a a comentar -in mente- cuál sería la tasa aplicable y a que fines respondería la misma.

Como puede observarse la deuda de valor funciona como un modo de indexación de la deuda, sin perjuicio de la forma en que se pretenda disimular la cuestión. Probablemente en el primer caso el deudor se queje de una "doble imposición de intereses", aunque tal doble imposición no existe o al menos cada forma de interés responde a una finalidad diferente. En el segundo caso no habrá queja alguna, ergo existe una tendencia mayoritaria a procurar ir hacia obligaciones de valor o ser acreedor de una "deuda de valor".

Probablemente en el primer caso, todas las partes procesales, discutirán sobre la tasa de interés aplicable para mantener actualizada la deuda. Probablemente también haya una im-

posición de tasa que no alcance para cubrir el costo de depreciación de la moneda, mucho menos que compense el capital histórico y sancione la mora. Ergo, los acreedores buscarán, una vez más, garantizar la obligación mediante deudas de valor.

De forma tal que la aplicación del principio nominalista que persigue, esencialmente, garantizar el uso de la moneda nacional como medio de pago e intercambio y como reserva de valor, se ve afectado por el corset normativo del mismo y las prácticas judiciales llevadas en consecuencia.

La tabla siguiente (*ver página sig.*) es una muestra cabal de la diferencia entre considerar las obligaciones en moneda de dinero, las de valor y la aplicación de los intereses y la monetización. Como explica muy bien Moisset de Espanés "*la inflación destruye totalmente los fundamentos del nominalismo*"²⁴ a la vez que se produce un círculo vicioso. La ruptura del nominalismo obliga a los acreedores a buscar alternativas de protección vía las deudas de valor, el incremento de las deudas de valor

en el mercado desplaza el uso de la moneda lo que acelera la inflación al aumentar la desconfianza en el signo nacional de pago. Resulta que cuanto más nominalismo se persigue menos nominalismo se tiene, a la vez que se acelera el proceso inflacionario.

He utilizado un ejemplo simple, redactado especialmente para el caso, los valores de inicio y fin de las deudas de valor han sido tomados en simultáneo. A pesar de ser mercados regulados, tanto el dólar como el diésel, han ido variando de acuerdo a la inflación vigente, podríamos decir que se aplicaron los criterios de inflación. La última fila representa la evolución del dinero con inflación, más el 9% de interés moratorio, por

los llamados réditos puros. El cuadro se presta a múltiples lecturas y podría ser objeto de impugnaciones diversas, en especial sobre los valores tomados al principio y al final, más la eventual tasa aplicada, se han mantenido criterios estándar y la tasa acumulada fue tomada del sitio calculadordeinflación.com y refrendada con chequeado.com.

4. Corolario

A modo de simple conclusión, la estructura económica es determinante en las vinculaciones sociales, en los periodos de alta inflación los diversos agentes económicos recurren a soluciones posibles para evitar

las pérdidas de valor de los bienes dados al intercambio, entre ellos la moneda nacional. En momento de alta inflación es imperioso revisar algunas prácticas de los actores económicos y del servicio de justicia con diversos objetivos. Procurar garantizar los derechos y obligaciones de las partes, no romper las cadenas de pago, mantener incólume las deudas para cumplir con el principio de indemnización integral y evitar contribuir a la aceleración de los procesos inflacionarios.

Estas simples líneas, apenas apuntes, no pretenden ser una conclusión acabada de la temática, por el contrario solo persiguen traer al lector/a a la discusión y el debate. ■

DEUDA	01/03/22	08/09/23	Actualizada	
\$570000	\$570.000,00	\$570.000,00	\$1.776.120,00	Tasa Cap BNA según CF. más alta informada
u\$s3000	\$570.000,00	\$1.950.000,00	\$2.125.500,00	6% anual, 9% en el período de 18 meses
5533 litros de Diesel	\$570.000,00	\$1.947.616,00	\$2.122.901,44	6% anual, 9% en el período de 18 meses
\$570000	\$570.000,00	\$1.841.100,00	\$2.006.799,00	Inflación del 223% más 9% por los 18 meses

CITAS

¹ Una de las discusiones más arduas en la economía es acerca de la o las causas de la inflación, si es un fenómeno causal o multicausal, si es monetario, económico, de concentración de mercado, psicológico o “un poco” de todo lo anterior. Para un detallado análisis de las diversas teorías puede verse PIVA, ADRIÁN. “La inflación argentina (2002-2013)”. Disponible en <http://hdl.handle.net/11336/58974>; PALAZZO, GABRIEL MARTÍN ICON; RAPETTI, MARTÍN GERVA-SIO E ICON WALDMAN, JOAQUÍN. “Planes de estabilización en América Latina: ¿Qué distingue a los casos exitosos?” <http://hdl.handle.net/11336/206486>

² SAMUELSON, PAUL A. *Economía con aplicaciones a Latinoamérica*. Bs As. Mc Graw Hill. 2005.

³ Para un análisis acabado de los procesos económicos, políticos y sociales de Argentina desde 1880 a la actualidad puede verse a excelente obra de RAPOPORT, MARIO. *Historia Económica, Política y Social de la Argentina* (1880-2003). Bs As. Critica. 2018.

⁴ OPPERS, ERIK. “Interest Rates and Investor

Decisions: The Long and Short of It” en <https://www.imf.org/en/Blogs/Articles/2011/09/13/interest-rates-and-investor-decisions-the-long-and-short-of-it>. Puede leerse que Interest rates matter for investors on borrowed time, que podría ser traducido como “la tasas de interés son importantes para quienes invierten con tiempos prestados” Disponible versión en español, con traducción del IMF.

⁵ Al momento de escribir estas líneas se estima en 140% anual, solamente en agosto el índice de precios fue de 12,4%. www.indec.gov.ar

⁶ Matemático, economista, físico, Fisher fue pionero en el campo de la imposición matemática al análisis económico. Su tesis doctoral -1892- es objeto de estudio y la base moderna del cálculo positivo de interés, especialmente el estudio de la ecuación de Fisher $(1+i)^n = (1+r)^n$. Puede verse Fisher, Irving. *Mathematical Investigations in the Theory of Value and Prices, and Appreciation and Interest*. USA. Cosimo Classics. 2006.

⁷ Pueden verse las grandes discusiones, especialmente entre Keynes y otros economistas de su época, las cuales continuaron con posterioridad, con contradicciones internas. “Pero hemos demostrado que la extensión del aho-

rro efectivo está determinada necesariamente por el volumen de inversión y que éste se fomenta por medio de una tasa de interés baja” para luego decir “Así, lo que más nos conviene es reducir la tasa de interés hasta aquel nivel en que haya, proporcionalmente a la curva de la eficacia marginal del capital, ocupación plena”. KEYNES, JOHN M. *Teoría de la ocupación. El Interés y el Dinero*. Bs As. Fondo de Cultura Económica. Novena reimpresión. 1976. Pág. 330.

⁸ NICOLAU, NOEMÍ L. “La ley 24.283 y las nuevas pautas desindexatorias”. La Ley 1994-C,862

⁹ BORA del 6 de enero de 2022.

¹⁰ CASIELLO, JUAN JOSÉ “¿El fin de la indexación? (Reflexiones sobre la llamada “ley de convertibilidad del austral”)” La Ley 1991-B, 1039. “Convertibilidad, desindexación e intereses en un reciente pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación” La Ley 1992-D, 778.

¹¹ Circula 1050 del BCRA y posterior decreto ley 22510 de consolidación financiera. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-22510-304229/texto>

¹² CHIAPPINI, JULIO O, PEYRANO, JORGE W. “La revisión judicial de cláusulas contractuales

indexatorias, la circular 1050 y la medida cautelar innovativa como herramienta para paliar sus efectos.” La ley 1982-a, 701; SCJ de Mendoza “Banco Central de la República Argentina en liquidación judicial del Banco de los Andes SA. En j: Banco Central de la República Argentina en Liquidación judicial del Banco de los Andes SA. c/ Sostén Dubois s/ Ejecución Hipotecaria – Revisión.” Fallo: 89199190. 14/07/1989. elDial.com – MZ2709, donde puede leerse que “El sistema de las circulares 1050 y A-185 es en definitiva un método de ajuste monetario de actualización de capital, constituido por índices a los que se arriba promediando distintos elementos del mercado financiero nacional, que se aplican al capital, del mismo modo que los índices de recomposición monetaria del INDEC. El resultado es un índice corrector del capital y no una tasa ordinaria de interés. De ahí su expresión numeral en índices y no en porcentajes.”

¹³ Ley 25713 del 28 de noviembre de 2002. <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/80000-84999/81228/texact.htm>

¹⁴ BORA del 6 de marzo de 2017

¹⁵ BORA del 11 de junio de 2020.

¹⁶ BORA del 30 de noviembre de 2017.

¹⁷ KNAPP, GEORGE. *Staatliche Theorie des Geldes*, traducido al inglés como *The State Theory of Money* y al español como *Teoría Estatal del Dinero*. Versión en inglés, on line, con fecha de edición del año 1924 en <https://socialsciences.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/knapp/StateTheoryMoney.pdf>

¹⁸ Se suele llamar a la teoría como Chartalismo o Cartalismo, en referencia al poder de carta que tiene la moneda fiduciaria que permite cancelar obligaciones y pagar impuestos, siendo obligatorio para el estado tomar esa moneda como forma de cancelación de impuestos.

¹⁹ HIRSCHBERG, E. *The Nominalistic Principle: A Legal Approach to Inflation, Deflation, Devaluation, and Revaluation*. Israel. Bar-Ilan University. 1971. Existe traducción al español. El principio nominalista: un enfoque jurídico acerca de la inflación, la deflación, la devaluación y la revaluación / traducción del inglés de Jorge Manuel Roimeser y Mónica G. Cohen de Roimiser. Bs As. Depalma. 1976.

²⁰ NUSSBAUM, ARTHUR. *Das Geld in Theorie und Praxis des Deutschen und Ausländischen Rechts*. Tübingen. 1925.

²¹ NUSSBAUM, ARTHUR. *Derecho monetario nacional e internacional* Bs As. Arayu. 1954.

²² GUASTAVINO, ELÍAS P. “*El Derecho Civil ante la inflación*” Páginas de Ayer 2004-8,21 - Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales Tomo II, 17; CASIELLO, JUAN JOSÉ “*La deuda de valor*” La Ley 104,957 - Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales Tomo II, 869; Trigo Represas, FELIX A “*Deuda de Dinero u Deudas de Valor. Significado actual de la distinción*” en Revista de Derecho Privado y Comunitario. Bs. As. Rubizal Culzoni. 2001. Pág 25 y siguientes.

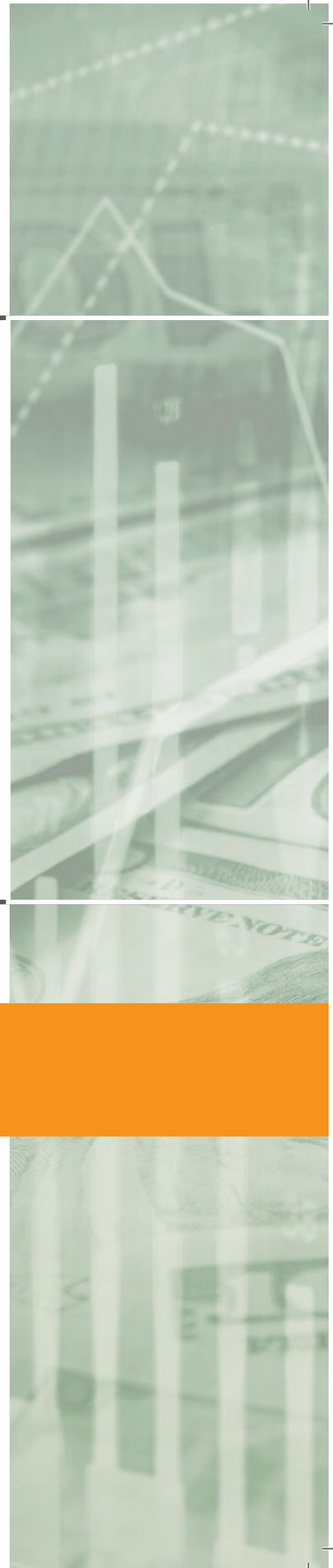
²³ Es recomendable mirar la exposición que realizó el Dr Lorenzetti con motivo de la presentación del anteproyecto Código Civil y Comercial de la Nación con algunos medios de comunicación especializados. En particular cuando se refirió a la distinción puntual entre deuda de dinero, deuda de valor y contratos de depósito bancario, tema sensible por los recuerdos de las restricciones a los depósitos ocurridas en 1990 y 2001.

²⁴ MOISET DE ESPANES Y PIZARRO. “*Las deudas dinerarias y su actualización*”, JA 1977-II-819.

DERECHO LABORAL

myf

180





myf

2

181

Intereses en materia laboral. Criterios jurisprudenciales

myf

182



Dra. Julia E. Collado

*Jueza de la Cámara de Apelaciones
en lo Laboral, Sala I de Santa Fe*



Dr. Marcelo F. Giuliani

*Juez de la Cámara de Apelaciones
en lo Laboral, Sala I de Santa Fe*

myf

183

Introducción

Como consecuencia de los reiterados períodos de inestabilidad económica, e inflacionarios ocurridos en nuestro país, la tasa de interés moratorio ha cobrado una importancia de trascendencia dentro del ámbito del Derecho del Trabajo, especialmente en lo que refiere al trámite de ejecución de sentencias, (art. 139 C.P.L.) y preservación del crédito del trabajador (art. 14 bis C.N.).

En tal sentido cabe destacar que desde la vigencia de la Ley N° 25.561 (art. 4; modificatoria de los arts. 7, y 10 de la Ley N° 23.928), la actualización monetaria se encuentra prohibida en nuestro sistema jurídico vigente, respecto de las obligaciones de dar sumas de dinero.-

Y en tal contexto, ante los planteos de nulidad de la norma la C.S.J.N. fijó criterio in re “Massolo” sosteniendo que: “...El control de razonabilidad del artículo 4° de la ley 25.561- que al sustituir el texto de los artículos 7° y 10 de la ley 23.928 mantuvo vigente la prohibición de indexar-, debe efectuarse

sobre la base de que la declaración de inconstitucionalidad configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado como última ratio del orden jurídico, por lo que requiere inexcusablemente la demostración del agravio en el caso concreto y sólo cabe acudir a ella cuando no existe otro modo de salvaguardar algún derecho o garantía amparado por la Constitución Nacional, y la ventaja, acierto o desacierto de la medida legislativa escapa al control de constitucionalidad pues la conveniencia del criterio elegido por el legislador está sujeta a revisión judicial...” (Massolo, Alberto Jorge c/ Transportes del Tejar S.A. y Otro s/Daños y Perjuicios”; Fecha 20/04/2010, Fallos: 333:447).

Más recientemente, en materia laboral, ha expresado que: “...La aplicación de cláusulas de actualización monetaria significaría traicionar el objetivo anti-inflacionario que se proponen alcanzar las leyes federales 23.298 y 25.561 mediante la prohibición genérica de la indexación, medida de política económica cuyo acierto no compete a la Corte Suprema evaluar. -Del dictamen de la

Procuración General al que la Corte remite-...” (C.S.J.N., “Puente Olivera, Mariano c/ Tizado Patagonia Bienes Raíces del Sur SRL s/ despido”; Fallos 339:1583; fecha 08/11/2016).

Por su parte, la C.S.J.S.F., en sentido análogo ha sostenido que: “...la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa ‘Massolo’ puntualizó que la intención de estabilizar el valor de una deuda vinculándolo a una moneda extranjera tiene un inequívoco propósito indexatorio, contrario a la prohibición de indexar que surge del artículo 4 de la ley 25561...” (Del voto del Dr. Spuler, al que adhiere el Dr. Gutiérrez; Citas: C.S.J.N.: Massolo, Fallos 333:447; C.S.J.S.F.: Olivera, A. y S. T 278, F. 295; Ojeda, T 280, F. 313; Mansilla, T 280, F. 323; y Argüello, T 286, F. 351. CASTRO, Andrea Marcela y Otros c/ASOCIART A.R.T. S.A. -Cobro de Pesos - s/Recurso De Inconstitucionalidad; C.S.J.S.F.; 04/08/2.020; Fuente Propia; 569/20, A. y S. T. 300, F. 113 a 124).

Dicho criterio ha sido sustentado por los Máximos Tribunales en el orden Federal y Provincial hasta el presente, por lo que el criterio de vigencia

del art. 4 de la Ley N° 25.561 persiste en la actualidad.

1. Deudas en dinero y deudas de valor

Según lo establecido en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (Ley N° 26.994), una de las clasificaciones admisibles en materia de obligaciones es el que refiere a las de dar sumas de dinero (art. 765 C.C.C.N.), y las de deuda de valor (art. 772 C.C.C.N.), estando alcanzadas por la prohibición de indexación monetaria solo las primeras, no así las segundas.

Un ejemplo de ello es lo que sucede en materia de accidentes de trabajo, específicamente con el nuevo art. 12 de la Ley N° 24.557 (t.o. por ley N° 27.348), en tanto la norma actualiza el valor mensual de ingreso base (V.M.I.B.) al momento del infortunio mediante RIPTE, y aplica intereses moratorios, o el índice de variación de RIPTE (según rija o no el D.N.U. N° 669/19), hasta el momento de la mora, en que se liquida la fórmula sistémica de los arts. 14, 15, o 18, se-

gún sea el caso, convirtiéndose una deuda de valor a una de dar sumas de dinero, pudiendo desde entonces solo aplicar intereses moratorios, y no ya RIPTE, ni ningún otro índice actualización sobre su resultado.

Algo similar sucede en los procesos por cobro de pesos, donde la variante de actualización serán los salarios mediante las escalas del sector, que por negociación colectiva se van actualizando periódicamente, tomándose a los fines del cálculo indemnizatorio, y salarial la base que arrojen las mismas al momento de la mora.

Sin embargo se observa que una vez adquirida la condición de la obligación de dar sumas de dinero la prohibición de actualización monetaria contenida en la norma se cristaliza, e impide al Magistrado, o las partes, cualquier intento en tal sentido, sin ingresar en la transgresión del dispositivo legal.

En tal contexto, ya antes de la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (Ley N° 26.994), estando en vigor el Código Civil (Ley N° 340), la jurisprudencia reaccionó en mate-

ria de accidentes y enfermedades del trabajo, mediante la declaración de inconstitucionalidad del originario art. 12 de la Ley N° 24.557, y aplicación del criterio de deuda de valor (art. 208 L.C.T.), según lo propusieron en ésta provincia de Santa Fe in re "*GIANASTACIO, Francisco Inocencio c/ ASOCIART S.A. A.R.T. s/Accidente de trabajo*" (Expte. 224- Fo. 225- Año 2016 - A. y S. T. 17, N° 325, F. 433, C.A.T.S.F., Sala II, 16/09/2.016), e in re "*VERGARA, Domingo Aquilino c/LIBERTY ART S.A. (hoy Swiss Medical ART S.A.) s/Demanda prest. Ley 24557*" (Expte. Nro. 238/2015, A. y S. T. 35, F. 423 - C.A.R., Sala II, 30/08/2.016), respectivamente.

Sin embargo, tales pautas fueron dejadas sin efecto el día 14 de febrero de 2.018 mediante el dictado de in re "*OJEDA, Olga Adela c/ASOCIART A.R.T. S.A. - Accidente de Trabajo - (EXPTE. N° 22/16; C.U.I.J. N° 21-05166941-7) s/Recurso de Inconstitucionalidad (Queja Admitida)*" (A. y S. T. 280, pág. 313- fecha 14/02/2.018), el cual en su parte medular dispuso que "...Aun cuando puedan compartirse los argumentos de la Sala en cuanto a los efectos depreciativos de la inflación en el poder

adquisitivo del dinero, la decisión de trastocar la norma que establece el mecanismo de cálculo indemnizatorio declarando su inconstitucionalidad se contraponen con las pautas trazadas en 'Espósito' (Fallos: 339:781) y en 'Britos' (A. y S. T. 275, pág. 346 el propio Sentenciante ha reconocido la existencia de otros mecanismos jurídicos de resolución antes que la invalidez constitucional de la norma. Ello, al señalar que en la actualidad, para los casos como el de marras -donde la contingencia de origen laboral aconteció con anterioridad a la ley 26773 sin haber sido reparada aún- tanto la Corte nacional '... (Fallos: 315:158; 992 y 1209) como la doctrina especializada han reconocido en la tasa de interés un remedio para dicha situación'...

Tales pautas instituyeron a la tasa de interés como única herramienta válida para evitar la depreciación del crédito laboral.

2. Intereses

En el marco descripto, con una creciente depreciación monetaria, como

consecuencia de la persistencia del proceso inflacionario, en nuestra provincia de Santa Fe se impusieron paulatinamente en materia de intereses moratorios los criterios sentados *in re* "IBARRA, Eduardo Andrés c/ SUPERMERCADOS MAY. MAKRO S.A. s/C.P.L." (Expte. 70- Fo. 167 - Año 2014, C.A.T.S.F., Sala II, A. y S. Tomo 14, Resolución 173, Folio 493 a 505, de fecha 28/08/2015), como *in re* "TORRES, Mabel c/ FARMACIA DEL AGUILA y Otro s/ Demanda Laboral" (C.A.T.R., Sala III, A. y S. N° 91, T. 26, F. 399, de fecha 21/04/2016).

Dichos fallos consagraron métodos diferentes para imponer una tasa de interés agravada, en el caso "Ibarrá", desde la fecha de mora y hasta el 31/07/14 del 36% anual, desde el 01/08/14 y hasta el efectivo pago la "tasa de interés máxima nominal anual" que informe el Banco Central de la República Argentina para "financiamientos vinculadas a tarjetas de crédito" de "Empresas no financieras emisoras de tarjetas de crédito", con más un quince por ciento (15%), con capitalización cuatrimestral desde el 01/08/15; y "Torres", dispuso la apli-

cación de la tasa activa del Banco de la Nación Argentina desde su generación hasta el efectivo pago, y desde el día 1° de enero de 2010 hasta su cancelación de una tasa igual al índice RIPTE más un ocho por ciento (8%).

En ambos supuestos, fue la incertidumbre, ante la falta de información oficial lo que generó la necesidad de disponer una tasa de interés gravosa, provocando el pronunciamiento de la C.S.J.S.F. *in re* "Olivera, Miguel Ángel c/Supermercado San Jorge SRL y otros - Cobro de Pesos Laborales/Recurso de Inconstitucionalidad" (C.S.J.S.F., A. y S. T. 278, pág. 295 a 308), en fecha 31/10/2017, dejando sin efecto los mismos, y fijando las siguientes pautas:

a. La determinación de la tasa de interés a aplicar- se ubica, en principio, en el espacio de la discrecionalidad de los jueces de la causa (Gómez, Sixto, A. y S., T. 117, pág. 405).

b. La Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir de la causa "Banco Sudameris contra Belcam S.A. y otra" (Fallos: 317:507) desfederalizó

la cuestión y dejó tal determinación al libre albedrío de los jueces “...con arreglo a la realidad vivida y con el solo valladar de no caer en absurdo...” (criterio reiterado en “Piana contra INPS-Caja Nacional de Previsión de la Industria, Comercio y Actividades Civiles”, Fallos: 323:2122, y “Banco Comafi S.A. contra Cardinales, Miguel Ángel y otro”, del 25.02.2003).

c. El deudor de dar sumas de dinero que no ha cumplido en tiempo debe -en principio- sólo los intereses moratorios, con prescindencia del monto real de los daños y perjuicios que en el caso concreto hubiere experimentado el acreedor (Código Civil. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Alberto Bueres. Dir. Elena Highton Coord., Tomo 2A, Hammurabi, 2006, pág. 476).

d. La capitalización de intereses se admite en procesos judiciales en el supuesto del art. 770 inc. c. (sentencia judicial aprobada, intimada, y en mora), con el límite temporal establecido en el inc. a (semestral).

e. La determinación de la tasa de in-

terés compete a los Magistrados, que deberá elegir entre las que fije el Banco Central de la República Argentina (art. 768 inc. c. C.C.C.N). En el ejercicio de dicha potestad el juez debe tomar como criterio orientador, las pautas que surgen del artículo 771 del C.C.C.N.

f. La tasa de interés debe tender a restablecer el valor original de la deuda y conservar en condiciones reales la sentencia, de tal modo que el acreedor acceda íntegramente a su acreencia sin verse disminuida por la demora del deudor en satisfacerla. Por otra parte, es importante señalar que la suma de intereses moratorios no debe ser excesiva o abusiva y debe mantenerse constantemente dentro de límites razonables y prudentes, respetando los principios consagrados en los artículos 9, 10 y 771 del nuevo Código Civil y Comercial, que orientan y condicionan al juzgador en la selección de una tasa.

g. El criterio rector en este punto, es la razonabilidad frente a la ponderación de la realidad económica y su contracara es la arbitraria discrecionalidad.

Una adecuada fundamentación debe permitir comprender cómo y por qué a los hechos probados se le aplica la norma que se invoca y proporcionar una pauta clara que los vincule con lo decidido. Si ese hilo conductor no existe, el fallo es arbitrario, porque en lugar de basarse en las circunstancias concretas de la causa, debidamente ponderadas, tiene su raíz nada más que en la pura voluntad del juzgador.

En consecuencia, atento que habrá de juzgarse, en cada caso, si la sentencia impugnada satisface el derecho mínimo a la jurisdicción (art. 1, inciso 3, ley 7055) y ostenta motivación suficiente (art. 95, C.P.), la descalificación constitucional sobrevendrá, en definitiva, ante a una respuesta jurídica que no exhiba un criterio de razonabilidad frente a la ponderación de la realidad económica, y sólo se soporte en una arbitraria discrecionalidad judicial.

Por su parte la C.S.J.N. estableció pautas similares a las fijadas in re Olivera, en el precedente. Bonet, Patricia Gabriela por sí y en rep. hijos menores c/ Experta Aseguradora de Riesgos del Trabajo Sociedad Anóni-

ma y otros s/ accidente - acción civil, fecha 26/02/2.019.

Asimismo, la Sala I de la Cámara de Apelaciones del Trabajo de la ciudad de Santa Fe, siguiendo dicho criterio se pronunció en el precedente “EGGEL, Abel Omar c/DROGUERIA FARMACO SANTA FE S.R.L. y Otros s/Co-bro de Pesos Laboral” (Expte. C.U.I.J. N° 21-04657177-8, A. y S. N° 297, T. 23, F. 202), en el cuál sostuvo que como reiteradamente lo ha expresado la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación, la fijación de la tasa de interés del caso constituye, en principio, facultad reservada a los jueces de la causa. En tal sentido remitió a pautas sentadas por el Supremo Tribunal Provincial in re “Olivera” donde ha meritudo como prudente “... que los jueces se remitan a las tasas bancarias por ser las establecidas por entidades expertas en el manejo de las correspondientes ecuaciones y ser las de uso y costumbre en el ámbito de la adjudicación judicial (adviértase que el Código Civil y Comercial en su artículo 1 dispone que los usos, prácticas y costumbres son vinculantes a situaciones no regladas legalmente, siem-

pre que no sean contrarios a derecho)” (del voto del señor Ministro Dr. Roberto Falistocco). En la misma línea se ha afirmado que las tasas bancarias son “...las que mejor se adecuan al ámbito judicial...” (del voto del señor Ministro Dr. Eduardo Spuler).

La facultad allí establecida indica a los Magistrados como criterio rector el “costo medio del dinero” para deudores de operaciones similares, lo que, sin lugar a dudas, deberá ser considerado a fin de establecer aquella tasa originalmente indeterminada. Señala que la Tasa Activa del Banco de la Nación Argentina (B.N.A.) para operaciones de descuento ha quedado instituida de forma consolidada por la jurisprudencia de tribunales de todo el país en el entendimiento de que es una tasa variable capaz de adaptarse a las constantes fluctuaciones económicas que vive la Argentina (CNAC, JA 2003-III-61, entre otros). A dicha conclusión se ha arribado también considerando que dicha tasa ostenta una adecuada y sostenida publicidad a lo largo del tiempo, con la consecuente facilidad de acceso y aplicación por parte de los actores del sistema judi-

cial. La búsqueda de la tasa más razonable para el caso conduce también a la consideración de las previsiones legislativas para deudas similares de conformidad a lo afirmado por la Excelentísima Corte Suprema de Justicia Provincial en el precedente “Olivera” al establecer que se deben “...considerar las tasa fijadas para situaciones análogas, comparables o extensibles al supuesto en análisis...”. En este sentido, las deudas por alimentos se erigen como asimilables por poseer ambas el común carácter alimentario (552 C.C.N.) devengando una tasa de interés equivalente a la más alta que cobran los bancos a sus clientes, según las reglamentaciones del Banco Central. Similar resulta la solución escogida por el legislador provincial para obligaciones que, como éstas, poseen también carácter alimentario. Así puedo destacar lo dispuesto en el art. 32 de la ley 12.851, norma que regula los intereses aplicables a las deudas por honorarios, el que establece: “... el interés moratorio aplicable, el que será dispuesto prudentemente por los jueces, teniendo en cuenta las vicisitudes del mercado, el valor adquisitivo de la moneda y

el carácter alimentario del honorario profesional, pudiendo alcanzar hasta una vez y media la tasa activa capitalizada del Nuevo Banco de Santa Fe S.A. para las operaciones de descuento de documentos”.

En base a lo antedicho *in re* “Eggel” dispone aplicar T.A.B.N.A. para descuentos de documentos desde la mora hasta el día 31 de diciembre de 2.013. Y desde el 1º/01/2.014 hasta el efectivo pago 1 ½ dicha tasa capitalización semestral posterior a la sentencia, efectivizada liquidación, firme la misma, e intimado el deudor, y ante la mora del mismo (art. 770 incs. a. y c.).

3. Capitalización de intereses

En relación a la capitalización de intereses moratorios, podemos destacar las siguientes pautas sentadas por los Máximos Tribunales en el orden Federal y Provincial.

a. Corte Suprema de Justicia de la Nación.

“...La capitalización de intereses accesorios sólo procede -en los casos

judiciales- cuando liquidada la deuda el juez mandase pagar la suma resultante y el deudor fuere moroso en hacerlo. -Del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite-...” (Elena Margarita Aranda y otro c/ Luis Ángel Ferreyra y/o Batallón de Ingenieros de Combate 141 E.A. s/ beneficio de litigar sin gastos - indem. por daños y perjuicios - daño moral (sumario); FTU 716878/1989/1/RHoo1; 20/12/2016; Fallos: 339:1722).

b. Corte Suprema Justicia Provincial

b.1. La C.S.J.S.F. *in re* “Olivera”, sostuvo que: “...el legislador fija un límite temporal de seis meses para las convenciones particulares que dispondan la capitalización anticipada de intereses con la finalidad de evitar situaciones abusivas. Por tanto, no sería razonable que el Juzgador dispusiera un término inferior al mínimo fijado en inciso a) el que fue establecido con la clara intención de evitar la usura o el enriquecimiento indebido del acreedor. El supuesto está así previsto en el inciso c), debiéndose aplicar el límite establecido en el inciso a), ya que no sería

razonable considerar que el legislador haya fijado un plazo mínimo de periodicidad, y dicho plazo no rigiera para los restantes supuestos...”.

b.2. Criterio confirmado in re “GUDIÑO, Natalia Gisela c/PROVINCIA DE SANTA FE -Procedimientos Abreviados en general- s/Recurso de Inconstitucionalidad, C.U.I.J.: 21-4603832-8 (C.S.J.S.F.; Fecha: 11/06/2019; A. y S. T. 290, F. 405 a 412). Criterio confirmado in re “Borda” -06/08/2.019- (C.S.J.S.F.) A. y S. T. 291, F. 270 a 276; “Córdoba” -06/08/2.019- (C.S.J.S.F.) A. y S. T. 291, F. 277 a 281; y “Baez” -06/08/2.019- (C.S.J.S.F.) A. y S. T. 291, F. 282 a 287), dispuso la nulidad en dichos casos de la doble tasa activa, por considerarla excesiva. Sin embargo mediante in re “Carrizo” (fecha 27 de febrero de 2.020; A. y S. T. 296, F. 67 a 71, fs. 197 a 201 vto.); “Paniagua” (fecha 27 de febrero de 2.020; A. y S. T. 296, F. 48 a 54, fs. 428 a 434); “Spreggero”, (fecha 03 de junio de 2.020, A. y S. T. 298, F. 264 a 270,); “Alarcón”, (fecha 26/04/2.022, A. y S. T. 317, F. 190 a 197); “Faruggio”, (fecha 26/10/2.022, A. y S. T. 322, F. 64 a 67), entre otros.

4. C.S.J.N. Criterio de interpretación art. 768 C.C.C.N.

A. Fallo C.S.J.N. García, Javier Omar c/ UGOFE S.A. y otros s/ daños y perjuicios (acc. trán. c/ les. o muerte), fecha 07 de marzo de 2023:

El antecedente bajo análisis dispone que asiste razón a la recurrente en cuanto alega el apartamiento, sin fundamento, de las facultades acordadas a los Jueces por el art. 768, inc. c, del Código Civil y Comercial de la Nación. La citada normativa establece tres criterios para determinar la tasa aplicable: por acuerdo de parte (inc. a), por disposición legal (inc. b) y, en subsidio, por las tasas que se fijen según las reglamentaciones del Banco Central de la República Argentina (inc. c). Menciona que la multiplicación de una tasa de interés –en este caso, al aplicar “*doble tasa activa*”- a partir del 1° de agosto de 2015, resulta en una tasa que no ha sido fijada según las reglamentaciones del Banco Central de la República Argentina, por lo que contrariamente a lo que afirma el tribunal a quo, la decisión no se ajusta a los criterios previstos por el legislador en el

mencionado art. 768 del Código Civil y Comercial de la Nación. Agrega que la norma del art. 771 del Código Civil y Comercial de la Nación, a la que remite la sentencia, tampoco justifica apartarse del mencionado criterio, pues solo faculta a los jueces a reducir –y no a aumentar- los intereses cuando la aplicación de la tasa fijada o el resultado que provoque su capitalización excede, sin justificación y desproporcionadamente, el costo medio del dinero para deudores y operaciones similares en el lugar donde se contrajo la obligación.

Más allá de lo expuesto, cabe aclarar que dichas pautas el Máximo Tribunal Federal las aplicó en el marco de una causa civil, donde el criterio en materia de intereses no resulta coincidentemente al del fuero laboral, por la posibilidad de las partes de pactar los intereses (art. 768 inc. a.), habiendo rechazado recursos en el fuero del Trabajo en base a lo dispuesto en el art. 28o del C.P.C.C.N. En tal aspecto, la C.S.J.S.F. no se ha pronunciado hasta el presente, sino por el contrario, ha admitido la posibilidad de fraccionamiento de la

tasa de interés moratorio, en base a la desfederalización disputa en la materia por la C.S.J.N. in re “Sudameris contra Belcam S.A. y otra” (Fallos: 317:507), las pautas sentadas in re “*Olivera*”, como asimismo en los precedentes posteriores, que seguidamente se detallan.

B. Criterio de la C.S.J.S.F. en relación a la aplicación del art. 768 del C.C.C.N.

Desde su pronunciamiento in re “*Olivera*”, el Máximo Tribunal Provincial ha sustentado los criterios allí sentados, admitiendo la aplicación de la T.A.B.N. para operaciones de descuento de documentos como la más usual en la justicia, como su fraccionamiento, en supuestos que así lo ameritaban, sea por su fecha de generación, o principalmente por la escasez de la base dineraria que aplicable a su liquidación.

En tal sentido podemos ver que en un primer momento, mediante in re “*GUDIÑO, Natalia Gisela c/ PROVINCIA DE SANTA FE -Procedimientos Abreviados en general- s/ Recurso de Inconstitucionalidad*”, C.U.I.J.: 21-4603832-8, C.S.J.S.F.;

Fecha: 11/06/2019; A. y S. T. 290, F. 405 a 412. Criterio confirmado *in re "Borda"* -06/08/2.019- (C.S.J.S.F.) A. y S. T. 291, F. 270 a 276; "Córdoba" -06/08/2.019- (C.S.J.S.F.) A. y S. T. 291, F. 277 a 281; y "Baez" -06/08/2.019- (C.S.J.S.F.) A. y S. T. 291, F. 282 a 287), dispuso la nulidad en dichos casos de la doble tasa activa, por considerarla excesiva. Sin embargo mediante *in re "Carrizo"* (fecha 27 de febrero de 2.020; A. y S. T. 296, F. 67 a 71, fs. 197 a 201 vto.); "Paniagua" (fecha 27 de febrero de 2.020; A. y S. T. 296, F. 48 a 54, fs. 428 a 434), y "Spreggero", A. y S. T. 298, F. 264 a 270, de fecha 03 de junio de 2.020), confirmó la doble tasa activa del Banco de la Nación Argentina para operaciones de descuento a treinta (30) días, por considerar que: "...la ocurrente haya intentado siquiera argumentar al respecto y, obviamente, mucho menos acreditar o justificar de una manera concreta la irrazonabilidad y/o exorbitancia económica a la que supuestamente arribaría la tasa de interés fijada por el Tribunal a quo. Desde tal perspectiva se verifica que no luce desacertada ni irrazonable la utilización de dos veces

la tasa activa con el fin de mantener -o, al menos, no pulverizar- el valor real del crédito del trabajador ante la situación económica cambiante y la depreciación monetaria que envuelve al país..." (*in re "Paniagua"*).

Por último, en otros supuestos (*in re Vacafloor, Inés Raquel c/Asociart A.R.T. S.A. -C.P.L.- s/Recurso de Inconstitucionalidad*, de fecha 04 de mayo de 2.021; A. y S. T. 306, F. 378 a 382; y *Pasquet, Fernando Patricio c/Experta A.R.T. S.A. s/Sentencia Accidente y/o Enfermedad Trabajo s/Queja por Denegación del Recurso de Inconstitucionalidad (C.U.I.J. N° 21-04642560-7)*" (Expte. C.S.J.S.F. C.U.I.J. N° 21-00512396-5, de fecha 06/08/2.019; A y S T. 291, F. 386 a 391), consideró insuficiente una vez y media (1 y ½) la tasa activa del Banco de la Nación Argentina para operaciones de descuento a treinta (30) (*in re Vacafloor*), confirmando dos veces y media (2 ½) la T.A.B.N.A. en el segundo (*in re Pasquet*). Asimismo *in re "VERGARA, Victorio Orlando c/La Caja A.R.T. S.A. -Cobro de Pesos Ley 24557- s/ Recurso de Inconstitucionalidad"* (Queja

Admitida; A. y S. T. 322, F. 283 a 289, fecha 22/11/2.022), anuló el fallo por insuficiencia de la tasa dispuesta (1 vez T.A.B.N.A.).

Esa delgada línea de criterio trazada por la C.S.J.S.F. refiere principalmente a las particularidades del caso, y al grado de protección legal del crédito laboral conforme el criterio de aplicación temporal de la ley impuesto, por los precedentes que rigen en la materia ("Espósito, y Britos en de accidentes y enfermedades del trabajo), lo que no significa que del cotejo referencial que se efectivice siempre surja un monto igual o superior al que surja del proceso inflacionario (I.P.C., R.I.P.T.E, etc.), dado que de tal manera se estaría propiciando una actualización indirecta del crédito, lo que superaría la pauta de razonabilidad que imponen los Máximos Tribunales en el orden Provincial y Federal, y violaría lo establecido en el art. 4 de la Ley N° 25.561 (Sala I, CASTRO Miguel Ángel c/PROVINCIA A.R.T. S.A. s/ Sent. Accidente y/o Enfermedad Trabajo" (Expte. C.U.I.J. N° 21-26247296-2; A. y S. N° 50, T. 44, F. 125, fecha 04/03/2.022).

5. Criterios recientes de Alzada en materia de intereses

Acta acuerdo C.N.A.T. N° 2.764 de fecha 07/09/2022: La C.N.A.T. suscribió un acta en materia de intereses moratorios, donde resolvió: Mantener las tasas de interés establecidas en las Actas CNAT Nros. 2601/14, 2630/16 y 2658/17, con capitalización anual desde la fecha de notificación de traslado de la demanda conforme lo establecido en el art. 770 inc. b (criterio contrario al sustentado por la C.S.J.N. in re Elena Margarita Aranda y otro c/ Luis Ángel Ferreyra y/o Batallón de Ingenieros de Combate 141 E.A. s/ beneficio de litigar sin gastos; 20/12/2016; Fallos: 339:1722).

Acuerdo Cámara Laboral de Rosario, N° 2, fecha 27/03/2023: La C.A.T.R. firmó un acuerdo sobre intereses, donde dispuso: 1) Aplicar en todos los procesos donde la notificación de la demanda tuvo lugar con anterioridad a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación (1.8.2015), la Tasa para Adelanto en Cuenta Corriente sumada del NBSF, sin capitalizar. 2) Aplicar en todos

los procesos donde la notificación de la demanda tuvo lugar ya vigente el Código Civil y Comercial de la Nación (1.8.2015), la Tasa Activa sumada del Banco Central de la República Argentina, con capitalización anual desde la fecha de notificación de la demanda (art. 770, inciso b, CCCN). En los casos de listisconsorcio pasivo, la capitalización deberá formularse a partir de la primera notificación de la demanda a cualquiera de los litisconsortes.

Ambos acuerdos aprobaron en su voto mayoritario la capitalización anual, desde la fecha de notificación del traslado de la demanda, conforme el art. 770 inc. b. del C.C.C.N. Sin embargo, en sus mociones minoritarias, tanto el Dr. Mario Fera en la Cámara Nacional, como Fernando Marcchionatti, en la de Rosario, Provincia de Santa Fe, propusieron un criterio de interpretación del art. 770 inc. b, diferente, que fue adoptado en un precedente posterior al acuerdo de C.N.A.T., in re “Martínez Nélica Noemí y otros c/ Agrest Federico y otros s/ despido” C.N.A.T., Sala II, fecha 19 de septiembre de 2022, en el cual con el voto mayoritario de

los Dres. Sudera y Pesino (en disidencia Dra. García Vior), se dispuso que los créditos objeto de condena devenguen intereses de conformidad a las Actas N° 2601, 2630 y 2658, limitando la progresividad anual de la capitalización, estrictamente a la posibilidad de aplicarla una sola vez, el día de la notificación de la demanda, y en caso de litis consorcio, tomando la más favorable al trabajador, ello es, la correspondiente al primer demandado notificado, sin perjuicio que una vez dictada sentencia, generada la mora, previa aprobación, e intimación de la liquidación final, de aplicar la capitalización establecida por el art. 770 inc. c del C.C.C.N.

6. Conclusiones

- El criterio sentado por la C.S.J.N. in re Massolo, Alberto Jorge c/Transportes del Tejar S.A. y Otro s/Daños y Perjuicios”; Fecha 20/04/2010, Fallos: 333:447, en cuanto sustenta la prohibición de indexación monetaria establecida en el art. 4 de la Ley N° 25.561, ha sido conformado tanto por la C.S.J.N. in re Puente Olivera, Maria-

no c/ Tizado Patagonia Bienes Raíces del Sur SRL s/ despido”; Fallos 339:1583; fecha 08/11/2016; como por la C.S.J.S.F. in re CASTRO, Andrea Marcela y Otros c/ASOCIART A.R.T. S.A. –Cobro de Pesos - s/Recurso De Inconstitucionalidad, 04/08/2020; Fuente Propia; 569/20, A. y S. T. 300, F. 113 a 124); y GIMENEZ, José Luis c/ PROVINCIA ART -Demanda Laboral- s/Recurso de Inconstitucionalidad; A. y S. T. 309, F. 115 a 120, fecha 03/08/2.021.

- La tasa de interés sigue siendo la única herramienta válida para evitar la depreciación del crédito laboral.

- La Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir de la causa “*Banco Sudameris contra Belcam S.A. y otra*” (Fallos: 317:507) desfederalizó la cuestión y dejó tal determinación al libre albedrío de los jueces, con la limitación en causas posteriores al 1° de agosto de 2.015, de lo establecido por el art. 768 del C.C.C.N. En tal sentido los Jueces debe aplicar una tasa de interés que se fijen según las reglamentaciones del Banco Central, conforme las pautas sentadas en el orden nacio-

nal in re Bonet, Patricia Gabriela por sí y en rep. hijos menores c/ Experta Aseguradora de Riesgos del Trabajo Sociedad Anónima y otros s/ accidente - acción civil, fecha 26/02/2.019; y provincial in re Olivera, Miguel Ángel c/ Supermercado San Jorge SRL y otros - Cobro de Pesos Laboral- s/Recurso de Inconstitucionalidad (C.S.J.S.F., A. y S. T. 278, pág. 295 a 308).

- Conforme los fundamentos expuestos, se advierte que si bien la C.S.J.N. Declaró *in re “García c UGOFÉ”*, de fecha 07/03/2023, Fallos: 346:143, la multiplicación de la tasa de interés (doble activa del Banco de la Nación Argentina), no cumpliría las pautas del art. 768 del C.C.C.N. Sin embargo, lo cierto es que dichas pautas el Máximo Tribunal Federal las aplicó en el marco de una causa civil, donde el criterio en materia de intereses no resulta coincidentemente al del fuero laboral, por la posibilidad de las partes de pactar los intereses (art. 768 inc. a.), habiendo rechazado recursos en el fuero del Trabajo en base a lo dispuesto en el art. 280 del C.P.C.C.N. En tal aspecto, la C.S.J.S.F. no se ha pronunciado hasta el presente, sino por el contrario, ha

admitido la posibilidad de fraccionamiento de la tasa de interés moratorio, en base a la desfederalización disputada en la materia por la C.S.J.N. in re “Sudameris contra Belcam S.A. y otra” (Fallos: 317:507), las pautas sentadas in re “*Olivera*”, como asimismo en los precedentes posteriores, ut-supra detallados (punto 5. B.).

- Las pautas sentadas tanto por la C.N.A.T., en acuerdo N° 2.764 de fecha 07/09/2.022, como por la C.A.T.R., en acuerdo N° 2, de fecha 27/03/2023, establecen un criterio de aplicación del art. 770 inc. b que resulta contrario al sustentado por la C.S.J.N. in re “*Elena Margarita Aranda y otro c/ Luis Ángel Ferreyra y/o Batallón de Ingenieros de Combate 141 E.A. s/ beneficio de litigar sin gastos*”, de fecha 20/12/2016; Fallos: 339:1722; como la C.S.J.S.F. in re “*Olivera, Miguel Ángel c/Supermercado San Jorge SRL y otros - Cobro de Pesos Laboral- s/ Recurso de Inconstitucionalidad*” (C.S.J.S.F., A. y S. T. 278, pág. 295 a 308, fecha 31/10/2.017), en el que los Cimeros Tribunales sustentan la capitalización en procesos judiciales con la aplicación del art. 770 incs. a., y c. ■

Capitalización de intereses por interposición de demanda judicial

myf

194



myf

195

Dr. Fernando R. **Marchionatti**

Juez de la Cámara de Apelación en lo Laboral, Sala II, de Rosario

Introducción

El presente trabajo tiene por objeto analizar el supuesto de capitalización de intereses por demanda judicial. A través del mismo se busca que el lector tenga al alcance las distintas posiciones que han adoptado la doctrina y la jurisprudencia sobre este supuesto previsto por el Código Civil y Comercial, colaborando a los fines de que pueda arribar a sus propias conclusiones.

I. Concepto

La capitalización de intereses, o anatocismo, consiste en adicionar al capital los intereses que devengó la acreencia hasta el momento de la capitalización y a partir de allí, el nuevo capital conformado devenga nuevos intereses.¹

Se ha definido la capitalización de los intereses como la "... operación

que consiste en la acumulación al capital de los intereses que se vayan devengando, de modo tal que se constituya una unidad productiva de nuevos intereses".²

Al capital original, se le suma los intereses generados por el mismo, "... para que ambos, juntos o sumados, vuelvan a su vez a producir nuevos intereses"³.

Más allá de lo expuesto, se ha sostenido que su práctica no implica convertir los réditos en capital: el capital sigue siendo capital y los intereses devengados persisten como tales.⁴

II. Antecedentes

La capitalización de los intereses o anatocismo fue regulado de distinta manera en el Código Civil y en el Código de Comercio.

En nuestro Derecho Civil el anatocismo ha tenido una interpretación restrictiva.

Se sostiene que dicho criterio se funda en la circunstancia de que el interés es el precio que se paga por el uso del capital ajeno. En razón de ello: "...de permitirse su acumulación al capital, se estaría posibilitando "el precio del precio", habría una generación de renta sobre la renta misma, ya no del capital sino que metodológicamente se estaría potenciando el precio del capital".⁵

El Código Civil estableció la regla en su art. 623 que "No se deben intereses de intereses, sino por obligación posterior".

La prohibición prevista por la norma recaía sobre la capitalización de intereses futuros, aún no devengados.

La citada prohibición no era absoluta, toda vez que la norma establecía como excepción: 1) La convención expresa que autorice su acumulación al

capital con la periodicidad que acuerden las partes y 2) La deuda liquidada judicialmente, cuando el juez mandara a pagar la suma resultante y el deudor persistiera en su mora.

La ley 23.928 (art. 11) flexibilizó la redacción de la norma original, permitiendo el pacto anticipado⁶. La nueva redacción fue conservada por la ley 25.561 (07/01/02), de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario, en su art. 5to.⁷

El Código de Comercio, por su parte, contenía otros supuestos de autorización legal de anatocismo (tales como la cuenta corriente mercantil y bancaria), pero además preveía respecto del mutuo la capitalización por demanda judicial (art. 569), requiriendo en este último caso que los intereses se adeudaran "a lo menos por un año".⁸

Asimismo, el art. 570 del derogado Código de Comercio establecía que, intentada la demanda judicial por el

capital y réditos, no podía hacerse acumulación de los que se fueron devengando, para formar aumento de capital que produjera réditos.

Por último el art. 795 del citado Código regula el supuesto en la cuenta corriente bancaria, mientras que el art. 788 reglaba el supuesto de la cuenta corriente mercantil no bancaria.

Se puede sostener "... que el "sistema civil" era más restringido que el "comercial", desde que este último lo autorizaba, además del caso en que existiese acuerdo entre las partes —en que coincidían ambos regímenes—, también en el supuesto en que se promoviese una demanda judicial, por más que no haya existido convención entre las partes que así lo disponga. Desde luego que en el ámbito del Derecho comercial, también se admitió el anatocismo en el caso de liquidación judicial de la deuda, previsto por el art. 623, Cód. Civ., aunque no contemplado expresamente en la norma comercial".⁹

III. Artículo 770 del Código Civil y Comercial

A partir del 1 de agosto de 2015, entró en vigencia el Código Civil y Comercial, el cual regula el supuesto que nos ocupa en su art. 770.

Dicha norma prevé que:

"No se deben intereses de los intereses, excepto que:

a) una cláusula expresa autorice la acumulación de los intereses al capital con una periodicidad no inferior a seis meses;

b) la obligación se demande judicialmente; en este caso, la acumulación opera desde la fecha de la notificación de la demanda;

c) la obligación se liquide judicialmente; en este caso, la capitalización se produce desde que el juez manda pagar la suma resultante y el deudor es moroso en hacerlo;

d) otras disposiciones legales prevean la acumulación".

IV. Principio y excepciones

El principio general de la norma, es que no se deben intereses de intereses. Así lo ha sostenido la doctrina¹⁰ y la jurisprudencia.¹¹ Este principio, no es absoluto.¹²

Hay quienes sostienen que la norma del Código Unificado ha generado una resignificación del anatocismo, toda vez que si bien se mantiene el principio general que lo veda, amplía los supuestos de excepción, extendiendo su aplicación a toda situación en la que aparece un acreedor de una suma de dinero.¹³

La norma en estudio establece cuatro excepciones, que la doctrina ha clasificado en: a) el anatocismo convencional o voluntario; y b) el anatocismo legal.¹⁴

El anatocismo convencional está contemplado en el art. 770, inc. a. del Código Civil y Comercial, y es aquel que se produce en virtud de un acuerdo de partes.

El anatocismo legal es el supuesto que se encuentra previsto en la ley. Por su parte, el anatocismo judicial es una sub-especie de anatocismo legal.¹⁵ El Código Civil y Comercial, prevé dos supuestos de anatocismo judicial, a saber: 1) por demanda (inc. b) y 2) por liquidación judicial (inc. c). Ambos presuponen la existencia de un proceso judicial, pero difieren en cuanto a sus requisitos de procedencia, la oportunidad en que se produce la capitalización, y los intereses capitalizables.¹⁶

Respecto de los supuestos de excepción previstos legalmente, se puede mencionar aquellos que el propio Código Civil y Comercial regula, como la cuenta corriente bancaria (art. 1398) y la cuenta corriente mercantil (art. 1433).

V. Orden Público

La norma que regula la capitalización de los intereses es de orden público¹⁷, esto significa que el deudor

no puede renunciar a la invocación de tal prohibición y no pueden estipularse sin las limitaciones previstas en el texto legal.¹⁸

VI. Interpretación restrictiva

Si bien el art. 770 autoriza la capitalización con un criterio más amplio que la anterior redacción, sigue limitándola a los supuestos expresamente contemplados por la norma.

Por lo tanto, atento que la regla es la prohibición de la capitalización, las excepciones previstas por la norma son taxativas¹⁹ y deben ser interpretadas en forma restrictiva.²⁰ Es por ello, que los jueces no pueden disponer otras capitalizaciones que las expresamente previstas.²¹

VII. Diferencia entre el anatocismo y la acumulación

La doctrina ha distinguido el anatocismo

cismo, como procedimiento de devengamiento de intereses que periódicamente se van incorporando al capital para constituir la base de cálculo de otros nuevos intereses, de lo que comúnmente se denomina acumulación, que tiene que ver con la posibilidad de adicionar distintos tipos de intereses, lo más común relacionados con los retributivos o compensatorios y los moratorios.²²

VIII. Capitalización de intereses por interposición de demanda judicial

Tal como se sostuvo, el inc. b) del Código Civil y Comercial establece una excepción al principio de prohibición de capitalización, la cual prevé la procedencia de la misma en el supuesto de demanda judicial.

Asimismo, como ya se expresara, el antecedente en nuestro derecho se encuentra en el art. 579 del Código de Comercio, el cual lo preveía en

los supuestos de mutuo.

La interpretación de la citada norma ha generado debate en la doctrina y jurisprudencia.

A continuación se analizarán las distintas posturas asumidas respecto a los distintos aspectos de la norma.

1. Obligaciones a las que resulta aplicable

Se ha sostenido que la norma en análisis es procedente en aquellos supuestos donde se reclame obligaciones de dar sumas de dinero, no resultando procedente en el caso de deudas de valor.

A los fines de fundar esta postura, se ha dicho que la norma que autoriza una excepción a la prohibición de la capitalización de intereses, en el supuesto de demanda judicial, lo hace dentro del capítulo de las obligaciones de dar dinero, la cual define el art. 765 como aquella donde el deudor debe cierta cantidad de moneda.²³

Por lo tanto, el instituto en análisis es aplicable a los supuestos de incumplimiento de obligaciones de dar dinero, en los cuales las partes no han convenido la capitalización de intereses.²⁴

Se considera que las obligaciones de valor, de acuerdo a lo previsto por el art. 772 del CCN, se les aplica las normas que regulan las obligaciones de dar²⁵, y recién las previstas por las obligaciones de dar sumas de dinero al momento que el valor es cuantificado en dinero.

Por lo tanto, al momento de interponerse la demanda, y obviamente notificarse la misma, momento en que se produce la capitalización, la obligación reclamada no es dineraria, representando un valor.²⁶

Por lo tanto, la capitalización prevista por el art. 770 inc. b sólo es procedente en los casos de obligaciones de dar suma de dinero, quedando excluida las obligaciones de valor²⁷.

Esta es la conclusión a la que se arribó en las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil de La Plata (Año 2017) donde se estableció que, en relación a la excepción prevista por el inc. b), la misma “no se aplica a las obligaciones de valor” (conclusión 14).²⁸

Por su lado, hay quienes expresan que procede la capitalización de intereses en estudio, si se demanda judicialmente el cobro de una deuda dineraria o de valor.²⁹

Más allá de que la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia no hace distinción alguna, hay quienes consideran que el presente supuesto solamente resulta aplicable a aquellas obligaciones que se encuentren líquidas al momento de la notificación de la demanda, excluyéndose aquellos créditos litigiosos.³⁰

Quienes propugnan esta última postura afirman que el supuesto en estudio ha sido previsto para el caso

de que los créditos reclamados sean líquidos y exigibles al momento de interposición de la demanda³¹, no encontrándose supeditada la exigibilidad del mismo al reconocimiento judicial, debiendo la obligación al momento de interposición de la demandada contener intereses previamente exigibles.³²

Por lo tanto, en los supuestos en que no existe un interés pactado entre las partes ni establecido por la ley o por decisión judicial, no es posible acumularlos al monto reclamado al momento de interponer la acción.³³

2. Límite de los intereses

Un tema no previsto por la norma, es si los intereses adeudados deben corresponder a un período mínimo.

Quienes se han pronunciado al respecto, afirman que la norma no establece la exigencia de que los intereses se adeuden por un período determinado, diferenciándose la redacción del Código Civil y Comer-

cial del art. 569 del Código de Comercial que establecía el plazo de un año.³⁴

Por lo tanto, aunque la mora sea inferior a dicho período, procede igualmente la capitalización.

3. Periodicidad

Respecto a la periodicidad de la capitalización prevista en la norma en estudio, la doctrina y jurisprudencia debate sobre si la misma es procedente, y en su caso, por cual término.

Respecto a la procedencia o no de la periodicidad de la misma, las posiciones podrían dividirse de la siguiente manera.

a. Se capitaliza una sola vez, al momento de notificarse la demanda

Quienes postulan esta posición, afirman que si el legislador hubiera pretendido que se capitalice con periodicidad, así lo hubiera contemplado, como sí lo hizo en el inc. a) de la misma norma³⁵.

Asimismo, se ha sostenido que la norma hace mención a un acto procesal que es único e irrepetible.³⁶

b. Se capitaliza con periodicidad

Aquellos que consideran que la capitalización prevista por la norma debe realizarse en forma periódica, sostienen que de la propia lectura de la norma surge que la capitalización se produce "desde la notificación de la demanda", lo cual permite concluir que no puede hacérsela por una única vez, sino que del propio texto se debiera deducir su periodicidad.³⁷

Entre quienes afirman la posibilidad de la periodicidad de la capitalización, se discute el plazo en que debe producirse la misma.

Hay quienes afirman que la misma no puede ser menor a seis meses, al aplicar en forma analógica lo establecido por el inc. a) de la norma en estudio³⁸

Otros afirman, que no resultaría pro-

cedente aplicar dicha norma supletoriamente, en razón de considerar que cuando el legislador impone un plazo para una consecuencia jurídica y, seguidamente no lo establece para una consecuencia jurídica similar, debe entenderse que no quiso imponerlo.³⁹

Se ha sostenido que no corresponde utilizar la periodicidad semestral por analogía, en razón de tratarse de supuestos de distinta naturaleza jurídica, que tienen causas distintas, toda vez que el inc. a) es convencional, mientras que el inc. b) es legal. Asimismo, el inc. a) permite capitalizar intereses no morosos, mientras que en el inc. b) solo los que se encuentran en mora.⁴⁰

Estos últimos consideran que la periodicidad en la capitalización podría ser mensual⁴¹, tomando como fundamento los usos, prácticas y costumbres que son fuente del derecho cuando las leyes se refieren a ellos (art. 1 del C.C.C.N.)⁴² y la interpretación sistemática que debe realizarse

de la ley (art. 2 del C.C.C.N.).⁴³

En razón de ello, consideran que el art. 1.398 del C.C.C.N. dispone para la cuenta corriente bancaria que los intereses se capitalizan trimestralmente, salvo los usos y costumbres. En dicho ámbito, y en el comercial en general, la capitalización de intereses se realiza mensualmente. Por su parte, los arts. 1.432 y 1.433 del C.C.C.N. Sobre la cuenta corriente mercantil no sólo disponen la capitalización de intereses, sino que además autorizan que la misma se haga por períodos inferiores a tres meses.⁴⁴

Por otra parte, se ha sostenido que el Juez al determinar la periodicidad de la capitalización, debe alcanzar con este procedimiento un rendimiento justo, teniendo en cuenta la tasa de interés que se fije.⁴⁵

Con igual criterio, se ha sostenido que el Juez deberá, al momento de establecer la periodicidad, considerar la razonabilidad de la misma con la realidad

inflacionaria, la reparación del daño moratorio y la sanción al deudor moroso, resultando la periodicidad que se aplique la válvula de escape para una condena que resulte razonable.⁴⁶

4. Momento en el cual se efectúa la capitalización

Se discute en la doctrina y la jurisprudencia cuales son los intereses que deben capitalizarse. Esto es, si son aquellos que se han producido desde la mora hasta la notificación de la demanda o los que se devengan a partir de que se notifica la demanda.

Para quienes sostienen que se capitalizan los intereses que se fueron generando a partir de la mora⁴⁷, durante el curso del proceso no hay acumulación de los intereses que se vayan devengando, sino hasta la oportunidad en que se practique liquidación de la deuda (art. 770 inc. c.)⁴⁸.

Afirman que de adoptarse la posibilidad de que los intereses que se capitalizan sean aquellos que se de-

vengan a partir de la notificación de la demanda y durante todo el proceso, carecería de razón el supuesto previsto por el inc. c) del Art. 770 del Código Civil y Comercial.⁴⁹

Otro argumento a los fines de fundar esta posición, es que en la redacción de los arts. 569 y 570 del Código de Comercio, que fueron los primeros en receptar en nuestro derecho el anatocismo por demanda judicial, surge que "con la demanda" se cierra el derecho del acreedor.⁵⁰

Asimismo, se ha expresado que la referencia de la norma a la fecha de la notificación de la demanda corresponde al momento en el cual opera la capitalización de intereses previstos, pero no los intereses que comprenden dicha capitalización. La razón está dada en que los intereses ya se devengaron desde la mora y la notificación de la demanda funciona como modo de corte para que opere la capitalización. En dicha oportunidad, se capitalizan los intereses que se de-

vengaron desde la mora del deudor.⁵¹

Por último, el proyecto de reforma del Código Civil y Comercial, realizado por la Comisión creada a tal efecto por el Ministerio de Justicia, establece que la capitalización en este supuesto se produce "... en la fecha de notificación de la demanda".⁵²

Por otra parte, aquellos que expresan que la capitalización ocurre con la notificación de la demanda, afirman que de la letra de la norma, se desprende tal momento como punto de partida.⁵³

Quienes apoyan esta postura afirman que la norma dispone que la acumulación opera "desde" la fecha de la notificación de la demanda y no "hasta" allí. Por lo tanto, lo que está indicando la norma en estudio es que hay un punto de partida y no de llegada y que ese punto de partida se va a extender en el tiempo.⁵⁴

Por lo tanto, corresponde acumular al capital original los intereses

posteriores a la notificación de la demanda, y no los devengados desde la mora del deudor hasta dicha oportunidad⁵⁵.

Por último, se encuentran aquellos que consideran, que los intereses a capitalizarse son tanto los devengados con anterioridad como aquellos que nacieron con posterioridad a la notificación de la demanda.

Afirman que del análisis exegético del art. 569 del Código de Comercio y el inc. b del Art. 770, surge que existen dos estadios de acumulación, uno al momento de notificarse la demanda y luego otro a lo largo del tiempo en que se extiende el proceso.⁵⁶

5. Litisconsorcio pasivo

Un supuesto a analizar es lo que sucede en el caso de existir varios codemandados. En estos supuestos, debemos preguntarnos a partir de qué momento y/o hasta qué momento se produce la capitalización. Me refiero al supuesto en que existiendo

varios demandados cada uno es notificado de la demanda en distintas oportunidades.

Hay quienes afirman que corresponde que se produzca la capitalización al momento de notificarse al último de los codemandados o culmine el proceso de notificación.⁵⁷

Por otra parte, se encuentran aquellos que consideran que la solución varía según se trate de obligaciones solidarias o concurrentes.

Ello implica que, en el caso de las obligaciones solidarias se estará a la primera notificación de la demanda, toda vez que la mora de uno de los deudores perjudica a los demás (art. 838 Cód. Civ. y Com.)⁵⁸, lo cual no ocurre con las obligaciones concurrentes, debiendo en este supuesto, considerar el momento en que se notificó a cada uno de los demandados.⁵⁹ Por otra parte, hay quienes afirman que en el supuesto de varios demandados solidarios notificados

en distintos momentos, la capitalización se debe efectuar cuando se trabe la litis.⁶⁰

Finalmente, se ha sostenido que en el supuesto de que los codemandados no resultaran responsables solidarios del primer notificado de la demanda, cabría aplicar el razonamiento de aguardar a que todos estén notificados y el anatocismo operaría a partir del día en que quedó notificado el último codemandado.⁶¹

6. Aplicación de oficio

Existe divergencia en la doctrina y la jurisprudencia sobre si la capitalización de los intereses opera en todos los supuestos, haya o no la actora solicitado la misma.

Hay quienes afirman que la norma prevista por el Art. 770 inc. b) es una norma imperativa que surte efecto sobre los intereses moratorios, por lo que no requiere petición previa, por ser una cuestión de derecho, resultando su aplicación de oficio.⁶²

Parte de la doctrina, afirma que la simple mención de que la demanda incluye tanto el capital como intereses hace procedente la capitalización desde la mora hasta la fecha de la notificación de la demanda, sin necesidad de otras declaraciones o reservas, bastando, el mero reclamo genérico por intereses.⁶³

Por lo tanto, la capitalización de los intereses integra el reclamo que por estos últimos haya formulado el actor, no resultando violatorio del principio de congruencia.⁶⁴

A los fines de fundar esta postura, se ha sostenido que en forma analógica puede considerarse el supuesto previsto por el inc. c) del art. 770, el cual no prevé tal requisito a los fines de su admisión.⁶⁵

Por otro lado, se sostiene que la capitalización no se produce ipso iure, sino que se requiere que el acreedor expresamente manifieste su voluntad de efectuar la misma.⁶⁶

Se ha sostenido que resulta lógico que el actor deba solicitar la capitalización de los intereses para que lo aplique el juez, toda vez que deberá fallar en base en las peticiones incluidas en los escritos del proceso, y entre los conceptos a peticionar, está la solicitud de capitalización de intereses.⁶⁷

A los fines de fundar esta posición se ha dicho que el anatocismo es de orden público y de interpretación restrictiva, siendo su regla general la prohibición. Esto hace concluir que no puede presumirse su aplicación automática ni tampoco puede presumirse la voluntad del acreedor.⁶⁸

Ahora bien, por un lado, se ha sostenido que el actor deberá peticionar expresamente la capitalización de los intereses contemplados en el inc. b), en cualquier etapa del proceso, incluso al momento de presentar la primera liquidación.⁶⁹ Por otra parte, hay quienes afirman que el anatocismo no puede introducirse en cualquier oportunidad procesal, sin afectar el

derecho de defensa en juicio del demandado, ni los principios de preclusión y de cosa juzgada, rechazando la solicitud de capitalización en la instancia de liquidación.⁷⁰

7. Acumulación de excepciones

Como se expresara oportunamente, la doctrina ha clasificado los supuestos de procedencia del anatocismo en convencionales y legales. Dentro de éste último grupo, ubican la subcategoría de judiciales, los cuales corresponde al supuesto de interposición de la demanda y de la condena judicial.

Existen distintas posturas en referencia a si las excepciones pueden ser acumulables o no.

Un sector de la doctrina afirma que no existe impedimento alguno para acumular los dos supuestos de capitalización judicial, toda vez que la ley no lo prohíbe.⁷¹

Por otra parte, en las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (2017)

se concluyó que no cabía la acumulación de las excepciones al anatocismo previstas en el art. 770 del CCCN (comisión 3 – Conclusión 12).

Criticando dicha posición, se ha sostenido que es demasiado amplia. Se considera que si bien dicha limitación es correcta con relación a los anatocismos "convencional" y "legal", no lo es respecto de los supuestos de anatocismo judicial entre sí, los que no son excluyentes, sino acumulativos⁷². A los fines de fundar su postura, argumentan que el Proyecto de Unificación de 1998⁷³ ha sido claro sobre esta situación, en cuanto subordinó la aplicabilidad de ambos supuestos de "anatocismo judicial", a la inexistencia de "anatocismo convencional", aunque previó la acumulación del anatocismo judicial "por demanda" y "por liquidación", como surge de la conjunción "y" entre ambas especies.⁷⁴

Hay quienes consideran que la solución a la cuestión en debate se encontraría en el proyecto de reforma

del Código Civil y Comercial de la Nación⁷⁵, en cuanto propone que el inciso b) del art. 770 quede redactado de la siguiente forma: "... b) En defecto de convención, si se deduce pretensión ante un tribunal, en la fecha de notificación de la demanda". En su redacción queda aclarado que la prohibición de acumulación de capitalizaciones procede entre las convencionales (inc. a) con las legales (incs. b, c y d).⁷⁶

8. Tasa de interés

Hay quienes expresan que solamente podrá ser objeto de capitalización las tasas nominales y no las efectivas. La diferencia entre los tipos de tasas es que la denominada efectiva cuenta con una capitalización, por lo que proyectar el art. 770 del CCCN en este tipo de tasas puede conllevar una capitalización múltiple del capital debido.⁷⁷

9. Inconstitucionalidad de la norma

Hay autores que consideran que el supuesto que nos ocupa resulta in-

constitucional por afectar el derecho de defensa en juicio de los deudores, toda vez que estos últimos se verán presionados a no discutir judicialmente sus derechos ante la posibilidad de un incremento desproporcionado del monto de la deuda, si eventualmente se lo condenase.⁷⁸

Asimismo, otra razón para cuestionar la constitucionalidad de la norma es la afectación del derecho de propiedad de los deudores, en razón de "... la desmesurada consecuencia patrimonial que el anatocismo provoca".⁷⁹

10. Vigencia del Código Civil y Comercial

El Código Civil y Comercial de la Nación entró en vigencia a partir del 1 de agosto de 2015, lo cual genera distintas posturas respecto de la aplicación temporal del supuesto previsto por el inc. b) del art. 770.

Las distintas posiciones se fundan en el momento en que se incurrió en mora y la fecha de notificación de la demanda.

Se pueden dividir de la siguiente forma:

a. No procede para aquellas obligaciones en que la mora se hubiese producido y la demanda se hubiese notificado con anterioridad al 1 de agosto de 2015

Hay quienes afirman que si el deudor hubiese incurrido en mora con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial, no existe posibilidad de aplicar el supuesto previsto por el inc. b) del art. 770.⁸⁰

Quienes adoptan esta postura sostienen que aplicar la capitalización de intereses a aquellas obligaciones cuya mora se hubiese producido con anterioridad al 1 de agosto de 2015, "... implicaría la aplicación retroactiva de la norma a una situación jurídica ya consolidada con anterioridad al nacimiento de la norma"⁸¹.

b. Procede aún en los supuestos en

que la mora en el cumplimiento de la obligación se hubiese producido y la demandada hubiese sido notificada con anterioridad al 1 de agosto de 2015

Para quienes adoptan esta postura, se trata de "... una consecuencia no agotada de la relación jurídica (en este caso, la obligación de dar sumas de dinero demandada judicialmente), la cual se "consumirá" al momento en el cual el acreedor decide capitalizar los intereses, esto es, al momento de la presentación de la primera liquidación judicial. Hasta ese momento, el efecto jurídico analizado se encontraba latente, puesto que hasta que el acreedor no manifieste expresamente su voluntad de capitalizar los intereses en los términos del art. 770 inc. b) del Cód. Civ. y Com., ese efecto pudo no haberse producido".⁸²

Por lo tanto, la capitalización de intereses se efectuará al momento de la presentación de la primera liquidación, alcanzada por la regla de aplica-

ción inmediata de las normas procesales a las causas pendientes sin que se afecten los actos procesales cumplidos ni se deje sin efecto lo actuado bajo las leyes anteriores.⁸³

Se ha considerado, que cuando el derecho que se reconoce deriva de hechos y conductas ocurridas durante la vigencia del ordenamiento anterior, las consecuencias del incumplimiento, en tanto son declaradas bajo el imperio de la nueva legislación, se rigen por el 1er. Párrafo del art. 7 del Código Civil y Comercial de la Nación.⁸⁴

Afirman quienes se enrolan en esta postura, que al ser una norma de orden público debe aplicarse en forma inmediata.⁸⁵

c. Procede la capitalización a partir del 1 de agosto de 2015, momento en que entró en vigencia el nuevo cuerpo legal

Parte de la doctrina y la jurisprudencia afirman que en aquellos casos en

que la demanda se hubiese notificado con anterioridad al 1 de agosto de 2015, corresponde la capitalización de aquellos intereses devengados con posterioridad a dicha fecha, sin considerar la fecha en que incurriera el demandado en mora.⁸⁶

Para arribar a dicha conclusión afirman que según lo establecido por el art. 7 del Código Civil y Comercial, las nuevas leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, siendo los intereses de las sumas adeudadas consecuencias no agotadas.⁸⁷

Por lo tanto, según esta postura, "... debe aplicarse el Código de Vélez para las consecuencias de la relación jurídica que se produjeron con anterioridad a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial (hasta el 1/8/2015) y para las consecuencias posteriores, debe aplicarse el nuevo ordenamiento".⁸⁸

d. Notificación con posterioridad al

1 de agosto de 2015, sin importar la fecha en que se incurrió en mora en el cumplimiento de la obligación

Según esta postura, resultaría aplicable la norma en estudio, en aquellos supuestos en los cuales la notificación de la demanda se hubiese producido con posterioridad a la vigencia del Código Civil y Comercial (1/8/2015), sin considerar la fecha en que se produjo la mora de la obligación ni la fecha de interposición de la demanda.⁸⁹

Por lo tanto, si la notificación de la demanda se hubiese producido con anterioridad a la vigencia de la norma, no procedería la capitalización de los intereses, toda vez que no existía norma al momento de producirse dicha circunstancia que obligue su producción.⁹⁰

Quienes apoyan esta postura, afirman que aplicar el supuesto en estudio a una demanda notificada con anterioridad a la vigencia del Código implicaría hacerlo con carácter retroactivo.

Afirman que "... no se trata de una "consecuencia" de hechos anteriores, sino un derecho que deriva de una excepción contemplada por una regulación que no estaba vigente al tiempo de cumplirse el acto procesal indicado (art. 7, CCCN).⁹¹

11. Decisiones jurisdiccionales

Para culminar el presente trabajo, considero oportuno mencionar decisiones adoptadas, en forma conjunta, por las Salas que integran distintas Cámaras de Apelación de nuestro país.

La Cámara de Apelaciones Contencioso Administrativo, Tributario y de Relaciones de Consumo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en Pleno, en fecha 1 de septiembre de 2021 en los autos "Montes, Ana Mirta c. GCBA s/ empleo público (excepto cesantía o exoneraciones)"⁹², dispuso que: 1) se encuentran alcanzadas por el supuesto contemplado en el artículo 770 inciso b del Cód. Civ. y Com. de la Nación todas las obligaciones de dar

dinero que se demanden judicialmente⁹³ y 2) no quedan abarcadas dentro del ámbito de aplicación de artículo 770 inciso b del Cód. Civ. y Com. de la Nación las obligaciones de dar dinero demandadas judicialmente en los casos en los que la notificación de la demanda tiene lugar antes de la vigencia de aquel cuerpo normativo⁹⁴.

Por medio de Acta Nro. 2764 de fecha 7 de septiembre de 2022, la Cámara Nacional del Trabajo dispuso: 1) Mantener las tasas de interés establecidas en las Actas CNAT Nros. 2601/14, 2630/16 y 2658/17, con capitalización anual desde la fecha de notificación de traslado de la demanda 2) La tasa de interés resuelta es aplicable a las causas sin sentencia firme sobre el punto y 3) Lo propuesto es para aquellos créditos que no tengan un régimen legal en materia de intereses.⁹⁵

A través del Acta 2 de fecha 27 de marzo de 2023, la Cámara de Apelación en lo Laboral de la ciudad de

Rosario, resolvió: 1) Aplicar en todos los procesos donde la notificación de la demanda tuvo lugar con anterioridad a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación (1.8.2015), la Tasa para Adelanto en Cuenta Corriente sumada del NBSF, sin capitalizar y 2) Aplicar en todos los procesos donde la notificación de la demanda tuvo lugar ya vigente el Código Civil y Comercial de la Nación (1.8.2015), la Tasa Activa sumada del Banco Central de la República Argentina, con capitalización anual desde la fecha de notificación de la demanda (art. 770, inciso b, CCCN). En los casos de listisconsorcio pasivo, la capitalización deberá formularse a partir de la primera notificación de la demanda a cualquiera de los litisconsortes.⁹⁶ ■

CITAS

¹ GASQUET, PABLO A. - *“Acta 2764 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. La convalidación del anatocismo como herramienta para*

defender los intereses de los trabajadores o un salvavidas de plomo” - LA LEY 09/11/2022, 1 - LA LEY 2022-F, 181.

² MARINO, ABEL E. - *“Regulación de los intereses, la usura y el anatocismo en el Código Civil y Comercial de la Nación”* - RCyS2017-IX, 13 - Cita: TR LALEY AR/DOC/2188/2017.

³ TRIGO REPRESAS, FÉLIX A. en *“Código Civil y Comercial Comentado – Tratado Exegético” – 3era. Edición Actualizada* – Director Jorge Altarini – Thomson Reuters La Ley – Año 2019 - Tomo IV – pg. 254.

⁴ CNCom – Sala F – Autos: “GARCÍA POMES, SELVA c/ Abasto XXI S.A. s/ Ejecutivo” (Exp- te. COM N° 854/2011 SIL) – 5/9/2022.

⁵ DEVOTO, PABLO A. - *“El acta 2764 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo y la tasa de interés aplicable”* (el art. 770 del Código Civil y Comercial de la Nación)² – DT 2023 (enero), 5.

⁶ Artículo 623: No se deben intereses de los intereses, sino por convención expresa que autorice su acumulación al capital con

la periodicidad que acuerden las partes; o cuando liquidada la deuda judicialmente con los intereses, el juez mandase pagar la suma que resultare y el deudor fuese moroso en hacerlo. Serán válidos los acuerdos de capitalización de intereses que se basen en la evolución periódica de la tasa de interés de plaza.

⁷ GIANFELICI, MARIO C. - GIANFELICI, ROBERTO E. - “Anatocismo judicial” - SJA 01/08/2018, 1 - La ley Online - Cita: TR LALEY AR/DOC/3186/2018.

⁸ FORMARO, JUAN J. - “Capitalización de intereses en juicio” - LA LEY 2022-F, 163.

⁹ GIANFELICI, MARIO C. - GIANFELICI, ROBERTO E. - “Anatocismo judicial” - SJA 01/08/2018, 1 - La ley Online - Cita: TR LALEY AR/DOC/3186/2018.

¹⁰ FORMARO, JUAN J. - “Capitalización de intereses en juicio” - LA LEY 2022-F, 163; Guffanti, Daniel B. - “La demanda judicial como excepción a la prohibición del anatocismo; su inaplicabilidad a las obligaciones de valor” - XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (La

Plata - septiembre 2017) - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (JURSO) - <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/79919>; XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en La Plata en el año 2017 - Comisión 3 - Conclusión 11.

¹¹ CNCiv - Sala J - Autos: “LL., P. M. c/ K., M. F. s/Cumplimiento de Contrato” (Expte. N° 57.252/2017) - 6/11/2020; Suprema Corte de Justicia de Mendoza - Sala Primera - Autos: “CORICA RICARDO EUGENIO en J° 11718 / 53649 - CORICA, RICARDO EUGENIO C/ PEDRO Y CARLOS MONTEVERDI, S.R.L. s/ Ejecución Típica p/ Recurso Extraordinario Provincial” - 105192719 - 15/10/2020; CNCom - Sala B - Autos: “HERRERA, BLANCA MARÍA c/ Caja de Seguros s/ Ordinario” (expte. Nro. 14471/2014) - 5/5/2022 .

¹² Corte Suprema de Justicia de la Nación - Autos: “Vianini S.P.A. y otro c/ Obras Sanitarias de la Nación” - Fallos: 304:226 - 2/3/1982.

¹³ MARINO, ABEL E. - “Regulación de los intereses, la usura y el anatocismo en el Código Civil y Comercial de la Nación” - RCyS2017-IX, 13 - Cita: TR LALEY AR/DOC/2188/2017; GIANFE-

LICI, MARIO C. - GIANFELICI, ROBERTO E. - “Anatocismo judicial” - SJA 01/08/2018, 1 - Laley Online - Cita: TR LALEY AR/DOC/3186/2018.

¹⁴ SANTARELLI, FULVIO G. - “El anatocismo en el régimen del Código Civil y Comercial” - LA LEY 25/04/2018, 1 - LA LEY 2018-B, 1045.

¹⁵ BARREIRA DELFINO, EDUARDO en “Código Civil y Comercial de la Nación - Comentado y Anotado” - Directores MARCELO LÓPEZ MESA Y EDUARDO BARREIRA DELFINO - Tomo 6 - A - Editorial Hammurabi S.R.L. - 2020 - pág 242 y ss.; GIANFELICI, MARIO C. - GIANFELICI, ROBERTO E. - “Anatocismo judicial” - SJA 01/08/2018, 1 - Laley Online - Cita: TR LALEY AR/DOC/3186/2018; SANTARELLI, FULVIO G. - “El anatocismo en el régimen del Código Civil y Comercial” - LA LEY 2018-B, 1045.

¹⁶ GIANFELICI, MARIO C. - GIANFELICI, ROBERTO E. - “Anatocismo judicial” - SJA 01/08/2018, 1 - Laley Online - Cita: TR LALEY AR/DOC/3186/2018.

¹⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación - Autos: “FABIANI, ESTEBAN MARIO V. PIERRRESTEGUI, JORGE ALBERTO” - 16/12/1993

- Fallos 316:3131. Ratificado este criterio, entre otros, en “Sociedad Anónima Compañía Azucarera Tucumana s/ quiebra s/ incidente de ejecución de sentencia. (S. 397. XXXVII. S. 349. XXXVII. S. 369. XXXVII). 28/11/2006. . De igual forma se pronunció la jurisprudencia en: CNCiv – Sala J – Autos: “LL., P. M. c/ K., M. F. s/ Cumplimiento de contrato” - Expte. N° 57.252/2017 - 6/11/2020. Con igual criterio se expresaron MENDIETA, EZEQUIEL N. – “*El supuesto de anatocismo del art. 770 inc. b) del Código Civil y Comercial. Interpretación, alcance, aplicación temporal y su prohibición en las relaciones de consumo*” - LA LEY 02/12/2021, 4; GIANFELICI, MARIO C. - GIANFELICI, ROBERTO E. – “*Anatocismo judicial*” - SJA 01/08/2018, 1 – La ley Online - Cita: TR LALEY AR/DOC/3186/2018; MELLINO, GABRIELA V. - NESSI, ANDREA A. - “*El paso del tiempo en los procesos judiciales y su implicancia en los créditos*”. A propósito del acta CNAT 2764/22: pensando “fuera de la caja” - DT2023 (enero), 13; SANTARELLI, FULVIO G. – “*El anatocismo en el régimen del Código Civil y Comercial*” - LA LEY 2018-B , 1045.

¹⁸ GUFFANTI, DANIEL B. - “*La demanda judicial como excepción a la prohibición del anatocismo;*

su inaplicabilidad a las obligaciones de valor” - XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (La Plata - septiembre 2017)- Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (JURSOC) - <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/79919>.

¹⁹ GALEAZZI, MARIO BERNARDO - “*El art. 770, inc. b del CCC - Capitalización de intereses desde la notificación de la demanda - El daño inflacionario y el colapso de los tribunales del trabajo*” - Revista de Derecho Laboral Actualidad -- Año 2022-2 – Rubinzal Culzoni Editores - Director: Machado, José Daniel – pg. 392 y ss.; HADAD, ANDRÉS O. - RODRÍGUEZ, VICTORIA – “*Capitalización de intereses. Análisis crítico del art. 770 del Código Civil y Comercial*” - RC-CyC 2019 (septiembre), 39 - Cita: TR LALEY AR/DOC/1733/2019.

²⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación – Autos: “FABIANI, ESTEBAN MARIO V. PIERRSTEGUI, JORGE ALBERTO • 16/12/1993 - Fallos 316:313. De la misma forma se ha expresado la jurisprudencia en: CNCiv – Sala J – Autos: “LL., P. M. c/ K., M. F. s/ Cumplimiento de Contrato” - Expte. N° 57.252/2017 – 6/11/2020. Con igual criterio se manifestó la doctrina: MENDIETA, EZEQUIEL N. – “*El*

supuesto de anatocismo del art. 770 inc. b) del Código Civil y Comercial. Interpretación, alcance, aplicación temporal y su prohibición en las relaciones de consumo” - LA LEY 02/12/2021, 4; HADAD, ANDRÉS O. - RODRÍGUEZ, VICTORIA – “*Capitalización de intereses. Análisis crítico del art. 770 del Código Civil y Comercial*” - RC-CyC 2019 (septiembre), 39 - Cita: TR LALEY AR/DOC/1733/2019; GIANFELICI, MARIO C. - GIANFELICI, ROBERTO E. – “*Anatocismo judicial*” - SJA 01/08/2018, 1 - Laley Online - Cita: TR LALEY AR/DOC/3186/2018; Conclusiones de la XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en La Plata en el año 2017 – Comisión 3 – Conclusión 11.

²¹ GIANFELICI, MARIO C. - GIANFELICI, ROBERTO E. – “*Anatocismo judicial*” - SJA 01/08/2018, 1 - Laley Online - Cita: TR LALEY AR/DOC/3186/2018.

²² GIANFELICI, MARIO C. - GIANFELICI, ROBERTO E. – “*Anatocismo judicial*” - SJA 01/08/2018, 1 - Laley Online - Cita: TR LALEY AR/DOC/3186/2018.

²³ CNTrab – Sala VIII – Autos: “DUARTE, MARTÍN c/ Galeno Argentina S.A. s/ des-

pido” (Expte. No 72553/2015) – 1/10/2020; Cámara de Apelaciones en lo Civil – Sala 1era.- Mendoza – Autos: “GARCÍA FERNANDO MARTÍN C/ MONSALVE, FEDERICO NICOLÁS S/ Daños derivados de Accidente de Tránsito” - CUIJ: 13-05366078-3 - (010301-56868) - 27/10/2022; GUFFANTI, DANIEL B. - “La demanda judicial como excepción a la prohibición del anatocismo; su inaplicabilidad a las obligaciones de valor” - XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (La Plata - septiembre 2017)- Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (JURSOC) – <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/79919>.

²⁴ BARREIRA DELFINO, EDUARDO en “Código Civil y Comercial de la Nación – Comentado y Anotado” - Directores Marcelo López Mesa y Eduardo Barreira Delfino – Tomo 6 – A – Editorial Hammurabi S.R.L. -2020 – pág 242 y ss.

²⁵ Cámara de Apelaciones en lo Civil – Sala 1era.- Mendoza – “GARCÍA FERNANDO MARTÍN C/ MONSALVE, FEDERICO NICOLÁS S/ Daños derivados de Accidente de Tránsito” - CUIJ: 13-05366078-3 (010301-56868) - 27/10/2022; JALIL, JULIÁN EMIL – “El anatocismo en las acciones de daños y perjuicios”

- RCyS2021-V, 20 – La Ley Online - Cita: TR LALEY AR/DOC/1949/2021.

²⁶ MENDIETA, EZEQUIEL N. – “El supuesto de anatocismo del art. 770 inc. b) del Código Civil y Comercial. Interpretación, alcance, aplicación temporal y su prohibición en las relaciones de consumo” - LA LEY 02/12/2021, 4; MORA, ÁNGELA ROSALÍA en “Código Civil y Comercial de la Nación y leyes especiales – Comentado y anotado con perspectiva de género” – Directoras Marisa Herrera – Natalia de la Torre – Tomo VI - Editores del Sur – pág 245 y ss.; GUFFANTI, DANIEL B. - “La demanda judicial como excepción a la prohibición del anatocismo; su inaplicabilidad a las obligaciones de valor” - XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (La Plata - septiembre 2017)- Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (JURSOC) - <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/79919>. Con igual criterio, la jurisprudencia ha sostenido que: Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Rosario– Sala I – Autos; “LEBRERO, LUIS ALBERTO C/ Telefónica Argentina S.A. S/ Sentencia Judiciales Juicios Ordinarios y Sumarísimos” (Expte. Nro. 534/23) - Resolución N° 171 - 23/06/2023.

²⁷ Cámara de Apelaciones en lo Civil – Sala 1era.- Mendoza – “GARCÍA FERNANDO MARTÍN C/ MONSALVE, FEDERICO NICOLÁS S/ Daños derivados de Accidente de Tránsito” - CUIJ: 13-05366078-3 (010301-56868) - 27/10/2022.

²⁸ TRIGO REPRESAS, FÉLIX A. en “Código Civil y Comercial Comentado – Tratado Exegético” – 3era. Edición Actualizada” – Director Jorge Altarini – Thomson Reuters La Ley – Año 2019 - Tomo IV – pg. 254.

²⁹ PIZARRO, RAMÓN D. – “Los intereses en el Código Civil y Comercial”- LA LEY 2017-D, 991.

³⁰ BARBIERI, PABLO J - “Intereses judiciales en el Fuero Laboral Nacional” - - LA LEY 2022-F, 153.

³¹ CNCom. - Sala C – Autos: “BANCO DEL BUEN AYRE S.A. C/ ÁVILA ERNESTO RUBÉN y Otro S/ Ejecutivo”, citado por BARBIERI, PABLO J - “Intereses judiciales en el Fuero Laboral Nacional” - LA LEY 2022-F, 153.

³² CNTrab. - Sala X - Autos: “PEINADO, CAMILO ERNESTO DAMIÁN C/ Banco Patagonia S.A. S/ Despido”- Expte. No: 45413/2015/CAI (49098) - 26/12/19.

³³ CNTrab., sala II, "Silva Gamba, Gabriel Enrique vs. Galeno ART SA", 08/08/2022; citada por MELLINO, GABRIELA V. - NESSI, ANDREA A. - "El paso del tiempo en los procesos judiciales y su implicancia en los créditos. A propósito del acta CNAT 2764/22: pensando "fuera de la caja" - DT2023 (enero), 13.

³⁴ FERREYRA, CONSUELO - L'ARGENTIERE, LEONARDO - "El interés moratorio en el derecho del trabajo" - "Temas de Derecho Laboral y de la Seguridad Social" - Marzo 2021 - pg. 119 y ss.; GIANFELICI, MARIO C. - GIANFELICI, ROBERTO E. - "Anatocismo judicial" - SJA 01/08/2018, 1 - Laley Online - Cita: TR LALEY AR/DOC/3186/2018; MARINO, ABEL E. - "Regulación de los intereses, la usura y el anatocismo en el Código Civil y Comercial de la Nación" - RCyS2017-IX, 13 - Cita: TR LALEY AR/DOC/2188/2017.

³⁵ BARBIERI, PABLO J - "Intereses judiciales en el Fuero Laboral Nacional" - LA LEY 2022-F , 153; MELLINO, GABRIELA V. - NESSI, ANDREA A. - "El paso del tiempo en los procesos judiciales y su implicancia en los créditos. A propósito del acta CNAT 2764/22: pensando "fuera de la caja" - DT2023 (enero), 13; GASQUET, PABLO

A. - "Acta 2764 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. La convalidación del anatocismo como herramienta para defender los intereses de los trabajadores o un salvavidas de plomo" - LA LEY2022-F, 181; Gianfelici, Mario C. - GIANFELICI, ROBERTO E. - "Anatocismo judicial" - SJA 01/08/2018, 1 - Laley Online - Cita: TR LALEY AR/DOC/3186/2018; MELLINO, GABRIELA V. - NESSI, ANDREA A. - "El paso del tiempo en los procesos judiciales y su implicancia en los créditos. A propósito del acta CNAT 2764/22: pensando "fuera de la caja" - DT2023 (enero), 13.

³⁶ MARTÍN, FACUNDO A. - "Las deudas laborales. Tasas vs. índices. La Corte en "Bonet" y "García". Las décadas hípicas y la depreciación monetaria" - DT2023 (julio), 41.

³⁷ POMPA, ROBERTO C. - "La Capitalización de Intereses dispuesta por el Acta 2764 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo" - LA LEY 2022-F , 145.

³⁸ POMPA, ROBERTO C. - "La Capitalización de Intereses dispuesta por el Acta 2764 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo" - LA LEY 2022-F, 145; HADAD, ANDRÉS O. - RO-

DRÍGUEZ, VICTORIA - "Capitalización de intereses. Análisis crítico del art. 770 del Código Civil y Comercial" - RCCyC 2019 (septiembre), 39 - Cita: TR LALEY AR/DOC/1733/2019; BARREIRA DELFINO, EDUARDO en "Código Civil y Comercial de la Nación - Comentario y Anotado" - Directores Marcelo López Mesa y Eduardo Barreira Delfino - Tomo 6 - A - Editorial Hammurabi S.R.L. -2020 - pag 242 y ss.; CCyC - Sala II - La Plata (Bs. As.) - Autos "Cooperativa de Trabajo La Hoja Ltda. c/ Superclc S.A s/ Cobro Ejecutivo (DIGITAL)" - 13/8/2020; CNCom - Sala E - Autos: "Rosario del Plata S.A. c/ Mutual Odontología Argentina s/ Ordinario" (Expte. N° 8.790/2019). - 1/12/2021.

³⁹ BARRERA NICHOLSON, ANTONIO J. - "Capitalización de intereses en créditos laborales" - 30-nov-2022 - Cita: MJ-DOC-16931-AR | MJJD16931.

⁴⁰ GALEAZZI, MARIO BERNARDO - "El art. 770, inc. b del CCC - Capitalización de intereses desde la notificación de la demanda - El daño inflacionario y el colapso de los tribunales del trabajo" - Revista de Derecho Laboral Actualidad -- Año 2022-2 - Rubinzal Culzoni

Editores - Director: Machado, José Daniel – pg. 392 y ss.

⁴¹ GALEAZZI, MARIO BERNARDO - “El art. 770, inc. b del CCC - Capitalización de intereses desde la notificación de la demanda - El daño inflacionario y el colapso de los tribunales del trabajo” - Revista de Derecho Laboral Actualidad -- Año 2022-2 – Rubinzal Culzoni Editores - Director: Machado, José Daniel – pg. 392 y ss.

⁴² BARRERA NICHOLSON, ANTONIO J. - “Capitalización de intereses en créditos laborales” - 30-nov-2022 - Cita: MJ-DOC-16931-AR | MJD16931, MARÍA ELENA ARRIAZU - “Actualización de Créditos Laborales en épocas de crisis económica y procesos inflacionarios” - Revista IDEIDES - Julio, 2023 – UNTREF - <http://revista-ideides.com/actualizacion-de-creditos-laborales-en-epocas-de-crisis-economica-y-procesos-inflacionarios/>; GALEAZZI, MARIO BERNARDO - “El art. 770, inc. b del CCC - Capitalización de intereses desde la notificación de la demanda - El daño inflacionario y el colapso de los tribunales del trabajo” - Revista de Derecho Laboral Actualidad -- Año 2022-2 – Rubinzal Culzoni Editores - Director: Machado, José Daniel – pg. 392 y ss.

⁴³ MARÍA ELENA ARRIAZU - “Actualización de Créditos Laborales en épocas de crisis económica y procesos inflacionarios” - Revista IDEIDES - Julio, 2023 – UNTREF - <http://revista-ideides.com/actualizacion-de-creditos-laborales-en-epocas-de-crisis-economica-y-procesos-inflacionarios/>

⁴⁴ MARÍA ELENA ARRIAZU - “Actualización de Créditos Laborales en épocas de crisis económica y procesos inflacionarios” - Revista IDEIDES - Julio, 2023 – UNTREF - <http://revista-ideides.com/actualizacion-de-creditos-laborales-en-epocas-de-crisis-economica-y-procesos-inflacionarios/>; GALEAZZI, MARIO BERNARDO - “El art. 770, inc. b del CCC - Capitalización de intereses desde la notificación de la demanda - El daño inflacionario y el colapso de los tribunales del trabajo” - Revista de Derecho Laboral Actualidad -- Año 2022-2 – Rubinzal Culzoni Editores - Director: Machado, José Daniel – pg. 392 y ss.

⁴⁵ FORMARO, JUAN J. - “Capitalización de intereses en juicio” - LA LEY 09/11/2022, 1 - LA LEY2022-F, 163).

⁴⁶ GALEAZZI, MARIO BERNARDO - “La Capitali-

zación de intereses en el Acta 2764 CNAT. Herramienta de equilibrio patrimonial, contra el fraude laboral y el colapso de los Tribunales del Trabajo” - LA LEY 2022-F, 173.

⁴⁷ ROMUALDI, EMILIO E. - “La capitalización de intereses” - LA LEY2019-D, 1115; GASQUET, PABLO A. - “Acta 2764 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. La convalidación del anatocismo como herramienta para defender los intereses de los trabajadores o un salvavidas de plomo” - LA LEY2022-F, 181; PIZARRO, DANIEL - VALLESPINOS, CARLOS - “Tratado de obligaciones” - Tomo I - Rubinzal Culzoni Editores - 2017 - pág. 530; Cámara de Apelaciones en lo Civil - Sala 1era.- Mendoza - Autos: “GARCÍA FERNANDO MARTÍN C/ MONSALVE, FEDERICO NICOLÁS s/ Daños derivados de Accidente de Tránsito” - CUIJ: 13-05366078 (010301-56868)- 27/10/2022; ROMUALDI, EMILIO E. - “La capitalización prevista en el art. 770 del Cód. Civ. y Com. y el proceso laboral” - RDLSS 2020-23, 23 - LLO - La Ley Online - Cita: TR LALEY AR/DOC/3743/2020; MARTÍN, FACUNDO A. - “Las deudas laborales. Tasas vs. índices. La Corte en “Bonet” y “García”. Las décadas hípicas y la depreciación mone-

taria" - DT2023 (julio), 41; CNTrab – Sala II – Autos: "MARTÍNEZ, NÉLIDA NOEMÍ y Otros c. AGREST, FEDERICO y Otros s/Despido" - 19/09/2022 – La Ley Online - Cita: TR LALEY AR/JUR/128624/2022; CNTrab. Sala VIII – Autos: "Segreto Precedo, Loreley Elizabeth c/ Centro de Recuperación Adaptación y Recreación SRL y Otros s/ Despido" - 26/9/2022; GIANFELICI, MARIO C. - GIANFELICI, ROBERTO E. – "Anatocismo judicial" - SJA 01/08/2018, 1 - Laley Online - Cita: TR LALEY AR/DOC/3186/2018; FORMARO, JUAN J. – "Capitalización de intereses en juicio" - LA LEY2022-F, 163.

⁴⁸ CNCom - Sala E – Autos: "Rosario del Plata S.A. c/ Mutual Odontológica Argentina s/ Ordinario" (Expte. N° 8.790/2019) – Noviembre 2021; CNTrab.- Sala VI – Voto del Dr. Pose en Autos: "Rafar, Denis Leopoldo vs. ACZEP S.A. y otros. Despido" - 16/06/2023 - Rubinzal Online /// RC J 2265/23; CCyC – Sala II – La Plata (Bs. As.) – Autos: "Cooperativa de Trabajo La Hoja Ltda. c/ Superclc S.A s/ Cobro Ejecutivo (DIGITAL)" – 13/8/2020; CNTrab. - Sala VIII – Autos: "SEGRETO PRECEDO, LORELEY ELIZABETH c/ Centro de Recu-

peración Adaptación y Recreación SRL y Otros s/ Despido" - 26/9/2022; MENDIETA, EZEQUIEL N. – "El supuesto de anatocismo del art. 770 inc. b) del Código Civil y Comercial. Interpretación, alcance, aplicación temporal y su prohibición en las relaciones de consumo" - LA LEY 02/12/2021, 4; PIZARRO, RAMÓN D. – "Los intereses en el Código Civil y Comercial" - LA LEY2017-D, 991; GUFFANTI, DANIEL B. - "La demanda judicial como excepción a la prohibición del anatocismo; su inaplicabilidad a las obligaciones de valor" - XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (La Plata - septiembre 2017)- Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (JURSOC) - <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/79919>

⁴⁹ MELLINO, GABRIELA V. - NESSI, ANDREA A. - "El paso del tiempo en los procesos judiciales y su implicancia en los créditos." A propósito del acta CNAT 2764/22: pensando "fuera de la caja" - DT2023 (enero), 13; CNCom - Sala E – Autos; "Rosario del Plata S.A. c/ Mutual Odontológica Argentina s/ Ordinario" (Expte. N° 8.790/2019) – Noviembre 2021; MENDIETA, EZEQUIEL N. – "El supuesto de anatocismo del art. 770 inc. b) del Código Civil y Comercial. Interpretación, alcance, aplicación

temporal y su prohibición en las relaciones de consumo" - LA LEY 02/12/2021, 4.

⁵⁰ CNCom - Sala E – Autos: "Rosario del Plata S.A. c/ Mutual Odontológica Argentina s/ Ordinario" (Expte. N° 8.790/2019) – Noviembre 2021; MENDIETA, EZEQUIEL N. – "El supuesto de anatocismo del art. 770 inc. b) del Código Civil y Comercial. Interpretación, alcance, aplicación temporal y su prohibición en las relaciones de consumo" - LA LEY 02/12/2021, 4".

⁵¹ MENDIETA, EZEQUIEL N. – "El supuesto de anatocismo del art. 770 inc. b) del Código Civil y Comercial. Interpretación, alcance, aplicación temporal y su prohibición en las relaciones de consumo" - LA LEY 02/12/2021, 4.

⁵² Comisión ad honorem designada por decreto 182/2018 – septiembre de 2018.

⁵³ CNCom – Sala F – Autos: "García Pomes, Selva c/ Abasto XXI S.A. s/ Ejecutivo" (Expte. COM N° 854/2011 SIL) – 5/9/2022; HADAD, ANDRÉS O. - RODRÍGUEZ, VICTORIA – "Capitalización de intereses. Análisis crítico del art. 770 del Código Civil y Comercial" - RC-

CyC 2019 (septiembre), 39 - Cita: TR LALEY AR/DOC/1733/2019; GIANFELICI, MARIO C. - GIANFELICI, ROBERTO E. - “Anatocismo judicial” - SJA 01/08/2018, 1 - Laley Online - Cita: TR LALEY AR/DOC/3186/2018; HADAD, ANDRÉS O. - RODRÍGUEZ, VICTORIA - “Capitalización de intereses. Análisis crítico del art. 770 del Código Civil y Comercial” - RC-CyC 2019 (septiembre), 39 - Cita: TR LALEY AR/DOC/1733/2019; BARRERA NICHOLSON, ANTONIO J. - “Capitalización de intereses en créditos laborales” - 30-nov-2022 - Cita: MJ-DOC-16931-AR | MJD16931; GALEAZZI, MARIO BERNARDO - “La Capitalización de intereses en el Acta 2764 CNAT. Herramienta de equilibrio patrimonial, contra el fraude laboral y el colapso de los Tribunales del Trabajo” - LA LEY 2022-F 173); GALEAZZI, MARIO BERNARDO - “El art. 770, inc. b del CCC - Capitalización de intereses desde la notificación de la demanda - El daño inflacionario y el colapso de los tribunales del trabajo” - Revista de Derecho Laboral Actualidad -- Año 2022-2 - Rubinzal Culzoni Editores - Director: Machado, José Daniel - pg. 392 y ss.,

⁵⁴ POMPA, ROBERTO C. - “La Capitalización de Intereses dispuesta por el Acta 2764 de la

Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo” - LA LEY 2022-F , 145.

⁵⁵ BARREIRA DELFINO, EDUARDO en “Código Civil y Comercial de la Nación - Comentado y Anotado” - Directores Marcelo López Mesa y Eduardo Barreira Delfino - Tomo 6 - A - Editorial Hammurabi S.R.L. -2020 - pag 242 y ss.

⁵⁶ GALEAZZI, MARIO BERNARDO - “El art. 770, inc. b del CCC - Capitalización de intereses desde la notificación de la demanda - El daño inflacionario y el colapso de los tribunales del trabajo” - Revista de Derecho Laboral Actualidad -- Año 2022-2 - Rubinzal Culzoni Editores - Director: Machado, José Daniel - pg. 392 y ss.

⁵⁷ CNTrab. Sala VI - Voto del Dr. Pose en Autos: “Rafar, Denis Leopoldo vs. ACZEP S.A. y otros. Despido” - 16/06/2023 - Rubinzal Online /// RC J 2265/23; POMPA, ROBERTO C. - “La Capitalización de Intereses dispuesta por el Acta 2764 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo” - LA LEY 2022-F , 145.

⁵⁸ GASQUET, PABLO A. - “Acta 2764 de la Cá-

mara Nacional de Apelaciones del Trabajo. La convalidación del anatocismo como herramienta para defender los intereses de los trabajadores o un salvavidas de plomo” - LA LEY 2022-F, 181; CNTrab - Sala II - Autos: “MARTÍNEZ, NÉLIDA NOEMÍ y Otros c. AGREST, FEDERICO y Otros s/Despido” - 19/09/2022 - La Ley Online - Cita: TR LALEY AR/JUR/128624/2022; MORA, ÁNGELA ROSALÍA en “Código Civil y Comercial de la Nación y leyes especiales - Comentado y anotado con perspectiva de género” - Tomo VI - Directoras Marisa Herrera - Natalia de la Torre - Editores del Sur - pag 245 y ss.

⁵⁹ FORMARO, JUAN J. - “Capitalización de intereses en juicio” - LA LEY 2022-F, 163.

⁶⁰ FERREYRA, CONSUELO - L'ARGENTIÈRE, LEONARDO - “El interés moratorio en el derecho del trabajo” - “Temas de Derecho Laboral y de la Seguridad Social” - Marzo 2021 - pg. 119 y ss.; ROMUALDI, EMILIO E. - “La capitalización de intereses” - LA LEY 2019-D, 1115.

⁶¹ GASQUET, PABLO A. - “Acta 2764 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. La convalidación del anatocismo como herramienta

para defender los intereses de los trabajadores o un salvavidas de plomo” - LA LEY 2022-F, 181.

⁶² GALEAZZI, MARIO BERNARDO - “El art. 770, inc. b del CCC - Capitalización de intereses desde la notificación de la demanda - El daño inflacionario y el colapso de los tribunales del trabajo” - Revista de Derecho Laboral Actualidad -- Año 2022-2 - Rubinzal Culzoni Editores - Director: Machado, José Daniel - pg. 392 y ss.; BARRERA NICHOLSON, ANTONIO J. - “Capitalización de intereses en créditos laborales” - 30-nov-2022 - Cita: MJ-DOC-16931-AR | MJD16931

⁶³ JUÁREZ FERRER, MARTÍN - “Capitalización de intereses en juicio” - LA LEY 20/10/2017, 1; GALEAZZI, MARIO BERNARDO - “La Capitalización de intereses en el Acta 2764 CNAT. Herramienta de equilibrio patrimonial, contra el fraude laboral y el colapso de los Tribunales del Trabajo” - LA LEY 2022-F, 173.

⁶⁴ JUÁREZ FERRER, MARTÍN - “Capitalización de intereses en juicio” - LA LEY 20/10/2017, 1; JALIL, JULIÁN EMIL - “El anatocismo en las acciones de daños y perjuicios” - RCyS2021-V, 20 - La Ley Online - Cita: TR LALEY AR/DOC/1949/2021

⁶⁵ GALEAZZI, MARIO BERNARDO - “La Capitalización de intereses en el Acta 2764 CNAT. Herramienta de equilibrio patrimonial, contra el fraude laboral y el colapso de los Tribunales del Trabajo” - LA LEY 2022-F, 173.

⁶⁶ MENDIETA, EZEQUIEL N. - “El supuesto de anatocismo del art. 770 inc. b) del Código Civil y Comercial. Interpretación, alcance, aplicación temporal y su prohibición en las relaciones de consumo” - LA LEY 02/12/2021, 4; BARBIERI, PABLO J - “Intereses judiciales en el Fuero Laboral Nacional” - LA LEY 09/11/2022, 1 • LA LEY 2022-F, 153; CN Com - Sala D - Autos: “Zurich Aseguradora Argentina S.A. c/ Coto C.I.C.S.A. s/ Ordinario”, (Expte. Nro. 891/2016) - 16/06/2022.

⁶⁷ GASQUET, PABLO A. - “Acta 2764 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. La convalidación del anatocismo como herramienta para defender los intereses de los trabajadores o un salvavidas de plomo” - LA LEY 2022-F, 181; BARBIERI, PABLO J - “Intereses judiciales en el Fuero Laboral Nacional” - LA LEY 2022-F, 153

⁶⁸ MENDIETA, EZEQUIEL N. - “El supuesto de anatocismo del art. 770 inc. b) del Código Civil

y Comercial. Interpretación, alcance, aplicación temporal y su prohibición en las relaciones de consumo” - LA LEY 02/12/2021, 4; MORA, ÁNGELA ROSALÍA en “Código Civil y Comercial de la Nación y leyes especiales – Comentado y anotado con perspectiva de género” – Tomo VI - Directoras Marisa Herrera – Natalia de la Torre --. Editores del Sur – pág 245 y ss.

⁶⁹ MENDIETA, EZEQUIEL N. - “El supuesto de anatocismo del art. 770 inc. b) del Código Civil y Comercial. Interpretación, alcance, aplicación temporal y su prohibición en las relaciones de consumo” - LA LEY 02/12/2021, 4.

⁷⁰ MORA, ÁNGELA ROSALÍA en “Código Civil y Comercial de la Nación y leyes especiales – Comentado y anotado con perspectiva de género” – Tomo VI - Directoras Marisa Herrera – Natalia de la Torre --. Editores del Sur – pág 245 y ss.

⁷¹ GIANFELICI, MARIO C. - GIANFELICI, ROBERTO E. - “Anatocismo judicial” - - SJA 01/08/2018, 1 - Laley Online - Cita: TR LALEY AR/DOC/3186/2018; MENDIETA, EZEQUIEL N. - “El supuesto de anatocismo del art. 770 inc. b) del Código Civil y Comercial. Interpretación, alcance, aplicación temporal y

su prohibición en las relaciones de consumo” - LA LEY 02/12/2021, 4.

⁷² HADAD, ANDRÉS O. - RODRÍGUEZ, VICTORIA – “Capitalización de intereses. Análisis crítico del art. 770 del Código Civil y Comercial” - RC-CyC 2019 (septiembre), 39 - Cita: TR LALEY AR/DOC/1733/2019.

⁷³ El Art 721 del Proyecto de Código Civil para la República Argentina (1998) (Decreto 685/95 - Elevado el 17/03/1999) establecía que: “En defecto de convención, si se deduce pretensión ante un tribunal, desde la fecha de notificación de la demanda, de una medida cautelar, o del pedido de mediación obligatoria, la que sea anterior; y, una vez dictada sentencia y liquidada la deuda con sus intereses, desde la aprobación de la liquidación”.

⁷⁴ Gianfelici, Mario C. - GIANFELICI, ROBERTO E. – “Anatocismo judicial” - SJA 01/08/2018, 1 - Laley Online - Cita: TR LALEY AR/DOC/3186/2018.

⁷⁵ Comisión ad honorem designada por decreto 182/2018 – septiembre de 2018.

⁷⁶ HADAD, ANDRÉS O. - RODRÍGUEZ, VICTO-

RIA – “Capitalización de intereses. Análisis crítico del art. 770 del Código Civil y Comercial” - RC-CyC 2019 (septiembre), 39 - Cita: TR LALEY AR/DOC/1733/2019.

⁷⁷ CNTrab. Sala VI – Voto del Dr. Pose en Autos: “RAFAR, DENIS LEOPOLDO vs. ACZEP S.A. y otros. Despido” - 16/06/2023 - Rubinzal Online /// RC J 2265/23.

⁷⁸ GUFFANTI, DANIEL B. - “La demanda judicial como excepción a la prohibición del anatocismo; su inaplicabilidad a las obligaciones de valor” - XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (La Plata - septiembre 2017)- Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (JURSO) – <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/79919>; XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en La Plata en el año 2017 – Comisión 3 – Conclusión 11; COSSO JULIÁN – “Capitalización de intereses en la nueva acta de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo y su impacto en la litigiosidad” – “Temas de Derecho Laboral y de la Seguridad Social” – Diciembre 2022 – pg. 1115 y ss.

⁷⁹ GUFFANTI, DANIEL B. - “La demanda judicial como excepción a la prohibición del anatocismo;

su inaplicabilidad a las obligaciones de valor” - XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (La Plata - septiembre 2017)- Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (JURSO) – <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/79919>; XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en La Plata en el año 2017 – Comisión 3 – Conclusión 11.

⁸⁰ BARBIERI, PABLO J - “Intereses judiciales en el Fuero Laboral Nacional” - LA LEY 2022-F , 153.

⁸¹ GASQUET, PABLO A. – “Acta 2764 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. La convalidación del anatocismo como herramienta para defender los intereses de los trabajadores o un salvavidas de plomo” - LA LEY2022-F, 181.

⁸² MENDIETA, EZEQUIEL N. – “El supuesto de anatocismo del art. 770 inc. b) del Código Civil y Comercial. Interpretación, alcance, aplicación temporal y su prohibición en las relaciones de consumo” - LA LEY 02/12/2021, 4. Criterio similar expuesto en: Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Córdoba – Sala IV- Autos: “Tarjeta Grupar S.A. c/ Mansilla, Guillermo Roque -Presentación Múltiple – Abreviados” – Expte. N° 5972722 – 25/7/2017.

⁸³ MENDIETA, EZEQUIEL N. – “El supuesto de anatocismo del art. 770 inc. b) del Código Civil y Comercial. Interpretación, alcance, aplicación temporal y su prohibición en las relaciones de consumo” - LA LEY 02/12/2021, 4.

⁸⁴ MENDIETA, EZEQUIEL N. – “El supuesto de anatocismo del art. 770 inc. b) del Código Civil y Comercial. Interpretación, alcance, aplicación temporal y su prohibición en las relaciones de consumo” - LA LEY 02/12/2021, 4.

⁸⁵ MENDIETA, EZEQUIEL N. – “El supuesto de anatocismo del art. 770 inc. b) del Código Civil y Comercial. Interpretación, alcance, aplicación temporal y su prohibición en las relaciones de consumo” - LA LEY 02/12/2021, 4.

⁸⁶ GALEAZZI, MARIO BERNARDO - “El art. 770, inc. b del CCC - Capitalización de intereses desde la notificación de la demanda - El daño inflacionario y el colapso de los tribunales del trabajo” - Revista de Derecho Laboral Actualidad -- Año 2022-2 – Rubinzal Culzoni Editores - Director: Machado, José Daniel – pg. 392 y ss.; GALEAZZI, MARIO BERNARDO - “La Capitalización de intereses en el Acta 2764 CNAT. Herramienta de

equilibrio patrimonial, contra el fraude laboral y el colapso de los Tribunales del Trabajo” - LA LEY 2022-F , 173).

⁸⁷ FORMARO, JUAN J. - *Capitalización de intereses enjuicio* - LA LEY 09/11/2022, 1 - LA LEY 2022-F, 163; MARINO, ABEL E. - “Regulación de los intereses, la usura y el anatocismo en el Código Civil y Comercial de la Nación” - RCyS2017-IX, 13 - Cita: TR LALEY AR/DOC/2188/2017; Suprema Corte de Justicia de Mendoza - Sala Primera – Autos: “Corica, Ricardo Eugenio c/ Pedro y Carlos Monteverdi, S.R.L. s/ Ejecución Típica p/ Recurso Extraordinario Provincial” (CUIJ: 13-00712696-9/6 (010304-53649) – 15/10/2020; CNCom – Sala F – Autos: “García Pomes, Selva c/ Abasto XXI S.A. s/ Ejecutivo” (Expte. COM N° 854/2011 SIL) – 5/9/2022.

⁸⁸ Suprema Corte de Justicia de Mendoza - Sala Primera – Autos: “Corica, Ricardo Eugenio c/ Pedro y Carlos Monteverdi, S.R.L. s/ Ejecución Típica p/ Recurso Extraordinario Provincial” (CUIJ: 13-00712696-9/6 (010304-53649) – 15/10/2020.

⁸⁹ Así se ha sostenido que: “... me parece

razonable que, si la demanda se ha iniciado antes del primero de agosto de 2015 y se notifica luego de dicha fecha, se aplique la norma (ej. demanda iniciada en junio de 2015 y notificada en septiembre de 2015) - ROMUALDI, EMILIO E. - “La capitalización de intereses” - LA LEY 2019-D, 1115; ROMUALDI, EMILIO E. - “La capitalización prevista en el art. 770 del Cód. Civ. y Com. y el proceso laboral” - RDLSS 2020-23, 23 - LLO – La Ley Online - Cita: TR LALEY AR/DOC/3743/2020).

⁹⁰ GALEAZZI, MARIO BERNARDO - “El art. 770, inc. b del CCC - Capitalización de intereses desde la notificación de la demanda - El daño inflacionario y el colapso de los tribunales del trabajo” - Revista de Derecho Laboral Actualidad -- Año 2022-2 – Rubinzal Culzoni Editores - Director: Machado, José Daniel – pg. 392 y ss.,; POMPA, ROBERTO C. - “La Capitalización de Intereses dispuesta por el Acta 2764 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo” - LA LEY 2022-F , 145.

⁹¹ CNCom. - Sala B – Autos: “Herrera, Blanca María c/ Caja de Seguros S.A. s/ Ordinario” (Expte. Nro. 14471/2014) – 5/5/2022.

⁹² LA LEY 02/12/2021 , 3

⁹³ La minoría propuso: *“en el supuesto del inciso b del artículo 770 del Cód. Civ. y Com. de la Nación están alcanzadas las obligaciones que se encuentran consolidadas en virtud de un título o causa anterior, con intereses preestablecidos por ley o por la voluntad de las partes, devengados y vencidos”*.

⁹⁴ La minoría propuso: *“quedan abarcadas dentro del ámbito de aplicación del art. 770 inciso b del Cód. Civ. y Com. de la Nación las obligaciones de dar dinero demandadas judicialmente en los casos en los que la notificación de la demanda tiene lugar antes de la vigencia de aquel cuerpo normativo”*.

⁹⁵ Si bien la decisión fuera adoptada sin disidencias, luego de la aprobación de la misma, distintas Salas se apartaron de la resolución adoptando distintos criterios. A modo de ejemplo, se puede mencionar: La Sala I resolvió que: *“Los intereses devengados desde la fecha de exigibilidad del crédito se capitalizarán el día 01.08.2015 (fecha de comienzo de vigencia del CCyCN) de conformidad con lo normado por el artículo 770 inciso b de ese cuer-*

po normativo” (Autos: “Rodríguez, Joaquín Nicolás c/ Vites Cristian Hernán y Otros s/ Despido” - Sentencia Definitiva. Causa Nro. 12454/2014/Ca1 – 21/9/2022). Por su parte, la Sala II consideró que: *“...los créditos objeto de condena devenguen intereses desde que cada suma es debida, de conformidad con las tasas dispuestas por esta CNAT mediante Actas 2601, 2630 y 2658, hasta la fecha de notificación del traslado de la demanda (en el caso de litisconsorcio pasivo, la del primer perfeccionamiento de la notificación a cualquiera de los litisconsortes, con indiferencia de cuál de ellos se trate), momento en el cual se procederá a su acumulación al capital (arg. art. 623 C.C. -en el caso de créditos devengados con anterioridad al 1/8/15- y art. 770, inciso b CCyC -en los devengados de allí en adelante-). El nuevo importe así obtenido, con los intereses capitalizados, continuará devengando accesorios a las tasas mencionadas, hasta la fecha del efectivo pago, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 770, inciso c) del CCyC”*. Autos: “Martínez, Nélica Noemí y Otros c/ Agrest, Federico y Otros s/ Despido” (19/9/2022) Sentencia Definitiva - Expediente Nro.: 23509/2019. La Sala VIII resolvió: *“Establecer que, se calcularán intereses desde la fecha de exigibilidad de los*

créditos, hasta la de notificación de la demanda, momento en el cual se procederá a su acumulación al capital (arts. 623 C.C. y 770 inciso b) del CCyCN). El nuevo importe, así obtenido, continuará devengando accesorios a las tasas mencionadas, hasta la fecha del efectivo pago, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 770 inciso c) del CCyCN”. Autos: “Pereyra, Ángel David c/ Galeno Art S.A. s/ Accidente – Ley Especial” (Expediente N° CNT 58309/2014/CA1) – 1/6/2023.

⁹⁶ La minoría propuso: 1.- En todos aquellos procesos deberá, aún sin solicitud de parte, capitalizarse en forma semestral los intereses devengados desde la mora hasta la notificación de la demanda. En casos de litisconsorcio, deberá formularse la capitalización al momento del perfeccionamiento de la primera notificación a cualquiera de los litisconsortes; 2.- La capitalización resulta aplicable aun cuando la notificación de la demanda se hubiese producido con anterioridad a la vigencia del Código Civil y Comercial, siempre que no se haya dictado sentencia y 3.- La tasa a aplicar es la Tasa para Adelanto en Cuenta Corriente sumada del NBSF.

Algunos apuntes sobre los intereses y los créditos laborales (a propósito de la solución de la doctrina judicial - el acuerdo N° 2 C.A.L.R.)

myf

220



myf

221

Dr. Fabián Nahuel **Vega**

Juez del Juzgado de Primera Instancia en lo Laboral de la 2ª Nominación de Rosario

1. Conceptos, el acta N° 2 de la C.A.L.R., el nuevo contexto¹

2. De lege ferenda, un disparador ¿una nueva pregunta de tesis?

1. Conceptos, el acta N° 2 de la C.A.L.R., el nuevo contexto.

Hablar de intereses (justos) en la opinión de nuestro Címero Tribunal in re “Olivera” –por todos conocidos– resulta algo que no necesariamente un Juez o un abogado pueda cerciorar como hipótesis de trabajo sencilla desde que no tiene, en muchos casos, los saberes que complejas operaciones actuariales exigen en un sistema como el nuestro: el sistema nominalista. Es una tarea, cuanto menos ardua y no exenta de errores.

La pregunta de tesis sobre la que he partido en muchos de mis pronunciamientos (confirmados, revocados o conformados por las partes) resulta ser la que se realizó la Dra. Andrea Netri en un importante -a mi juicio-

voto en el caratulado “Bloj”² cuando puso nuevamente sobre el tapete la inconstitucionalidad de la modalidad de cálculo traída por el art. 12 de la ley 24.557. La pregunta, de tan simple, causa perplejidad: *¿cuáles son los intereses justos?* Digo ello porque antes de indagar cuál/es es/son los intereses justos, debemos partir del concepto de justicia yéndonos por las ramas en discusiones sobre axiología jurídica de alta escuela que tornaría imposible ser tratados en esta humilde colaboración para nuestra revista.

En el afán de intentar hablar sobre los intereses y el fuero laboral soy consciente, cada vez más, que la cuestión de intentar encontrar uno en la materia –que trata sobre créditos alimentarios– cada día que pasa y que la inflación no cesa resulta ser una utopía³. A pesar de los ingentes esfuerzos que, me consta, mis colegas con mayúsculas a diario realizan en sus despachos.

El problema del interés en nuestro país tiene una relevancia central dado

que su función en la práctica excede la compensadora y/o moratoria que tiene en países con estabilidad monetaria y, consecuentemente, baja inflación. Tampoco tiene mayor relevancia la solución normativa en esos países donde la moneda puede considerarse “dura” o, al menos, ya no seamos tan optimistas, no sea una verdadera “moneda de papel” como se está transformando el peso en nuestro querido país donde el costo de imprimir el billete de más alta denominación (en dólares) tiene casi el mismo valor de mercado. Es que, tal como se ha escuchado, existe una relación que se refleja en que si el nivel general de precios sube, con cada unidad de moneda se adquieren menos bienes y servicios.

En otras palabras, nadie debe explicarnos que la inflación refleja la disminución del poder adquisitivo de la moneda y sus consecuencias para el asalariado y/o para el minusválido.

La respuesta al problema de la pérdida de capacidad de compra de los

créditos reconocidos judicialmente en el pasado y que se intenta retomar (*así lo planteo como disparador*) es olvidarnos de índices de recomposición convirtiendo una deuda dineraria en una deuda de valor definida en el art. 772 del CCyC. Agregando en todo caso, sobre ellos, una tasa de interés pura o “desprovista de resacas”.

Sin embargo, el problema es que en nuestro código civil y comercial es el principio nominalista el que sigue rigiendo y sobre el que la realidad podría interpelarnos sobre si es -o no- constitucionalmente aceptable en la coyuntura.

El interés implica siempre –además de la presumida renta sobre el capital, expresión enseñada en la educación de nivel secundario– una compensación por la depreciación monetaria. Como excelentemente lo explica Emilio Elías Romualdi –jurista de talla, de consulta y a quien sigo en muchas de mis observaciones– se aprecia que normalmente cuando los abogados hablamos de un “capital

más intereses” solemos decir “actualizado”. No es así. No es “actualizado” sino “capital con una presumida renta por el paso del tiempo o en compensación por el no uso de aquel capital”. Parecido, no igual.

La solución normativa vigente en el Código Civil y Comercial –arts. 767 a 771– ha sostenido el principio nominalista el cual, por otro lado, ha sido el que los Tribunales Superiores han avalado al sostener las previsiones de las leyes 23.928 y 25.561 (leyes de un país que ya no es el mismo) manteniendo en el art. 770 del CCyC el paradigma de la no capitalización de intereses. Algo que, tanto el legislador del C.C. como el legislador del C.C.C. en mi humilde modo de ver, no fue dimensionado para el país que lamentablemente (con dolor pues es el que le dejamos a nuestros hijos) estamos viviendo...

La respuesta que dimana de la ley –la he dicho en innumerables fallos desde mi poltrona– a mí no me convence. No me cierra en esta realidad aplicar los intereses bancarios (art. 768.c

del CCC) y calcularlos– en todo caso capitalizarlos para “mantiene el valor de capital”- generando un interés moratorio. La solución es, a mi juicio, **artificial**; aunque reitero, sea la más usada y la validada por toda la doctrina judicial como expondré en el punto 2 de esta colaboración.

Explica al Dr. Romualdi que “...*hasta el momento de la sanción del C.C. Hace más de 100 años, el sistema monetario en el país había sido bastante caótico debido a la variedad de tipos de moneda: pesos moneda corriente, pesos fuertes y la libre circulación de monedas extranjeras. Esta ley determinó la unidad monetaria de la Argentina a través del peso de oro y plata y dispuso que los bancos de emisión debían renovar toda su emisión de billetes a moneda nacional. No había Banco Central que fue creado con una ley sancionada el 28 de marzo de 1935 -Ley de Bancos- comenzando a funcionar el 31 de mayo de 1935 en medio de una reforma monetaria y financiera que tuvo como objeto reunir distintas funciones en un único organismo rector del sistema financiero. Es decir, cuando*

se sanciona el código civil la emisión de moneda dependía de los depósitos en los bancos de oro y plata –de ahí el nombre 'peso' y esta convivía con circulante de origen extranjero. La posibilidad de expansión monetaria artificial era casi neutra y la posibilidad de la existencia de 'depreciación monetaria' era inexistente. En ese contexto la elección valorativa del autor del código de inclinarse por un interés simple y no compuesto en las deudas judiciales –dada la conducta existente que siempre es el presupuesto necesario de la norma– era razonable...⁴ Luego, llega el discurso más o menos conocido por políticos de moda: la economía de nuestro país sufrió dos hiperinflaciones, cinco cambios de moneda y la quita de trece ceros llegando a esta hora, por lo que un ve, nuevamente, a un repudio generalizado de la moneda de curso legal que ha llevado a algunos mediáticamente hablar de una necesidad de "dolarización".

La inflación y la depreciación del signo monetario era una realidad que el legislador del año 2015 no debió omitir. Tal vez producto de la forma

en que el código de la democracia fue creado, a modo de parcelas, me animo a decir que "fue ideado por dos personas diferentes"; una que consagró la deuda de valor y otra que creyó en que el sistema nominalista sería pétreo. Nada más lejos de la realidad y hoy lo podemos ver nítido tanto como el problema que se presentará a mi juicio en breve cuando deba capitalizarse la deuda bajo reclamo en valores de más del 100 % anual que lamentablemente ha de tornar aquellos esfuerzos de la doctrina judicial y nuestro trabajo diario en un mero voluntarismo.

El art. 770 del CCC si bien puede admitir un imperceptible, avance sobre las soluciones del art. 623 del C.C. de ningún modo se adecua a la realidad que hoy nos toca vivir con más de un 100 % de inflación interanual. Teléfono para el legislador... Las leyes deben dictarse de manera tal que sirvan para regir 100 años, no ser coyunturales. Al menos eso aprendimos en las materias iniciales de nuestra querida facultad de derecho.

La tasa de interés –de lege lata– es la única manera de "compensar" el efecto inflacionario y el tiempo transcurrido desde la mora hasta su efectivo pago es una solución artificial donde vaticino –ojalá me equivoque– que a partir de los niveles de inflación y la suba de tasas de referencias por el B.C.R.A. se producirán toneladas de sentencias que no estoy muy seguro que se puedan pagar; sobre todo, en una economía con fuerte ancla en las denominadas Pymes...más "py", que "mes".

Las tasas de interés se componen de tres factores: a) retorno del capital, b) riesgo de morosidad y c) expectativa de inflación. De este modo, tanto en las tasas activas como las pasivas, la expectativa o corrección inflacionaria está comprendido dentro del monto de las tasas que se fijan en el sistema formal bancario. Conforme lo dispuesto por el art. 768.c) CCC la tasa que deben fijar los jueces son las reguladas en el sistema financiero por el BCRA. Por tanto, dejamos de analizar el sistema financiero extrabanca-

rio. A lo sumo se puede echar mano de las disposiciones en particular de los arts. 768 y 770 del CCC que modifican el régimen a partir del cual el magistrado fija la tasa moratoria en una sentencia.

Ahora bien. En función de la nueva normativa cobra relevancia la idea que las tasas de interés representan el valor que tiene el dinero en el mercado financiero; esto significa que cuanto más dinero hay, la tasa baja y cuando éste escasea sube más allá de la intervención o regulación que sobre la misma pueda hacer el BCRA de manera directa o indirecta. En el mercado financiero, por tanto, se verifican dos tipos de tasas de interés: a) pasiva o de captación (la que pagan los intermediarios financieros a los que confían en ellos sus recursos monetarios); b) tasa activa o de colocación (la que reciben los bancos o intermediarios por los préstamos que otorgan).

En cuanto a su módulo de cálculo, se puede distinguir entre: a) interés simple, el que se calcula sobre el monto-

de capital y por el tiempo de utilización y donde la tasa y el plazo deben estar expresados en la misma unidad de tiempo, y b) interés compuesto, el que se capitaliza después de un cierto periodo, es decir, que luego de un periodo fijado se suma al capital para generar nuevos intereses (o anatocismo). Una manera de comprender este interés es, por ejemplo, cuando los bancos publican sus tasas nominales anuales TNA (interés simple) y tasa efectiva anual TEA (tasa a interés compuesto por ese período).

A partir de la doxa del art. 770 del CCyC es claro que el legislador optó por mantener un sistema de interés simple; un paradigma que la realidad, con más del 100 % de inflación anual, no convalida. Una verdadera condena de un pasado inexistente sobre un presente dinámico muy distinto al presupuesto previsto por la norma.

En sus artículos 767 a 769 –antes arts. 621 y 622 CC– el código clasifica los intereses como compensatorios, moratorios (legales) y punito-

rios (sancionatorios). Los primeros, son los que pactan las partes por el precio por el uso del capital donde, en caso de abuso, se aplica la morigeración del art. 771. Los segundos estaban previstos en el art. 622 C.C. y ahora en el art. 768 donde, producida la mora (automática) se computan de manera inmediata los mismos (corresponde a los perjuicios e intereses que debía pagar el deudor moroso) y los últimos se encuentran regulados en el art. 769 que son pactados por los contratantes.

El Código Civil y Comercial regula los intereses legales en el art. 768 en sus incisos a), b) y c).

En el inciso a) se prevé la libertad de que las partes pacten los intereses moratorios. No hay ningún problema en el marco del derecho civil y comercial –dado el principio de disponibilidad– pero en derecho protectorio entran a jugar el orden público, el laboral y el de la seguridad social lo cual lo torna difuso y coloca al poder judicial en la difícil

misión de contestar la pregunta de tesis de la Dra. Netri ¿cuál es el interés justo? En el inciso b) se prevé los "intereses moratorios legales" esto es los previstos en normas jurídicas (inc. 3, art. 12 ley 27.348, 2 ley 26.773, etc.). En el inciso c) se fija que, en subsidio y no habiendo convenio de los intervinientes, el juez deberá aplicar la tasa bancaria que "fije según reglamentaciones el Banco Central" otorgando un ancla que está sujeto al poder ejecutivo de turno y la mayor o menor independencia entre éste y Banco Central. Recordemos, como crítica a la solución legal, que la primordial misión del Banco Central es proteger el valor de la moneda algo que está muy lejos de los principios arquitectónicos del derecho protectorio.

La C.A.L.R. en una dirección que no puede sino aplaudirse (bien fuerte, por cierto) decidió por acuerdo N° 2 de fecha 27 de marzo de 2023 ponerse al frente de la diáspora en materia de intereses y apuntalar la seguridad jurídica (recordemos que

el norte lo fijó la C.S.J. Santa Fe en "Olivera"). Luego de la consulta a sus 8 miembros (una vacancia) a partir de un fallo de la S.C.J.N. de fecha 7 marzo del mismo año⁵ y en una clara visión de su compromiso con el fuero del trabajo, logró quietus en materia de intereses.

La conducta de la Cámara, que es de esperar continúe en esa senda de otorgar previsibilidad en muchos otros temas del diario litigar, coloca cada cosa en su lugar y simplifica el trabajo diario. A tales fines, tomó como precedente una conducta muy inteligente: no dictar un fallo plenario que petrifique la cuestión por años (como sucedió con el viejo plenario del año 1995 que fijó la tasa activa/pasiva Banco Nación) sino un acuerdo que tiene un efecto expansivo donde los jueces que pretendan evadir la tendrán que hurgar en profundas zonas del saber y estudiando medularmente cada caso en particular con una cierta flexibilidad de ajuste, por llamarlo de alguna manera, cuando la situación así lo requiera.

Antes de ingresar en la postura de los Camaristas triunfantes, tengo para mí que la capitalización de intereses el Código Civil y Comercial –en definitiva sobre ello versa el acuerdo– está regulada en el artículo 770 donde, en el inciso a) prevé la posibilidad de capitalizar semestralmente los intereses (lo que no quita que se pueda pactar otra capitalización, por caso mensual); en el inciso b) establece que, cuando la obligación se demanda judicialmente la acumulación opera desde la fecha de la notificación de la demanda al o a los accionados y en el inciso c) repite la fórmula del art. 623 del Código Civil en cuanto establece que cuando la obligación que se liquide judicialmente la capitalización se produce desde que el juez manda pagar la suma resultante y el deudor es moroso en hacerlo (mora en el plazo otorgado para el cumplimiento de la sentencia).

Lo que establece este artículo es que el capital del proceso de ejecución es la sumatoria del capital y los intereses devengados en el proceso de co-

nocimiento son el capital del proceso de ejecución. ¿Cuál es la consecuencia práctica de esto? Evitar la licuación de los activos por el transcurso del tiempo. Loable, pero nuevamente, a partir de índices artificiales que chocan hoy con un País con una inflación prácticamente invivible para muchos sectores ciudadanos; en especial, los de bajos recursos económicos.

La postura triunfadora del acuerdo puede resumirse en esa dirección. En dividir los procesos judiciales donde la notificación de la demanda tuvo lugar con anterioridad a la entrada de la vigencia del CCC (1° de agosto de 2015). En estos casos, aplicar para esos juicios una tasa de interés simple siendo la elegida la tasa para adelante en cuentas corriente sumada del Nuevo Banco de Santa Fe. En los restantes, en los posteriores utilizar la tasa activa sumada del B.C.R.A. con capitalización anual desde la fecha de la notificación de la demanda y donde, en casos de litisconsorcio pasivo, la capitalización se formulará a partir de la primera notificación de la demanda

a cualquiera de los litisconsortes. En caso de planilla liquidativa aprobada –si bien no lo dice el acuerdo– se ha de aplicar el art. 770.c) CCC. Y en los casos de regímenes específicos (vgr. Ley 27.348) se ha de estar a ellos.

El tiempo dirá si el acuerdo se traduce en sentencias razonables o merezca una sintonía fina. Por lo pronto, es una herramienta de utilidad.

2. De lege ferenda, un disparador ¿una nueva pregunta de tesis?

Principio por compartir ¿cuándo no? muchas de las conclusiones del Dr. Rodolfo Capón Filas quien en al escribir su tesis doctoral sobre *“la depreciación monetaria y las deudas laborales”* www.eft.org ha dicho que *“... el derecho, frente al fenómeno de la inflación, ha tenido dos respuestas, una normativa (leyes, convenios, etc.) y otra doctrinaria (diferenciar las deudas de valor de las deudas de dinero)”*...

El problema que se generó debido a la

salida de la convertibilidad monetaria de ley 23.928 –que ahora se profundiza con índices inflacionarios propios de países que han vivido catástrofes– vuelve a instaurar el debate entre los principios “nominalista” y “valorista” que los doy conocidos por todos.

Entiendo que, para evitar la desvalorización de la que hablé producto de la realidad, deberíamos replantear la cuestión del principio valorista, al menos, en materia como la nuestra, laboral y seguridad social; ello así, con independencia de los notables esfuerzos por querer llegar a una sentencia justa que, está visto o se verá pronto, reitero, podría hacernos dictar sentencias que serán en la práctica incumplibles ya que capitalizar a mas de un 100 % al año torna cualquier esfuerzo en una entelequia; sobre todo para las “Pymes”.

Una solución de salir del laberinto al que nos sujeta una economía desbordada, con cadenas más duras que las que sufría Prometeo, el Dios amigo de los hombres, es la que humildemente

pido comencemos a estudiar y forme parte de una nueva pregunta de tesis.

La cuestión se puede ver en el típico caso de las deudas por alimentos o deudas de naturaleza alimentaria como los honorarios de los abogados. Los que nadie discute y a los cuales se les aplica el art. 32 de la ley de aranceles y donde para su cancelación se aplica el principio del valor corriente o valorismo aunque el pago se hará, finalmente, en dinero o moneda de curso legal con la cortapisa, para evitar excesos, propuesta por el voto mayoritario de Nuestra Corte en “Bergagna”.

Pongo de relieve a esta hora, por estar también en el centro de mi argumentación, que la ley 24.283 –no derogada– en su artículo 1º manda a que siempre que deba ajustarse una deuda con cualquier índice deberá estarse al valor actual de la cosa, bien o prestación debida en su origen⁶ tal cual ya apliqué en un precedente “Guacci c/ Telecom” donde me tuve que referir, en el año 2022, a una deuda laboral generada en el año 1996.

La ley 23.928, como enseña Ricardo Cornaglia, se aplica a las deudas de dinero y pero no a las deudas de valor. Sin embargo, los Jueces a diario intentamos remediar la depreciación del crédito tomando todas las deudas como si fuesen de dar sumas de dinero y aplicando índices artificiales de ajuste; por ello vuelvo a la aguda pregunta de nuestra Camarista Andrea Netri en el precedente “Bloj” (que amerita hasta escribir un tesis a partir de ella) ¿cuál sería la tasa de interés justa? ¿dos veces la tasa activa, dos veces y media, tres veces, cuatro veces por caso? Vuelvo a responder; en el fondo, son todas fórmulas artificiales que me parecen que sirven poco y constituyen una falacia⁷. Como fulmina el mismo Cornaglia, con respeto, ya que pertenezco a la Grey católica, “...el pecado original se trata de tapar con los rezos de los penitentes y, a falta de pan, buenas son tortas...! Se sostiene así un absurdo ontológico de que la sentencia transforme a la obligación de valor en obligación de dinero...” Todo ello, en un contexto de un proceso con sus pliegues que de-

mora varios años en tener cosa juzgada y una inflación que destroza el valor de la moneda y la consiguiente pulverización del crédito del hiposuficiente y el minusválido.

El Dr. Juan José Casiello en la revista “El periódico” (ya desaparecida y de la época que ejercía la abogacía de litigio) publicación mensual editada por el Colegio de Abogados de Rosario; diciembre de 2010, N° 41, al defender el sistema y la constitucionalidad de la unidad ius para la fijación de los honorarios del abogado –que la aplican todos los Tribunales, desde la Corte Local hasta un Juez de Circuito– explicó como ejemplos de deudas de valor: **a)** la deuda alimentaria y **b)** las indemnizaciones contractuales o extracontractuales. Más allá que la deuda el sujeto de preferente tutela cabría en cualquiera de las dos categorías de Casiello (por caso nuestra Corte en “Borda” y en “Pasquet” la equipara a deudas por alimentos del art. 552 CCC) sin embargo es tratada a diario como una deuda de dar sumas de dinero.

En la deuda de valor, el paso del tiempo sin que las mismas sean satisfechas genera una situación llamada depreciación que se relaciona con la pérdida del valor real de esa prestación; es decir, responde al interrogante ¿cuántos bienes o servicios menos puede comprar el actor –al momento del pago– con el billete con la cara impresa de los Dres. “Carrillo y Grierson”, o de “Julio A. Roca si lo hubiese poseído el titular del crédito al momento de la extinción del sinalagma? O bien, dicho en otro modo, justipreciar su crédito en litros de leche y kilos de pan que son los bienes propios a los cuales van dirigidos –en general– los créditos alimentarios tal cual expresaba Mario Deveali.

Memorando nuevamente a Capón Filas, “...La ciencia jurídica avanza con tres personas: el investigador, a quien se le ocurre un tema y lo larga al mercado; el procurador, que lo hace suyo y el juez, que se convence de la tesis...” (“La Devaluación y los Créditos Laborales”; Conferencia de-

sarrollada el 28 de mayo de 2002 en el Salón de Conferencias del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal citado por Enzo Cabrera. www.rubinzalonline 23-8-13). Estoy convencido, pues, que la mejor forma de ajustar el valor adeudado en créditos alimentarios como los de nuestra materia –al par de la normativa ya aludida, ley 24.283, art. 772 y 522 CCC, 11 ley 24.557, ley 25.561, etc.–, es averiguar cuantos “litros de leche”, “kilos de pan” y/o “kilos de carne” se vio imposibilitado de comprar quien utiliza el dinero para esos fines y no los que surgen del movimiento financiero de la moneda.

El tema existe y está lanzado al mercado. Los estudiosos y los abogados deberán procurarlo. Los jueces deberemos convencernos de la tesis y hacerlo derecho vivo. ■

CITAS

¹ Con motivo de una tasa de inflación ma-

yor a un 100 % anual.

² Sentencia del 20 de marzo de 2020.

³ Como dato de muestra, al momento de escribir esta colaboración. El Gobierno nacional decidió una devaluación de la moneda del alrededor de un 21 %, la suba de la tasa de interés bancaria de referencia a más del 100 % anual lo que determina un costo financiero total en materia crediticia que ronda el 200 % al año. Las mejores negociaciones paritarias oscilan en el orden del 70 al 90 % produciéndose no solo un envilecimiento de la moneda sino, lo que es peor, una pulverización del crédito de quien tiene el derecho alimentario.

⁴ ROMUALDI, EMILIO E. su obra “*Ley de riesgos del trabajo. Prestaciones dinerarias. Trámites ante las Comisiones Médicas*”. Ed. Dyd.

⁵ SCJN “*García c Ugofé*”.

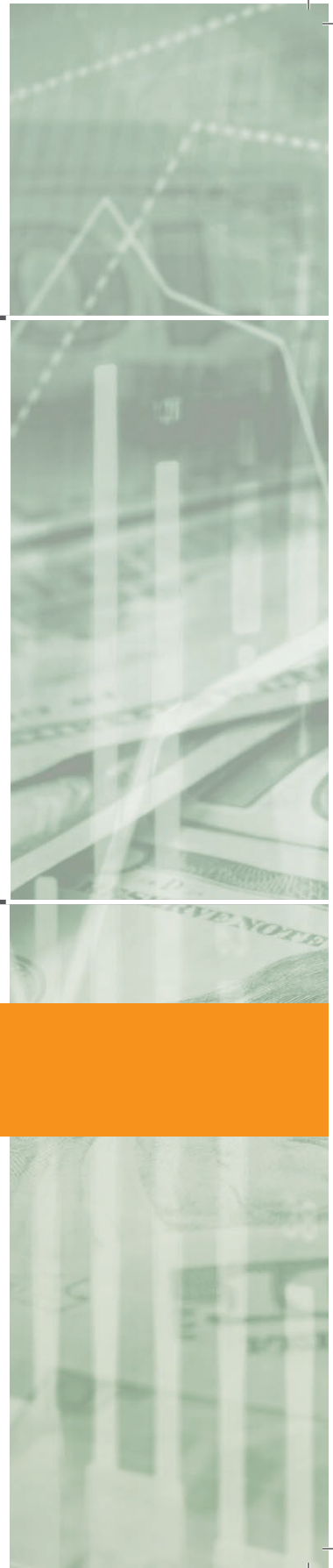
⁶ Lo cual es congruente para deudas de valor como para deudas de dar sumas de dinero.

⁷ El arribo a una solución verdadera a partir de una premisa falsa.

DERECHO PÚBLICO

myf

230





myf

2

231

El contencioso administrativo y el herramiental jurídico en mano de los Jueces frente a la inflación

myf

232



myf

233

Dr. Alejandro Dalmacio **Andrada**

Juez de la Cámara en lo Contencioso Administrativo N° 2 de Rosario.

I. Introducción

El presente Dossier se ocupa de la “Inflación, economía y justicia”.

Resulta así apropiado precisar el significado de la voz: “inflación”. Las ciencias económicas la definen como el aumento generalizado de los precios de los bienes y servicios existentes en el mercado durante un período de tiempo sostenido.

Como veremos en las líneas que siguen, en la Argentina de los últimos años la verificación de la inflación es tan palpable que nos exime de mayores consideraciones.

Entonces, frente a esa comprobada inflación, ¿cuáles son las figuras o institutos que los jueces han de utilizar para que los acreedores de los estados reciban un pago que cumpla el principio de integridad?

Habremos de ver que ante la depreciación monetaria resaltan dos figuras de inestimable valor para corregir, en buena medida, los nocivos efectos

de los fenómenos inflacionarios: la obligación de valor y los intereses.

En el ámbito del Derecho público, la obligación de valor tiene escaso desarrollo. Con todo, se ha debido aplicar, por ejemplo, en materia de honorarios profesionales en razón de su evidente carácter alimentario.

En lo atañedor a los intereses, es muy importante observar cómo la tasa pasiva tradicionalmente establecida en las sentencias en que se ha condenado a los Estados ha dado paso, trabajosamente y no sin discrepancias, a tasas activas.

Examinemos, entonces, las obligaciones de valor y los intereses, en ese orden.

II. Los institutos que los magistrados pueden y deben emplear ante la depreciación monetaria: obligaciones de valor e intereses

En supuestos de inflación o deterioro monetario los jueces deberán recu-

rrir a las obligaciones de valor, o a los intereses.

Las obligaciones de valor son aquellas en las que la deuda consiste en un cierto valor, que es transformado en dinero en un momento posterior al del nacimiento de la obligación (art. 772 del CCC).

Y no parece ocioso señalar, recordando al insuperable Llambías, que los intereses son los aumentos paulatinos que experimentan las deudas de dinero, en razón de su importe y del tiempo transcurrido “prorrata temporis”. No brotan íntegros en un momento dado, sino que germinan y se acumulan continuamente a través del tiempo¹.

II.1. Obligaciones De Valor

Las ideas o conceptos que permitieron pergeñar el distinguo entre deudas de dinero y deudas de valor fueron elaboradas hace muchos años. Pero, recientemente, fueron sistematizadas por Ascarelli quien, en dos trabajos suyos, metodizó y conceptualizó la distinción apuntada².

La obligación de dinero es la que ab initio tiene por objeto la entrega de dinero.

La deuda de valor se refiere a un valor abstracto, a una utilidad a que el acreedor tiene derecho por referencia a un determinado parámetro o equivalencia, de diversa índole.

En la obligación dineraria, el dinero actúa in obligatione e in solutione, mientras que, en las deudas de valor, el dinero opera únicamente in solutione.

La deuda de valor debe calibrarse en los términos monetarios que correspondan al momento de la liquidación de la deuda³; sólo después de efectuada y consentida esa liquidación queda cristalizado⁴.

La distinción apuntada ha sido calificada de “fundamental” porque salva ni más ni menos que “la justicia”⁵. En Argentina el nuevo Código ha significado un avance en la materia en tanto recoge la figura bien que estableciendo un “valorismo atenuado”.

Desde hace décadas, los supuestos

prototípicos de obligaciones de valor se fueron extendiendo para preservar la equivalencia de valores protegiendo el crédito comprendido en la garantía constitucional de la propiedad.

En el ámbito del contencioso administrativo la figura tuvo escaso desarrollo. Empero, en nuestra opinión, tiene aplicación en el punto de los honorarios profesionales.

En Santa Fe, el art. 32 de la ley 12.851, en lo pertinente, prescribe: “... el pago será cancelatorio y definitivo únicamente si se abona la cantidad de pesos o moneda de curso legal que resulte equivalente a la cantidad de unidades JUS contenidas en el auto regulatorio según el valor vigente al momento del pago...”.

Se ha querido ver una contrariedad o “violación” de la normativa procesal local con el dispositivo nacional de la 23.928.

Hace ya varios años opiné que tal pretendida violación no era tal⁶. Ello así por cuanto las obligaciones por hono-

rios profesionales están al margen de la ley 23.928 por razones ontológicas, no legales, que el ordenamiento jurídico no podría sino reconocer.

Entendí que los honorarios profesionales son deudas de valor no aprehendidas por la invocada ley nacional. En realidad, extrañas a esa preceptiva.

Si la deuda alimentaria y la deuda por trabajos realizados por el acreedor comportan una deuda de valor, no nos parece dudoso que los honorarios judiciales constituyan una deuda de valor.

Con cita de Pizarro y Vallespinos señalé que “las obligaciones de valor están al margen de la ley de convertibilidad y continúan siendo susceptibles de experimentar los ajustes pertinentes que permitan una adecuada estimación y cuantificación en moneda, al momento del pago, del valor adeudado”⁷.

Concluí en que no puede existir una violación a la ley 23.928 porque las obligaciones de valor están al margen de esa ley.

II. 2. Intereses

A continuación, habremos de examinar, en el ámbito del Derecho público, qué tasa de interés corresponde aplicar a los Estados condenados en los supuestos en que no exista disposición expresa que establezca una tasa concreta.

Parece apropiado comenzar por recordar que ya en la nota al art. 622 del Código Civil Vélez alertaba: “Me he abstenido de proyectar el interés legal, porque el interés del dinero varía tan de continuo en la República, y porque es muy diferente el interés de los capitales en los diversos pueblos...”.

Para el primer codificador, pues, la tasa de interés debía ser necesariamente variable conforme las circunstancias económicas del momento.

El criterio fluido y variable en la materia, bien atento a las circunstancias y a la realidad se observa en los más logrados estudios sobre las obligaciones de dar dinero que conoció el Derecho continental⁸.

Trasladada la cuestión a época reciente de nuestro país, cabe señalar que en el precedente “López c. Explotación Pesquera La Patagonia”⁹ la Corte dijo que el tema de los intereses constituía “cuestión federal”.

El más alto Tribunal entendía que debía ejercer una función monitora respecto del interés moratorio, para evitar que los jueces fijaran tasas demasiado elevadas¹⁰.

Pero luego, la Corte abandona esa función monitora y deja en libertad a los tribunales ordinarios para la fijación de la tasa de interés.

Hoy se admite mayoritariamente que la determinación de la tasa de interés queda reservada al espacio de discrecionalidad de los magistrados intervinientes porque constituye una faceta típica de su potestad de juzgar.

En la faena diaria de los jueces de determinación de la tasa de interés no puede prescindirse del proceso inflacionario por lo mismo que en los componentes de la tasa de interés

no sólo se incluye el rendimiento o ganancia que produce el capital sino también elementos no refractarios al proceso inflacionario.

Se ha afirmado, con razón, que la determinación de la tasa de interés es algo que depende en gran medida de factores micro y macroeconómicos, las circunstancias económico financieras y los índices inflacionarios¹¹.

La doctrina alertaba que: “... estando absolutamente vedada la indexación de las deudas dinerarias, la prestación de intereses ... puede constituir un medio útil de defensa ante un eventual recrudecimiento del proceso inflacionario, aunque para poder cumplir eficazmente dicha finalidad su tasa o monto debería ser positivo, es decir, exceder cuando menos del porcentual de inflación, para que sumados el capital y sus intereses permitan obtener una cantidad de dinero que conserve intacto el poder adquisitivo histórico del monto originario”¹².

El instrumento de la tasa de interés, como remedio o alternativa para evi-

tar los efectos nocivos de la depreciación monetaria, puede verse en el ilustrado voto del Dr. Petracchi en el difundido caso "Massolo"¹³.

En los últimos años, el aumento generalizado de los precios de los bienes y servicios ha quedado acusado lo que puede ser graficado con objetivos datos.

Ello surge de la ponderación objetiva de los índices de precios al consumidor (IPC) con cobertura nacional-nivel general, que han variado interanualmente de 24,8% -mes de diciembre de 2017- aumentando progresivamente hasta alcanzar el 115,6% interanual -mes de junio de 2023- (Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, "Índices y variaciones porcentuales mensuales e interanuales", Diciembre de 2016 a Junio del año 2023, disponible con amplitud en <https://www.indec.gob.ar/indec/web/Nivel4-Tema-3-5-31>, lo que puede complementarse con los demás índices publicados por el organismo).

Puede añadirse las modificaciones de la Unidad Jus prevista en el artí-

culo 32 de la Ley 12.851, que se fija a los fines arancelatorios de los Abogados, Procuradores y Auxiliares de la Justicia y cuyas modificaciones reflejan las variaciones producidas en los salarios de los integrantes de este poder Judicial, la que ha variado paulatinamente de \$ 1875,53 en junio de 2017 (Acta Acuerdo N° 29, del 25.7.2017, punto 3°), hasta alcanzar los \$26.868,55 a partir del 1° de junio de 2023 (Acta Acuerdo N° 19, del 27.6.2023, punto 2).

En los últimos años, los tribunales no han soslayado la apreciable inflación desatada entre nosotros con la adopción de tasas de interés que, aunque en algunos casos siguen siendo negativas, han significado de todos modos una elevación o mejoramiento de su montante.

En la Corte Suprema de la Nación resulta dificultoso sintetizar las tasas de interés aplicada por el alto Tribunal en los asuntos de las temáticas correspondientes a la competencia material de los tribunales de lo contencioso administrativo y de la seguridad social.

En la materia previsional, si bien tradicionalmente se ha adoptado la tasa pasiva promedio que elabora el Banco Central de la República Argentina, ello ha sido así ponderando expresamente: "... el período de estabilidad del valor de la moneda durante el lapso que corresponde a la deuda reclamada"¹⁴.

Por lo demás, no puede soslayarse que la aplicación de la tasa pasiva para el cálculo de intereses establecidos en sentencias judiciales ha sido adoptada por el Congreso, en el ámbito específicamente previsional al sancionar la ley 27.260, cuyo artículo 6° dispone que las acreencias, constituidas por las diferencias devengadas mes a mes entre el haber reajustado y el haber percibido, incluirán el capital con más los intereses, hasta el efectivo pago, calculados de conformidad con la tasa pasiva promedio que publica el Banco Central de la República Argentina.

En ese marco nacional, Dr. Maqueda consideró que se imponía "la necesidad de aplicar a los créditos previsionales como el de la presente causa, una tasa de interés más elevada que la pasiva

que publica el Banco Central de la República Argentina, concluyendo que debía aplicarse la tasa activa publicada por el Banco de la Nación Argentina¹⁵.

Se consideró que así decidirlo encontraba “amplísimo justificativo en el reconocimiento de los derechos de la ancianidad establecidos por nuestra Constitución, por la jurisprudencia, la doctrina y por el derecho comparado”¹⁶.

Desde una mirada propia del análisis económico del Derecho, se explicó que: “... la aplicación de una tasa de interés inferior, como la pasiva ..., constituye un incentivo para que persista la conducta disvaliosa de retardar la satisfacción plena de un reclamo de contenido vital y alimentario promovido por personas que transitan por una condición -de adultos mayores- que exige una solución con las características señaladas a los efectos de cumplir con los mandatos que la Constitución Nacional impone a las autoridades de la Nación respecto de los derechos de la seguridad social...”¹⁷.

En la Corte de nuestra Provincia deben

mencionarse los votos de los Dres. Netri y Erbetta, los cuales, en materia expropiatoria, se han inclinado por la tasa activa sumada fijada por el Nuevo Banco de Santa Fe SA para operaciones de descuento de documentos¹⁸.

Siguiendo con el análisis, no puede soslayarse lo acaecido en el ámbito del Derecho laboral por cuanto “el estrecho vínculo entre la relación de empleo público y la del derecho laboral”¹⁹ aconseja mirar, como un dato más a computar, la evolución jurisprudencial en ese fuero en el que, el 27 de marzo de 2023, se reunieron todos los Jueces de la Cámara de Rosario a los fines de unificar criterio y dispusieron: “Aplicar en todos los procesos donde la notificación de la demanda tuvo lugar ya vigente el Código Civil y Comercial de la Nación (1.8.2015) la Tasa Activa sumada del Banco Central de la República Argentina, con capitalización anual desde la fecha de notificación de la demanda (art. 770, inciso B, CCCN). ...”.

Cabe agregar que el fuero Civil y Comercial, a través de sus distintas salas exhibe, en los últimos años, una clara eleva-

ción de la tasa de interés aplicable²⁰.

Sentado, pues, que debe elevarse la tasa de interés, corresponde abordar quién debe hacerlo y cómo debe determinarse.

Es conocido el debate suscitado alrededor del art. 768 del CCC que, en el punto, se apartó del modelo velezano y estableció -en ausencia de acuerdo de partes o de disposición legal- las tasas que se fijen según las reglamentaciones del Banco Central.

Las divergencias de opinión asomaron en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (2015) en cuyo ámbito científico, la mayoría sostuvo que la previsión del artículo 768 inc. c) no implica la delegación al Banco Central de la fijación de la tasa, sino que siempre será el juez quien deberá determinarlas. La minoría entendió, por el contrario, que la norma mencionada delega la fijación de la tasa al Banco Central.

A la polémica viene a sumarse el reciente pronunciamiento de la Corte

Suprema de la Nación, del 7 de marzo de 2023, en autos “García, Javier O. c/ UGOFE S.A. y otros s/daños y perjuicios” en el que el alto Tribunal consideró que: “... la multiplicación de una tasa de interés -en este caso, al aplicar ‘doble tasa activa’- a partir del 1° de agosto de 2015, resulta en una tasa que no ha sido fijada según las reglamentaciones del Banco Central, por lo que contrariamente a lo que afirma el tribunal a quo, la decisión no se ajusta a los criterios previstos por el legislador en el mencionado art. 768 del Código Civil y Comercial de la Nación” (cons. 3°).

Así las cosas, considero que en las sentencias de condenas al Estado debe tenerse en cuenta: a) a fin de superar disensiones y cuestionamientos deben evitarse multiplicaciones de tasas como las que se habían fijado en el caso “García, Javier” y que fueran observadas por la Corte; b) en el actual período inflacionario resulta inapropiada la tasa pasiva; y, c) respetando la tradición en la materia contencioso administrativa no debieran los jueces -nos parece a nosotros- in-

currir en excedencias o demasías al escoger la tasa aplicable.

El Tribunal que integro resolvió, por Acuerdo del 31/8/2023, que en las sentencias que condenen a pagar sumas de dinero -siempre que no concurren circunstancias particulares que aconsejen la aplicación de una Tasa distinta- aplicar la Tasa de Interés Activa sumada del Banco Central de la República Argentina.

Sentado lo precedente corresponde analizar una cuestión propia del Derecho público, concretamente: esclarecer qué ocurre luego del dictado de la sentencia, durante la tramitación del pago a la sazón de la previsión presupuestaria del monto de la condena.

Cabría preguntarse que ocurre durante ese tiempo: ¿corren los intereses? Y, en su caso, ¿a qué tasa?.

Podría dejarse la respuesta al precedente de la Corte Suprema de la Nación in re “Martínez, Gabriel R.”, del 3 de diciembre de 2020 en el que se afirmó: “... La justificación de este pla-

zo se encuentra en los ya señalados fines propios del régimen en punto a armonizar la administración racional de los fondos públicos y los derechos patrimoniales de los particulares debatidos en el ámbito de la justicia. Esos fines -por el contrario- son de suyo inconducentes para fundar la improcedencia de los intereses durante la tramitación del pago...”²¹.

En el considerando siguiente se añadió: “En primer lugar, los intereses moratorios, por imperativo legal, deben computarse hasta la cancelación del crédito en orden a satisfacer su integridad y producir el efecto liberatorio del pago para el deudor (art. 744 del código civil, actual art. 870 del Código Civil y Comercial de la Nación). En efecto, los intereses son accesorios del capital, y en ese carácter constituyen una parte de la deuda (Llambías, Jorge J., Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, Tomo II-B, sexta edición actualizada, Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 2012, pág. 148).

Ciertamente no puede reputarse como pago, con sus efectos extintivos

propios, el inicio del procedimiento del art. 170 de la ley 11.672 mediante la previsión presupuestaria del monto de la condena a los valores computados (en concepto de capital e intereses hasta allí devengados) en la liquidación aprobada en la causa.

En segundo término, la sentencia definitiva dictada en autos condenó al Estado Nacional a pagar el capital, con más sus intereses hasta su cancelación, decisión pasada en autoridad de cosa juzgada” (cons. 6°).

Por último, en conceptos trasladables a la realidad de nuestra Provincia, la Corte alertó: “... En este entendimiento y considerando la doctrina del precedente de Fallos: 339:1812 y lo resuelto en el sub lite, es necesario precisar que, para la cancelación de los reconocimientos judiciales firmes sujetos al procedimiento del art. 170 de la ley 11.672, el estado Nacional deberá adoptar las medidas necesarias para que la previsión presupuestaria sea comprensiva del capital de condena y de los intereses devengados hasta su efectivo pago ...” (cons. 8°).

Por ello, en el período examinado es claro que los intereses no pueden sino correr. Y no median razones -nos parece a nosotros- para justificar una modificación de la tasa que venía siendo aplicada hasta la tramitación del pago.

Queda por esculcar la cuestión relativa a la tasa de interés aplicable frente a los supuestos de incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la correspondiente previsión presupuestaria.

En mi Ampliación de Fundamentos del Acuerdo de la Cámara que integro estimé que: si bien razonablemente la conducta contumaz de los estados condenados debería significar una elevación de la tasa de interés aplicable, la prudentia iuris desaconseja el establecimiento de criterios fijos e inamovibles, desapegados de las singularidades de cada caso.

En resumen, en tales supuestos, si bien corresponderá de ordinario una elevación de la tasa de interés no es posible establecer al respecto criterios generales.

Consectario

La figura de la obligación de valor ha tenido un formidable despliegue en el ámbito del Derecho privado y no ha ocurrido lo propio en el contencioso administrativo de algunas Provincias. Sin embargo –y sin perjuicio de la opinabilidad del tema- pensamos que debe aplicarse en el terreno de los honorarios profesionales que están al margen de la ley 23.928. El honorario profesional es alimentario. Por ende, las respectivas obligaciones, para nosotros, continúan siendo susceptibles de experimentar los ajustes pertinentes.

En relación a los intereses, es perceptible una tendencia a la superación de la tasa pasiva. Esta última tendencia, a las que nos sumamos vivamente, es casi tan trascendente como el resultado mismo de la sentencia que puede, o no, condenar al Estado. Ello así por cuanto poco importa una sentencia de condena cuando el paso del tiempo licua en buena medida el importe que el acreedor del Estado ha de recibir, máxime cuando el período de tramitación del pago en el contencioso ad-

ministrativo puede ser extenso.

En Argentina, tanto en el orden nacional como en el de las Provincias, los procedimientos de previsión presupuestaria que deben cumplimentarse extienden un tiempo apreciable el efectivo pago.

En definitiva, lo que no debemos perder de vista es que cuando se hace efectivamente justicia, de un modo material y tangible, es cuando los acreedores de los estados reciben el pago, no cuando se dictan las sentencias.

Y ese pago consulta adecuadamente las exigencias de la justicia cuando es íntegro, no menguado o amputado. ■

CITAS

¹ LLAMBIAS, JORGE J., *Tratado de las Obligaciones*, T. II-A, Perrot, Buenos Aires, 1980, pág. 137.

² ASCARELLI, *I debiti de valore*, Saggi Giuridiche, 1949, pág. 361.

³ LLAMBIAS, JORGE J., *Tratado*, T. II-A, pág. 171.

⁴ SALAS, ACDEEL, J.A. 1955-I, pág. 337.

⁵ LLAMBIAS, cit., pág. 171.

⁶ Ver mi voto disidente en autos “DI, MIGUEL ÁNGEL”, A. y S. T. 25, pág. 432, de la Cámara de lo Contencioso Administrativo n° 2 de Rosario.

⁷ PIZARRO, RAMÓN D. Y VALLESPINOS, GUSTAVO, *Instituciones*, T. 1, Hammurabi, Buenos Aires, pág. 384.

⁸ NUSSBAUM, *Teoría jurídica del dinero*, 1929; particularmente en ASCARELLI, *I debiti de valore*, Saggi Giuridiche, 1949.

⁹ La Ley, 1992-E-47.

¹⁰ CASIELLO, JUAN J. Comentario al art. 622 del Código Civil, en la obra: *Código Civil. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, T. 2A, -Buenos, Director, Highton, Coordinadora- Hammurabi, Buenos Aires, 1998, pág. 482.

¹¹ COSSARI, MAXIMILIANO, *¿Cuál es la tasa de interés moratorio...?*, La Ley, 13/4/2023, 8.

¹² ALTERINI, ATILIO A. *El reajuste de las deudas dinerarias mediante los intereses*, Revista del Foro de Cuyo, N° 4, pág. 37 y ss.

¹³ CSJN, del 20 de abril de 2010, en especial, considerandos 19 y 20, con cita de sentencias de la Corte.

¹⁴ CSJN “Spitale”, del 14 de septiembre de 2004, cons. 7°.

¹⁵ CSJN “Cahais”, del 18 de abril de 2017, disidencia del Dr. Maqueda, en particular, considerandos 17 y 19.

¹⁶ Considerando 5°.

¹⁷ Considerando 18.

¹⁸ A. y S. T. 244, pág. 488; y, más recientemente, en T. 314, pág. 286.

¹⁹ Corte provincial, “Leones”, A. y S. T. 186, ps. 69/97.

²⁰ Sala 1°, autos “Crous”, del 31/10/2022; sala 2° “Municipalidad de Rosario c/Asenjo”, del 29/3/2023, sala que ha mudado hacia la tasa activa capitalizada.

²¹ CSJN “MARTÍNEZ, GABRIEL R. c/Estado Nacional, Ministerio del Interior Policía Federal Argentina s/daños y perjuicios. Considerando 5°.

La inflación, el artículo 75, inciso 19 de la Constitución Nacional y el deber de afianzar la justicia

myf

242

myf

243

Dr. Carlos Joaquín **Gianneschi**

Relator de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Sala III

Introducción. Un breve desarrollo de la inflación en Argentina.

En el ámbito del Derecho –como en cualquier otro– existen verdades incómodas que son celosamente guardadas y disimuladas por los operadores jurídicos. Aquellas surgen, normalmente, al abrigo de normas que consagran un escenario de máxima difícil de alcanzar y que, ante la ausencia de los esfuerzos adecuados por parte del Estado para cumplir con su fin, son soslayadas, desmentidas y hasta repudiadas, como si el enojo contra el precepto legal justificara su inobservancia.

Un claro ejemplo de esta situación lo podemos encontrar en el artículo 18 in fine de la Constitución Nacional, en cuanto establece el reconocido mandato referido a que “las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas” y que, a estas alturas, subsiste meramente –y en el mejor de los casos– como una

noble expresión de deseos¹.

Dentro de ese catálogo, nos ocuparemos en esta oportunidad de un flagelo que viene azotando a nuestro país desde hace décadas pero que en los últimos años se ha acentuado considerablemente. Nos referimos a la inflación, entendida como el aumento sostenido y generalizado de los precios de los bienes y servicios existentes en el mercado durante un determinado período de tiempo.

Según un informe realizado por la Bolsa de Comercio de Santa Fe, “a lo largo de su historia, Argentina ha padecido numerosos ciclos inflacionarios, cuatro hiperinflaciones y sólo algunos períodos cortos de estabilidad de precios. En términos estadísticos, los últimos 210 años registran una tasa de inflación promedio de 51,0% anual, siendo el máximo histórico de 3.079,5% en el año 1989. Aun sacando del cálculo los años hiperinflacionarios, el promedio anual de inflación en Argentina entre 1810

y 2022 se ubica en 8,8%”².

Luego del pico de 1989, con el propósito de detener la inflación, el gobierno de Menem dictó la ley 23.928, llamada “Ley de Convertibilidad del Austral”, en el año 1991. Con excepción de los dos primeros años de su vigencia (1992 y 1993), la ley mencionada logró la tan ansiada estabilidad de precios hasta el 2001³, oportunidad en que tuvo lugar una nueva crisis económica de grandes proporciones.

En enero de 2002, luego de casi 11 años de vigencia, se abandonó la Ley de Convertibilidad, se devaluó la moneda y volvió a escalar progresivamente la inflación. Así, “en el 2014 se produce un nuevo salto inflacionario, estimándose una tasa del 38,5% en el año. A partir de allí, con las excepciones de 2015 y 2017, la inflación anual superó siempre el 35,0%, con un pico del 54,0% durante 2019. Así, el promedio de inflación desde 2014 se ubicó en torno al 39,9% anual”⁴.

Si comparamos la inflación argentina con la de los demás países de la región, tenemos que en el período 2010-2021, nuestro país tuvo un promedio anual de 35,1%, sólo superado por Venezuela (12.235% anual). En tercer lugar se ubica Uruguay (8,1%), seguido por Brasil (5,9%), Paraguay (4%), Bolivia (3,8%), Colombia (3,7%), Chile (3,2%), Perú (2,8%) y Ecuador (2,1%)⁵.

En 2022, se registró un 94,8% de inflación, la más alta desde 1991. En lo que va del 2023, el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC), en su informe de Índices de Precios al Consumidor (IPC) de junio de 2023, comunicó que la variación interanual de aquella alcanzó el 115,6% y acumula, en los primeros seis meses del año, un 50,7%⁶. Escenario que, desde la celebración de las elecciones primarias, abiertas, simultáneas y obligatorias del 13.8.2023, escaló considerablemente de la mano de la suba del dólar blue y una depreciación del 22% del valor de la moneda nacional⁷.

Cabe aclarar que la Ley de Convertibilidad citada anteriormente, en su artículo 10, derogó "con efecto a partir del 1º del mes de abril de 1991, todas las normas legales o reglamentarias que establecen o autorizan la indexación por precios, actualización monetaria, variación de costos o cualquier otra forma de repotenciación de las deudas, impuestos, precios o tarifas de los bienes, obras o servicios". Esta prohibición de indexar fue expresamente mantenida por el artículo 4 de la ley 25.561 del año 2002 y continúa vigente en la actualidad.

Por supuesto, estos bruscos cambios en el valor de la moneda afectan, también, a los créditos que se discuten ante los estrados de todos los tribunales del país que, frente a la prohibición de actualizar las sumas adeudadas, intentan salvaguardar la integridad de las acreencias y preservar debidamente el derecho de propiedad a través de la aplicación de diversas tasas de interés.

Sin embargo, en épocas de procesos

inflacionarios acelerados la correcta determinación de la tasa de interés por parte de los jueces no es tarea sencilla, puesto que resulta cada vez más difícil calcular no sólo la inflación acumulada sino pronosticar, con mayor o menor grado de acierto, la sobreviniente en el lapso que transcurre necesariamente entre el dictado de la sentencia y el efectivo cumplimiento por parte del deudor.

En ese escenario, es normal -como ocurre actualmente- la proliferación de un extenso catálogo de tasas de interés de todos los tipos posibles, cuya enumeración es ajena al objeto del presente trabajo, y que se observan en las sentencias pronunciadas por todos los órganos jurisdiccionales del país. Sucede, incluso, que se aplican tasas de interés diferentes de acuerdo al fuero donde se tramita la causa (civil, comercial, laboral, administrativo).

No hace falta mencionar que esta dispersión favorece comportamientos estratégicos de los litigantes (que

pueden especular entre cumplir espontáneamente con sus obligaciones o esperar a que las mismas le sean reclamadas judicialmente, de acuerdo a cuál de las dos opciones le sea más rentable en determinado momento) y una creciente inseguridad jurídica, ante el desconocimiento de cuál será, en definitiva, la tasa de interés que aplicará el juez en la sentencia y si aquélla será, en definitiva, suficiente para resguardar la integridad del crédito reclamado.

El Congreso como garante del valor de la moneda

La reforma constitucional de 1994 agregó a la ya conocida “cláusula para el progreso” (art. 75, inc. 18), una nueva llamada “cláusula de desarrollo humano”⁸ contenida en el actual artículo 75, inciso 19, de la Carta Magna que, en lo que aquí interesa, atribuyó al Congreso la obligación relativa “a la defensa del valor de la moneda”, que no se encontraba prevista en el texto consti-

tucional de 1853 ni en ninguna de sus reformas posteriores. Dicha obligación se encuentra entrelazada y acompañada de otras como la de proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico, la productividad de la economía, la generación de empleo, la formación profesional de los trabajadores y la investigación y el desarrollo científico y tecnológico (art. 75, inc. 19, primer párrafo).

Del análisis contextual de todas ellas, María Angélica Gelli concluye que “el constituyente quiso compatibilizar el progreso y la estabilidad económica con el desarrollo humano en su más amplia acepción, reuniendo atribuciones que para alguna crítica parecen, en principio, incompatibles [...] Comoquiera que fuese, no hay dudas acerca de que la tarea –traducida en la implementación de políticas públicas de desarrollo y productividad económica– genera problemas varios y es, por lo menos, compleja. Sobre el punto cabe señalar que la defensa del valor de la moneda implica prohibir la emisión sin

respaldo con todo lo que ello significa acerca de desechar eventuales políticas desarrollistas inflacionarias”⁹.

Sobre el punto, Bidart Campos agrega que “la defensa del valor de la moneda se dirige a varios flancos: la estabilidad monetaria, que es tanto como la superación de todo proceso inflacionario; la moneda sana, que es tanto como eliminar la espuria; y quizá quepa interpretar que, ahora, esta remisión a la defensa del valor de la moneda implica prohibir la emisión sin respaldo. Hasta este momento, con la constitución anterior, y desde su interpretación estricta (o sea, sin atender a los efectos) decíamos que su texto no impedía emitir moneda sin respaldo. La cosa bien puede entenderse modificada, porque sin duda ese tipo de emisión no defiende el valor de la moneda, sino que lo perjudica”¹⁰.

Depende, por ello, del Congreso Nacional compatibilizar las medidas atinentes al crecimiento y desarrollo económico y social con la estabilidad

económica y financiera, de manera tal que la balanza no se desequilibre en perjuicio de alguna de ellas. En otras palabras, la manda constitucional impide perseguir un avance tan acelerado que comprometa la estabilidad económica, ni adoptar una política de estabilidad monetaria tan conservadora que impida el crecimiento.

De lo expuesto, pareciera natural concluir que si la obligación de defender el valor de la moneda corresponde al Congreso Nacional y, a su vez, las Provincias están impedidas tanto de ejercer el poder delegado a la Nación en general, como de acuñar moneda¹¹ en particular (art. 126 de la Carta Magna), serían las autoridades federales las encargadas de unificar los criterios respecto de la tasa de interés aplicable.

Desde el punto de vista del Análisis Económico del Derecho, la asignación al Congreso nacional del deber de custodiar el valor de la moneda, así como de sellarla y fijar su valía, se justifica desde el punto de vista institucional

porque aquél es el poder más representativo de los tres, ya que en su seno se encuentran tanto los entes territoriales que componen el país (las provincias), como el pueblo de la Nación. Se puede agregar, además, que otorga mayores garantías la intervención de un órgano colegiado, que uno unipersonal (como el Ejecutivo) o uno compuesto por jueces que no fueron directamente elegidos por el pueblo, que tampoco rinden cuentas ante él y que se mantienen en sus cargos de manera vitalicia.

Asimismo, si los legisladores fallaran en su misión de preservar el valor de la moneda, es posible que al momento de renovar sus escaños, los electores decidieran volcar su decisión a favor de candidatos cuya plataforma electoral contenga la promesa de cumplir con la manda constitucional.

Por otro lado, el aspecto negativo de asignarle a un órgano colegiado el deber de preservar la moneda se pone de manifiesto en la dificultad de alinear o, al menos, acordar las nume-

rosas y disímiles voluntades que se encuentran representados en él, respecto a cuáles son las medidas más eficientes para ello y la forma adecuada de llevarlas a cabo.

La palabra de la Corte Suprema

Las crisis económicas han sido evaluadas y consideradas por el máximo Tribunal desde los mismos albores de la historia de nuestro país, al momento de emitir sus fallos¹².

Pero algunos de los precedentes más elocuentes sobre los períodos de inestabilidad económica (y, por ende, social) los podemos encontrar en la colección de fallos a partir de la década del '90.

Así, la Corte nacional ha reconocido los efectos nocivos de los procesos de aceleración de precios, afirmando que “la inflación –hecho económico que está en la raíz de la necesidad de una actualización de los valores nominales de la moneda– ha sido se-

ñalada como disvaliosa en reiteradas manifestaciones de los poderes de gobierno materializadas, en definitiva, en la ley 23.928, y su repudio por la doctrina económica es, con diferencias de matices que no interesa indagar a nivel jurídico, prácticamente unánime. Ello permite asegurar que es indudable decisión de las autoridades políticas la contención de la inflación, y que en base a esa decisión corresponde que los jueces interpreten las disposiciones de aquellas autoridades, de modo de dar pleno efecto a la intención del legislador conforme lo indica conocida regla de interpretación (Fallos: 296:22; 297:142; 299:93; 301:460) (Fallos: 315:158).

Asimismo, como cuestión trascendente en el análisis que nos ocupa, en la causa "López, Antonio Manuel c/ Explotación Pesquera de la Patagonia S.A." (Fallos: 315:1209), el cimero Tribunal expresó que la interpretación de la ley 23.928 y su reglamentación (decreto ley 941/91), en tanto establecen el valor de la moneda y vedan, a

partir del 1° de abril de 1991, el cómputo de la actualización monetaria, "tienen indudable carácter federal".

En dicho precedente se afirmó que "la determinación de la tasa reviste significativa trascendencia para el desarrollo del crédito y la seguridad jurídica y corresponde, en consecuencia, que esta Corte resuelva el fondo del asunto [...] a fin de poner un necesario quietus en la evolución de las encontradas tendencias jurisprudenciales que conspiran contra la requerida certeza del tráfico en la materia". Y añadió que la cuestión bajo examen (en la que la parte demandada interpuso recurso extraordinario federal contra la sentencia de la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo que ordenó computar intereses a la tasa activa del Banco de la Nación Argentina para operaciones corrientes de descuentos comerciales) se encuentra "vinculada a la economía general del país, asunto en el cual median explícitas manifestaciones de los poderes políticos que

permiten inferir la existencia sobre el particular de un programa de gobierno aprobado por el Congreso".

Pese a ello, apenas unos años después, en 1994, el cimero Tribunal decidió "des-federalizar" el tema referido a la forma de preservar la integridad de los créditos mediante la tasa de interés, en el reconocido y largamente citado antecedente "Banco Sudameris" (Fallos: 317:507), al señalar simplemente que la determinación de aquélla al momento de resolver una causa judicial, como consecuencia del régimen establecido en la ley 23.928, "según se trate de obligaciones civiles o comerciales, no constituye cuestión federal susceptible de habilitar la instancia extraordinaria, sino que queda ubicada en el espacio de la razonable discreción de los jueces de la causa que interpretan dicho ordenamiento, sin lesionar garantías constitucionales, en tanto sus normas no imponen una versión reglamentaria única del ámbito en cuestión".

Desde entonces, los tribunales argentinos (federales, nacionales y provinciales) aplican las tasas de intereses más diversas y originales, de acuerdo a criterios que pueden variar no sólo de acuerdo al tipo de pleito de que se trate (civil, comercial, administrativo, laboral) sino también dentro del mismo fuero, en detrimento de la seguridad jurídica y colaborando con la creciente incertidumbre económica.

Por supuesto, la decisión de dejar dentro de la esfera de competencias de los jueces de la causa la fijación de la tasa de interés puede ser justificada desde un punto de vista de política judicial adoptado por la Corte, para no verse sobrecargada de expedientes que lleguen en ingentes cantidades a sus estrados en los que se discuta exclusivamente el interés aplicable, máxime en un contexto signado por la inestabilidad económica.

Este punto de vista puede resultar útil para explicar por qué la cuestión de la inflación en sí misma ha merecido

escaso tratamiento en las sentencias dictadas por el cimero Tribunal nacional en los últimos años, especialmente a partir del dictado del último fallo referido. Incluso su recepción en algún caso apartado parece haber sido hecha a regañadientes, como en el antecedente “Candy” (Fallos: 332:1571), en el cual se revocó la sentencia de la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán, confirmatoria de la dictada por el juez federal subrogante de Catamarca que había hecho lugar al amparo promovido por Candy S.A. y, en consecuencia, declaró la inconstitucionalidad del artículo 39 de la ley 24.073, del artículo 4 de la ley 25.561, del decreto 214/02 y de toda otra norma que impidiera a la actora aplicar el ajuste por inflación en sus estados contables.

Sin embargo, pese a revocar esa decisión, la Corte hizo lugar al amparo y permitió –excepcionalmente y luego de hacer una extensa defensa de las normas cuestionadas– aplicar el ajuste mencionado por el período fiscal correspondiente al año 2002,

por considerar que la prohibición de indexar, aplicado al caso concreto, insumía “una sustancial porción de las rentas obtenidas por el actor [...] y excede cualquier límite razonable de imposición, configurándose así un supuesto de confiscatoriedad”. Un punto que merece ser destacado es que allí, nuevamente, la Corte reconoció la existencia de cuestión federal, “toda vez que se ha cuestionado la validez de diversas normas federales bajo la pretensión de ser repugnantes a la Constitución Nacional y el fallo definitivo del superior tribunal de la causa ha declarado su inconstitucionalidad (art. 14, inc. 1º, ley 48)”.

Por su parte, en “Y.P.F. c/ Provincia de Corrientes” (Fallos: 315:158), mencionado al comienzo de este apartado, el máximo Tribunal nacional fue más allá en su análisis de las consecuencias negativas de la depreciación monetaria, lo que se explica porque esta causa perteneció a la competencia originaria de la misma y, por ende, la Corte pudo efectuar consideraciones

que normalmente no realiza cuando las actuaciones llegan a sus estrados a través del limitado ámbito de conocimiento que permite el recurso extraordinario federal. Así, luego de ratificar la facultad del Congreso para dictar la ley 23.928 (en virtud de lo dispuesto en el artículo 75, inciso 11 –ex artículo 67, inciso 10– de la Constitución Nacional), destacó –con cita de Arthur Nussbaum y Frederick Mann– que el “remedio” a la inflación, “en definitiva, está inevitablemente ligado a la política que acierte a seguir el Estado” y que aquél “debe ser por naturaleza objeto de soluciones legislativas y no pretorianas”¹³.

Asimismo, recordó que la integridad del crédito, en ocasiones, no fue posible ni siquiera con la utilización de tasas bancarias, porque éstas últimas eran superadas por la tasa inflacionaria y por la imposibilidad de acceso al crédito por parte de la gran mayoría de la población.

La prudencia de la Corte para evitar

invadir potestades privativas del Poder Ejecutivo y Legislativo queda de manifiesto cuando explica que “si bien es cierto que la asociación entre derecho de propiedad y depreciación monetaria pudo elaborarse como defensa eficaz de los derechos patrimoniales en determinados períodos, no es menos exacto que su perduración sine die no sólo postergaría disposiciones constitucionales expresas, como las del art. 67, inc. 10, de la Constitución Nacional, sino que causaría un daño profundo en la esfera de los derechos patrimoniales todos, al alimentar esa grave patología que tanto los afecta: la inflación. No puede admitirse que lo que fue solución de especie frente a un problema acotado temporalmente y en su configuración, en la que no incidieron normas como las que recientemente dictó el Congreso Nacional para procurar una moneda nacional apta, se trueque en vínculo estable, alterando así su naturaleza esencial” (Fallos: 315:158, consid. 30).

Esta postura de self restraint encuen-

tra sustento en la inveterada jurisprudencia respecto a que “la misión más delicada que compete al Poder Judicial es la de saber mantenerse dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes o jurisdicciones, toda vez que es el judicial el llamado por la ley para sostener la observancia de la Constitución Nacional, y de ahí que un avance de este poder en desmedro de las facultades de los demás revestiría la mayor gravedad para la armonía constitucional y el orden público” (Fallos: 321:1252).

Pero, entonces, ¿cómo se compatibiliza la afirmación que sostiene que la solución a la inflación pertenece a la política del Estado y a respuestas legislativas, por un lado, con la jurisprudencia de la Corte que ha reconocido, en numerosas oportunidades, la posibilidad de actualizar los créditos amenazada por el proceso inflacionario?

El máximo Tribunal ha respondido este incómodo interrogante señalan-

do que deben distinguirse las facultades constitucionales reconocidas a los demás poderes del Estado, “de aquellas construcciones elaboradas por los jueces formuladas como un remedio destinado a asegurar de un modo concreto y eficaz algún derecho conculcado, amenazado o indebidamente reducido”, de carácter temporal y que “se vinculan con una por naturaleza esencialmente cambiante realidad que impone una variación en el instrumento destinado a reparar el concreto agravio que supone el desconocimiento del derecho de fondo” (Fallos: 315:158, consid. 25).

De esta manera, la Corte admitió la actualización de créditos en materia laboral (Fallos: 301:319); en lo que refiere a las indemnizaciones que reconocen su causa en expropiaciones (Fallos: 268:112) y en cuestiones civiles y comerciales en general (Fallos: 298:466; 300:655; 301:759), entre otras.

Es necesario destacar que toda la jurisprudencia nombrada subsiste

simultáneamente con diversos mecanismos legales que no son otra cosa que formas de actualización de créditos como, por ejemplo, el RIPTE (Remuneración Imponible Promedio de los Trabajadores Estables) o la unidad Jus, reconocida por el artículo 32 de la ley 6767 de honorarios de abogados y procuradores luego de la reforma introducida por la ley 12.851¹⁴, o la readecuación de los créditos hipotecarios UVA¹⁵.

Conclusión

No es difícil concluir que el escenario económico y social actual genera incertidumbre y desasosiego. Alcanza con observar la escalada inflacionaria de los últimos meses, especialmente la producida luego de la celebración de las elecciones primarias, abiertas, simultáneas y obligatorias del 13.8.2023.

Esa inquietud alcanza, también, a los magistrados que a diario deben fijar

tasas de intereses que, de alguna manera, protejan la integridad del crédito reclamado. La diversidad de criterios sobre la materia, por ello, no es sólo entendible, sino también esperable.

La jurisprudencia de la Corte en este candente tópico, resumida breve y selectivamente en las páginas anteriores, ha procurado respetar a ultranza la división de poderes que caracteriza a nuestro sistema de gobierno y, por ello, nuestro máximo Tribunal se ha preocupado por aclarar que aquél a quien le corresponde el deber de preservar el valor de la moneda es al Congreso (art. 75, inc. 19, de la Constitución Nacional) y que las esporádicas y temporales intervenciones del Poder Judicial en lo que refiere a inflación, actualización de créditos, tasas de interés y cuestiones afines, han sido excepcionales y no deben tornarse en un remedio crónico. En este punto, merece destacarse el respeto de la Corte por la distribución de funciones plasmada en la Carta Magna.

Sin embargo, aquéllos precedentes pueden observarse desde el prisma de las circunstancias actuales que, si bien se desarrollan en un contexto similar de crisis económica, inflación y devaluación, se diferencian de las tenidas en cuenta por el máximo Tribunal al momento de dictar aquéllos fallos. Y, en nuestra opinión, esa diferencia podría ameritar un curso de acción distinto al tomado en oportunidades anteriores.

En efecto, de la lectura de los antecedentes analizados en el apartado anterior, se advierte configurado un denominador común que fue determinante para que la Corte insistiera en que le corresponde al Congreso de la Nación decidir y poner en práctica las medidas necesarias para cumplir con el mandato establecido en el artículo 75, inciso 19 de la Constitución. Nos referimos a las “explícitas manifestaciones de los poderes políticos que permiten inferir la existencia sobre el particular de un programa de gobierno aprobado por

el Congreso”, tales como el dictado de las leyes 23.696, 23.697, 23.928, 23.982 y 23.990, acompañadas por diferentes decretos dictados por el Poder Ejecutivo, como el 941/91 y el 2284/91, entre otros.

En otras palabras, la Corte evaluó que los demás poderes del Estado se encontraban llevando a cabo un plan de gobierno determinado para enfrentarse a la crisis económica de aquel momento. Esa sola circunstancia era condición suficiente para que el Poder Judicial aplicara el criterio del self restraint antes expuesto. Al respecto, cabe memorar la inveterada jurisprudencia del máximo Tribunal respecto a que el grado de acierto o error, mérito o conveniencia de la solución adoptada por otros poderes constituyen puntos sobre los cuales no cabe al Poder Judicial pronunciarse, en la medida en que el ejercicio de las facultades propias de aquellos no se constate irrazonable, inicuo o arbitrario (Fallos: 316:2044; 322: 2346; 329:5567; 332:373).

De esta manera, es posible formularse la siguiente pregunta: si la existencia de un programa concreto, ideado y cristalizado por el Ejecutivo y el Legislativo para hacer frente a las perniciosas consecuencias de la inflación, el aumento de precios y la pérdida de valor de la moneda, impide al Poder Judicial intervenir en el tema, ¿qué sucede frente a la inexistencia palmaria y absoluta de tal plan? En este caso, ¿puede la Corte mantener su postura de auto-restricción o, por el contrario, como órgano de co-gobierno federal, debe conminar a los restantes poderes del Estado a adoptar las medidas conducentes a resolver la cuestión? Y, en caso de que éstos no lo hicieran, ¿puede finalmente el máximo Tribunal nacional decidir definitivamente la cuestión mediante un pronunciamiento judicial?

En este sentido, es oportuno poner de resalto el vínculo que la Corte estableció entre la actualización de créditos en épocas de procesos inflacionarios -cuando fue reconocida- y el

deber de preservar la justicia estipulado en el Preámbulo de la Constitución Nacional. Así, teniendo en cuenta el principio de justicia conmutativa, expresó que, en circunstancias donde el resentimiento del poder adquisitivo de la moneda disminuye el valor real de las prestaciones, su restablecimiento impone necesariamente el reajuste de la deuda, puesto que sólo de esa manera se cumple con la manda constitucional nombrada anteriormente (Fallos: 295:937; 298:466; 300:655, entre otros).

En complemento de estos precedentes, la propia Corte ha sentado el criterio referido a que el propósito liminar de afianzar la justicia contenido en la Carta Magna, resulta de por sí operativo y alcanza no sólo al Poder Judicial, sino también a la “salvaguarda del valor justicia en los conflictos jurídicos concretos que se plantean en el seno de la comunidad” (Fallos: 326:3976; 327:1674; 328:2056).

De esta manera, no quedan dudas

que la ausencia de respuestas concretas al flagelo de la inflación compromete un valor fundamental de la Nación, como lo es el afianzamiento de la justicia. Por ello, la ausencia de un curso de acción claro, concreto y efectivo por parte del Ejecutivo y el Legislativo, no puede sino derivar en el accionar del Poder Judicial. Más precisamente, para evitar la dispersión de criterios imperante en la actualidad sobre la cuestión de intereses y la forma de proteger la integridad de las acreencias reclamadas, corresponde a la Corte como cabeza de aquél (Fallos: 286:17; 343:1457) y en su carácter de “garante de los derechos y garantías reconocidos en la Ley Fundamental” (Fallos: 344:2669), intervenir en el tema, alentando a los demás poderes a adoptar las acciones adecuadas o, si esta conminación fuera desoída, señalar aquéllas que considere apropiadas.

No se trata de proponer una “invasión judicial” de facultades ajenas sino, por el contrario, de intervenir

como último resorte del resguardo de los derechos de los ciudadanos y del cumplimiento de los mandatos constitucionales.

Como antecedente del ejercicio de esta facultad en un caso similar, podemos mencionar los fallos de la serie “Badaro” (Fallos: 329:3089 y 330:4866), dictados con una diferencia de poco más de un año. En el primero de ellos, luego de señalar que la “efectividad de la cláusula constitucional sobre la movilidad jubilatoria debía resguardarse legislando sobre el punto” y valorando los profundos “cambios en las condiciones de hecho producidos desde el año 2002” que impactaron en el nivel de vida de los jubilados, la Corte –luego de aclarar que “la movilidad de que se trata no es un reajuste por inflación”– aseveró que es “deber del legislador fijar el contenido concreto de la garantía constitucional en juego” y, por ello, resolvió poner en conocimiento del fallo a los autoridades correspondientes y, en consecuencia, diferir el pronuncia-

miento sobre el sistema de movilidad impugnado “por un plazo que resulte suficiente para el dictado de las disposiciones pertinentes”.

En el segundo fallo reseñado, y a consecuencia de la denuncia del actor de la inacción del Congreso en fijar los incrementos jubilatorios mediante leyes de presupuesto, el cimero Tribunal declaró “en el caso la inconstitucionalidad del régimen de movilidad aplicable” y ordenó su sustitución y el pago de las diferencias correspondientes, mediante la utilización del nivel general del índice de salarios elaborado por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos¹⁶.

En conclusión, la dispersión de criterios sobre la tasa de interés aplicable a las causas que resuelven día a día los tribunales de nuestro país, el contexto de inflación desmesurada que se ha producido en el último tiempo –y que no parece mejorar en un futuro cercano–, coronado por la falta de adopción de políticas co-

herentes, sostenidas en el tiempo y eficientes en sus resultados, son factores que aportan las condiciones favorables para que la Corte decida conminar al Ejecutivo y al Legislativo a tomar las medidas pertinentes para preservar el valor de la moneda y, en caso negativo, a indicar cursos determinados de acción para cumplir, finalmente, con el precepto constitucional de preservar el valor del peso argentino. ■

CITAS

¹ Al respecto, ver la causa “Verbitsky” (Fallos: 328:1146). Cabe aclarar que el cumplimiento de dicha sentencia, (en la cual el máximo Tribunal nacional ordenó -entre otras cosas- a la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires y a los tribunales inferiores que “hagan cesar toda eventual situación de agravamiento de la detención que importe un trato cruel, inhumano o degradante o cualquier otro susceptible de acarrear responsabilidad internacional al Estado Fe-

deral”) continúa en la actualidad, como lo demuestra el pronunciamiento registrado en Fallos: 344:1102 (2021).

² “El proceso inflacionario argentino en el largo plazo (1810-2022), publicado por el Centro de Estudios y Servicios de la Bolsa de Comercio de Santa Fe, septiembre de 2022. Cita online: https://bcsf.com.ar/doc_news/2InformeEspecialsobreelprocesoinflacionarioenlaArgentina.pdf

³ La inflación promedio, durante ese período de estabilidad, fue del 0,7% anual, según datos aportados por el informe citado en la nota anterior.

⁴ *Ídem*.

⁵ “La inflación en Argentina: historia y comparación internacional”, publicado por la Cámara Argentina de Comercio y Servicios. Cita online: file:///C:/Users/sftecrl11/Downloads/20220418_152840_76bdc3.pdf

⁶ Informe disponible en https://www.indec.gob.ar/uploads/informesdeprensa/ipc_07_23C94E54F825.pdf

⁷ <https://www.cronista.com/finanzas-mercados/devaluaran-el-tipo-de-cambio-a-350-y-subiran-la-tasa-de-interes/>

⁸ BIANCHI, ALBERTO, “La cláusula de progreso, esa gran olvidada”, Diario Constitucional y de Derechos Humanos Nro. 90, Diario DPI, Columna de opinión del 2.11.2015. Cita online: <https://dpicuatico.com/sitio/wp-content/uploads/2015/11/COLUMNA-DE-OPI-NION-2015-11-02.pdf>

⁹ GELLI, MARÍA ANGÉLICA, “Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018, T.II, pág. 241.

¹⁰ BIDART CAMPOS, GERMÁN J., “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1995, T. VI La Reforma Constitucional de 1994, pág. 385.

¹¹ Al respecto, es necesario recordar que en la causa “Núñez” (Fallos: 326:3415), la Corte Suprema de Justicia de la Nación negó el carácter de moneda de curso legal a las Letras de Tesorería (bonos) que la Provincia de Buenos Aires emitió entre el 2001 y el 2002 mediante ley 12.727, denominados “Patacones” (existie-

ron otros a nivel nacional, como el “Lecop” y provincial, como el “Federal”).

¹² Como ejemplo, podemos citar el famoso precedente “Ercolano” (Fallos; 136:161, 1922), en el que la Corte reconoció la “prologada situación crítica de opresión económica producida por el encarecimiento y especulación en el precio de los alquileres” y las “consecuencias de orden económico” derivadas de la aplicación de la ley 11.157, denominada “ley de alquileres” (cualquier similitud con la realidad imperante en materia de locación cien años después de emitido aquél precedente, es pura coincidencia).

¹³ Pese a lo cual, la Corte admitió la actualización de deudas en numerosas oportunidades, como se verá más adelante.

¹⁴ Similar diseño ha seguido su homónima nacional, sancionada en el 2017, que instituyó la Unidad de Medida Arancelaria (UMA), equivalente al 3% de la remuneración básica asignada al cargo de juez federal de primera instancia (art. 19, ley 27.423). La ley provincial, reformada en el 2008, consagra la unidad jus, equivalente al 2% de la remunera-

ción total -deducidos los adicionales porcentuales particulares- asignada al cargo de juez de primera instancia de distrito (art. 32, ley 6.767 -modif. Ley 12.851).

¹⁵ <https://www.lanacion.com.ar/economia/creditos-uva-tras-la-media-sancion-al-proyecto-que-cambia-la-variable-de-ajuste-los-bancos-volvieron-nid18072023/>

¹⁶ Fue loable el esfuerzo de la Corte por garantizar la movilidad jubilatoria. Pese a ello, en el considerando 23, aclaró que lo resuelto se limitaba “únicamente el caso concreto”, porque “ese es el acotado ámbito de debate traído en esta oportunidad conocimiento del Tribunal”. A favor de la Corte, debe señalarse que una aplicación general e irrestricta de este criterio y su aplicación a todas las causas en trámite (ni hablar de su extensión a las jubilaciones ya otorgadas cuyo monto no fue cuestionado), hubiera tenido un gran impacto en el presupuesto nacional, cuyas consecuencias hubieran sido de igual o mayor gravedad que las que se procuraba conjugar con este pronunciamiento. Por ello, prevaleció una visión de prudencia judicial.

REFLEXIONES DEL
PRESIDENTE DE LA CORTE
SUPREMA DE JUSTICIA
DE SANTA FE

myf

256





myf

257

A portrait of Dr. Daniel Erbetta, a middle-aged man with dark hair, wearing a dark blue suit, white shirt, and dark tie. He is sitting at a desk with his hands clasped in front of him. To his left, the Argentine flag is visible. The background is a plain, light-colored wall. The image has a semi-transparent orange overlay at the bottom.

myf

258

Dr. Daniel **Erbetta**

*Ministro de la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe,
Prof. Ordinario y Director Posgrados UNR*

Cuarenta años de democracia. Actualidad, desafíos y reformas de los poderes judiciales

El contexto. ¿Una justicia en crisis? Problemas estructurales que atraviesan los poderes judiciales. Las reformas judiciales. Las dimensiones de la reforma. La litigación. Independencia judicial. Conclusiones.

El contexto

Reflexionar sobre los problemas y los desafíos que enfrentan los poderes judiciales, sobre los caminos posibles para tener –en nuestro caso– un servicio de *justicia abierta* a la sociedad y propia del siglo XXI, no resulta posible sin referenciar obligadamente el contexto.

Es que ni los datos de la realidad o los saberes que pretenden explicarlo, ni mucho menos las políticas públicas que comprometen a los poderes del estado y con ello al judicial, pueden analizarse por fuera de un contexto político, económico y social y, particu-

larmente, de la dinámica de poder en un momento determinado.

El contexto, por todos conocidos, lo marca –a nivel general– este nuevo fenómeno de poder planetario que es la globalización, que reconoce como fuente una revolución tecnológica que es a la vez una revolución comunicacional e informática sin precedentes. Los avances científicos y tecnológicos han alcanzado niveles inimaginables, pero conviven en la actualidad con enfermedades como la tuberculosis, la diarrea o el sarampión que junto al hambre llevan muerte a miles de niñas y niños en el mundo. Tenemos la sensación, al decir de dos sociólogos brasileños, de vivir el siglo XIX y el siglo XXI al mismo tiempo.

Y al igual que la revolución mercantil o la industrial cada uno de estos momentos, explica Humberto Eco, ha generado una comprensión del mundo y un dis-

curso legitimante y deslegitimante, con integrados y apocalípticos. No pretendo ser apocalíptico pero, en cualquier caso, y en lo que más toca a los países del margen, la más elemental manualística europea o americana, y los datos de organismos internacionales, incluidos el propio Banco Mundial, dan cuenta de un orden caracterizado por una fuerte concentración y acumulación de capital, un fenómeno de financiarización del capital (desplazamiento del capital productivo al capital financiero), un fuerte proceso de exclusión y marginalidad social (“disparidades hirientes”, “injusticia social naturalizada”, en expresiones del Papa Francisco) y una pérdida de autonomía y de capacidad de intervención del estado en los conflictos de la mano del debilitamiento de la política y los partidos políticos, que han perdido su función tradicional de canalización de la voluntad de la gente al haber sido desplazados por los medios masivos de comunicación.

La pandemia del covid, con todas sus consecuencias, alguna de ellas paradojales, caracterizada por la ciencia social como un hecho social total, no ha hecho más que profundizar y visibilizar muchos de los déficits del mundo globalizado. Con motivo de la pandemia, 200 millones de personas perdieron sus empleos, pero 650 ultra millonarios incrementaron su riqueza en más de un trillón de dólares.

El 1 % de la población mundial concentra más del 50% del producto bruto mientras que el 80% de la población participa sólo del 5%; más de 900 millones de personas pasan hambre en un mundo que produce alimentos para que todas y todos seamos obesos; el dinero sucio se calcula en una cifra superior a la suma del producto bruto de EE.UU. y Japón; la criminalidad de escala internacional (tráfico de drogas, armas, trata de personas, sumados a la evasión agravada y corrupción) moviliza anualmente sumas billonarias en dólares que se lavan en los paraísos fiscales que gozan de buena salud en los países del norte. El 40% de las ganancias de las multinacionales, que se estima en 700.000 millones de dó-

lares va anualmente a guaridas fiscales y se calcula en 200.000 millones de dólares la pérdida que causa la evasión reciclada a los países que la sufren (Argentina está en el podio y ocupa el 3er lugar en sociedades off shore en el mundo). Según el Banco Mundial hay un orden económico internacional dominado por 500 trasnacionales que controlan más del 54% del PB mundial (más de la mitad de toda la riqueza producida en el planeta).

A veces la realidad molesta pero no por ello podemos ocultarla.

Es la economía supo decir un ex presidente estadounidense que bien podría parafrasearse hoy como "...es la desigualdad social..."; tanto que un famoso juez de la Corte Suprema de ese país acertó en afirmar que EE.UU. podía tener democracia o profundas desigualdades sociales, pero nunca las dos cosas a la vez.

Este es el mundo que vivimos. A algunos les gustará, a otros les resultará indiferente e incluso funcional, pero nada de este contexto es neutro, en tanto el impacto se proyecta en todos los órde-

nes y ámbitos incluso en las políticas de seguridad, la política criminal, la judicial y hasta en las construcciones conceptuales del derecho que aplicamos los jueces, aquí y en toda la región.

Dentro de ese marco, y aún antes de la pandemia nos advertía Ferrajoli que asistimos a un proceso deconstituyente del derecho y de los sistemas políticos. A nivel internacional por la reivindicación de la guerra como medio de solución de conflictos y especialmente, por el desarrollo de poderes económicos desregulados y salvajes.

A nivel nacional, ese proceso deconstituyente se traduce en la crisis –tal vez histórica- de la legalidad (Nino un país al margen de la ley; Binder la fortaleza de la inquisición la debilidad de la república), en una profunda crisis de la representación y, en paralelo, en un fenómeno de fuerte concentración mediática y consecuente debilitamiento de los partidos políticos, así como la expulsión de los principios constitucionales del ámbito de la política.

Detrás de la ideología dominante podemos visualizar, entre nosotros, una

nueva forma de colonialismo (de carácter financiero) que mina la capacidad soberana de los estados e impide el derecho humano al desarrollo, mediante el endeudamiento superlativo, la imposición de políticas de ajuste y eventualmente la apelación a la violencia punitiva como si se tratara de un recurso estatal ordinario; la demanda de seguridad es el vector que ha colonizado la preocupación social y favorecido la tan inaceptable como inevitable confusión entre seguridad y justicia.

En ese contexto tanto la política como el judicial nos muestran dos realidades atravesadas por una crisis común de legitimidad y confianza (la falta de confianza en la justicia es un veneno para la democracia supo advertir el siempre recordado Leandro Despouy, en su paso como relator especial de UN sobre independencia de los jueces).

Paradójicamente, la calidad de la democracia depende en la actualidad de dos campos: el campo judicial y el de la comunicación. Una democracia de calidad necesita una justicia independiente y una prensa independiente. Y en

ambos campos tenemos problemas.

No voy a referir a los medios, sólo advertir el peligro para las instituciones que deriva de la posibilidad de acumular sin límites televisión, diarios, radios, cables, internet, redes sociales, como no ocurre en ningún país desarrollado del mundo occidental.

¿Una justicia en crisis?

De inicio, cobra relevancia alguna precisión conceptual.

Porque la justicia es un valor; de lo que debemos hablar es de los poderes judiciales y en la programación institucional argentina, dejando de lado la muy peculiar cuestión vinculada a la(s) justicia(s) de CABA (y sus enormes recursos), nuestra programación institucional reconoce dos grandes campos: la justicia ordinaria que capitaliza el más alto porcentaje de la conflictividad del país y la federal prevista para supuestos graves y excepcionales. De este modo, existen varios poderes judiciales y dentro de ellos personas con cosmovisiones di-

versas, todo lo cual torna impropias las generalizaciones o reducciones simplistas, a las que repetidamente acuden los medios masivos de comunicación e incluso algunos académicos, frente a cualquier decisión, errada o no, de un juez en Jujuy, Neuquén o Comodoro Py, descalifican, generalización de por medio, a *la justicia*.

Problemas estructurales que atraviesan los poderes judiciales

Lo dicho no invalida admitir que la estructura y los modelos de organización judicial mayoritarios en el país, así como las prácticas y los discursos, los procesos de gestión y hasta los modos de litigación han quedado fuera de tiempo al no haberse transformado –especialmente– en el poder judicial federal ni en la mayoría de los fueros no penales de muchas provincias.

Aquella diversidad tampoco impide reconocer que nuestros poderes judiciales presentan vicios y debilidades comunes; que existen patologías institucionales que degradan a la República, la división de poderes y la legalidad

y que los integrantes de los poderes judiciales, tenemos serias dificultades para reconocer que la ciudadanía no confía en los poderes judiciales.

Estimo que muchos de esos problemas estructurales y comunes tienen una genealogía que nos vincula;

1. A matrices históricas envejecidas institucionalmente. Refiero a la dimensión organizacional de la mayoría de nuestros poderes judiciales: estructura feudal de juzgados, procesos de gestión y trabajo rutinarios y burocratizados, modos de litigación anticuados con eje en el expediente de papel o en el expediente de PDF (neo-escriturismo).

2. De otra parte, para peor, lo torcido en la justicia tiene pasado. La acordada del año 1930, dictada sin caso, para validar un facto que impuso el estado de sitio y la ley marcial, que suprimió el Congreso y destituyó al presidente democrático y popular Hipólito Yrigoyen, que encarceló a don Hipólito y hasta a su abogado defensor, lo fue a cambio de dejar intacto un poder judicial que aceptó validar la usurpación a cambio de preservar su status y sus privilegios.

3. Al hecho que hasta hace unos años hubo compromiso de algunos poderes judiciales con la violación sistemática de derechos humanos durante el terrorismo de estado.

4. Más recientemente, la pretensión de colonización de sectores del poder judicial para convertirlo en un campo de lucha político partidaria y fenómenos de patología institucional que han potenciado especialmente a nivel federal, la judicialización de la política y la politización de la justicia, patologías que han merecido el cuestionamiento severo del Papa Francisco en la Cumbre Iberoamericana de Jueces de 2019.

Las reformas judiciales

Lo dicho abunda para justificar como debate excluyente en los tiempos que corren la necesidad de una profunda reforma judicial que permita recuperar un proyecto institucional de *justicia pública y democrática* no sólo en materia penal sino en todos los fueros.

En este sentido, debemos asumir que todo proceso de reforma es un proceso político (no partidario), en tanto

el Poder Judicial es un poder político que integra la estructura de gobierno de la sociedad. Governa, junto a los otros dos poderes, gestionando conflictividad y tratando de poner límites a la arbitrariedad, tanto de los poderes públicos como de los poderes salvajes (fácticos), en expresión de Ferrajoli. En última instancia, un proyecto de reforma, respetuoso de la manda constitucional, no es más que un programa político destinado a un poder del estado para mejorar, en nuestro caso, la prestación de un servicio esencial y prioritario.

Sentado lo anterior, si pensamos en la **justicia penal ordinaria** el avance a los sistemas acusatorios nos proporciona herramientas para reducir muchos de esos defectos y problemas estructurales. En general las provincias han estado a la vanguardia de estas reformas.

Entre ellas la nuestra. Hemos recuperado el modelo de justicia pública; transparentado la función judicial y terminado con un mal endémico, con grave lesión a la independencia judicial, como es la delegación de funciones, lo cual ha sido posible mediante

la supresión del expediente y la implementación de un sistemas de audiencias públicas y orales; hemos perforado la base del sistema de organización con la supresión de la estructura feudal de juzgado y la organización de estructuras flexibles como son los colegios de jueces; la separación tajante entre funciones jurisdiccionales y de gerenciamiento con la creación de oficinas de gestión judicial; además se ha proyectado un Ministerio Público de la Acusación como actor político criminal con una nueva organización y dinámica pensado como actor central en el diseño de una política de persecución penal estratégica y no caso por caso; y una Defensa Pública entrenada, profesionalizada y organizada a modo de gran estudio jurídico.

¿Hay problemas? Sí y muchos, no por el modelo sino por las malas prácticas, los riesgos de burocratización y también de colonización política especialmente del Ministerio Público de la Acusación. Tal vez hemos fallado al no pensar en una articulación interinstitucional que posibilitara un permanente monitoreo y control de gestión de la implementación.

¿Hay asimetrías? Sí, porque Santa Fe es una provincia extensa con particularidades disímiles, aunque Rosario concentra el 60% por ciento de los casos de la provincia y tiene un promedio de 70 a 80 audiencias públicas y orales por día, en horarios matutinos y vespertinos y en días inhábiles.

Como si fuera poco, una deuda enorme: el juicio por jurados populares. A pesar que todas y todos, salvo pocas excepciones, se manifiestan públicamente en favor de la intervención del pueblo en el único poder monopolizado exclusiva y excluyentemente por abogados, al momento de decidir los proyectos no se tratan.

A pesar de todo ello, por primera vez se ha perforado, en alguna medida, la selectividad estructural del sistema penal y se ha avanzado sobre sectores y capas sociales que antes eran invulnerables. No sólo estructuras u organizaciones delictivas vinculadas a mercados y economías delictivas (generadoras –además– de niveles de violencia inusuales) e integradas incluso con sectores de la agencia policial sino también sobre

sectores del poder real e incluso sobre integrantes del propio MPA.

Las amenazas y balaceras a nuestros fiscales, jueces y tribunales, únicas en la historia judicial argentina dan cuenta de ello. Sin perjuicio del reconocimiento a tantas y tantos fiscales, juezas y jueces me permito la licencia del reconocimiento a la labor de la agencia fiscal de criminalidad organizada y delitos complejos. Todas y todos han demostrado responsabilidad, independencia, idoneidad y el temple suficiente como para asumir riesgos que no cualquiera estaría dispuesto a asumir.

Estos logros no pueden ser neutralizados por problemas institucionales que comprometen a una organización (MPA) indispensable para el diseño de una política criminal estratégica (cuya planificación demanda también una policía fortalecida y profesionalizada, comprometida con el objetivo de controlar la criminalidad, junto a adecuada política penitenciaria); organización que demanda un control permanente y una conducción férrea, en tanto se trata de una institución vertical (a diferencia de la jurisdicción

que debería ser horizontal), guiada por el principio de legalidad, objetividad y unidad de actuación y que, por ello, requiere una actuación unificada y un permanente control sobre los fiscales, todo lo cual compromete a sus autoridades y auditoría y obliga a repensar mecanismos adicionales de control y de ejercicio de la potestad disciplinaria, que nunca puede serlo un poder del estado, sin riesgo de colonización política de ese actor clave.

A nivel de la **justicia penal federal**, ya nadie puede ser serio y responsablemente negar la necesidad de una reforma en todos sus niveles y estructuras.

A 40 años de recuperada la sensatez y la vocación jurídica por la libertad, después de la noche más negra de la historia argentina, vale recordar que fue precisamente Alfonsín quién, además de diseñar la estrategia institucional que derivó en el histórico juicio a las juntas militares, advirtió ya en aquella época, y de la mano de Carlos Nino, que Argentina necesitaba una profunda reforma democrática de la justicia federal y, por otro lado, la necesidad de repensar sus

estrategias de seguridad al moverse la nueva criminalidad por móviles de lucro en la forma de mercados ilegales o economías delictivas.

Lamentablemente, el contexto por todas y todos conocidos, le impidió avanzar sobre esos proyectos estratégicos y de hecho la reforma Maier sucumbió y fue desechada durante el gobierno posterior. Cuantos problemas nos hubiésemos ahorrado, especialmente en un sector de la justicia federal, de haberse avanzado a un modelo acusatorio, que recién fuera sancionado en 2014 por ley 27.063 (aunque con serios déficits de diseño) pero cuya implementación fue reprogramada ante la resistencia de esos mismos sectores judiciales.

La reforma de la justicia federal exige modificar también la propia ley 27.063 para posibilitar una estructura jurisdiccional más flexible, separar nítidamente la función jurisdiccional y la de gerenciamiento y suprimir el esquema ortodoxo e inconveniente de juzgados y la división por instancias mediante jueces de garantía, jueces de juicio y jueces de revisión.

También se trata de reformar y actualizar el modelo de organización del Ministerio Público Fiscal. Es insostenible mantener la estructura de fiscales de la investigación, fiscales de juicio y fiscales de revisión. Es necesario recuperarlo como actor político criminal central para el diseño de una política de persecución penal estratégica y dotarlo de capacidad investigativa. Por cierto recursos a la justicia federal no le faltan. Debe legitimarse el cargo de Procurador, discutir la periodicidad del mandato y la designación de un procurador por el mecanismo vigente o que se implemente legalmente, siguiendo en esto el antecedente de la mayoría de las provincias argentinas e incluso de CABA, cuyo fiscal general dura 6 años en el cargo. La periodicidad de los Procuradores o Fiscales Generales responde a la naturaleza y funciones propias del cargo y constituye el primer filtro o control (no el único) al poder que en los modelos acusatorios se adjudica al órgano encargado de la persecución penal.

La reforma del sistema de justicia federal demanda también repensar la integración, funciones, sistema de se-

lección y remoción propios del actual Consejo de la Magistratura, cuya capacidad de rendimiento alcanza niveles bajísimos. Se trata de una estructura exageradamente dotada de recursos humanos de planta permanente, cargos directivos y con un caudal de horas extras pagadas anualmente que no guardan correspondencia alguna con los resultados propios de sus objetivos institucionales.

El régimen de subrogancias a nivel federal es insostenible y no resiste análisis alguno. Debe modificarse la ley de subrogancias, que habilita a jueces (también fiscales) a subrogar varios cargos percibiendo un incremento del 30% de sus ingresos por cada uno de ellos. Es paradójico que haya jueces o fiscales federales que puedan desempeñarse en dos o tres juzgados o fiscalías situadas a cientos de kilómetros de distancia, salvo que la carga de trabajo sea tan pero tan baja que posibilite tamaño situación contra natura.

Resulta llamativo que desde los poderes judiciales e incluso la academia haya tanto silencio sobre estas cuestiones institucionales y se naturalice

una metafísica del juez subrogante o del juez trasladado.

Lo dicho no es ajeno a los poderes judiciales provinciales. Precisamente esos déficits institucionales son los problemas que la política nacional debe asumir, en parte, para paliar la escasa capacidad de rendimiento de la justicia penal federal en varias jurisdicciones, que no es responsabilidad de sus actores sino de un diseño desafortunado (una pirámide invertida) y de la permanente postergación de la implementación del acusatorio y la cobertura de vacantes.

Pero también debe debatirse necesariamente la reforma de integración y función de la CSJN, cuyo diseño y atribuciones son únicos en el planeta, en tanto ningún país desarrollado concentraría en sólo cinco personas la función de control de constitucionalidad, la revisión de cualquier sentencia de cualquier tribunal, de cualquier fuero del país por vía de arbitrariedad (algo más del 90 % ciento de los casos que resuelve), el gobierno del poder judicial y además la presidencia del Consejo de la Magistratura.

Seguramente no se conoce que nuestra CN no sólo es la más reducida de los países occidentales, sino que –y sin perjuicio de los distintos modelos y competencias recursivas– la más chica de toda la República Argentina.

A 40 años de la recuperación democrática todo lo expuesto nos interpela sobre la necesidad de completar, paradójicamente, la reforma constitucional de 1994 que, precisamente, derivó al acuerdo legislativo del Congreso Nacional la regulación de la mayoría de estas instituciones.

Una reforma democrática que apunte a recuperar un modelo constitucional no puede marginar el sector más relevante de los poderes judiciales: **la justicia civil (incluido el fuero de familia), comercial y laboral.**

Y aquí una digresión. nuestra Constitución Nacional habilita la pena y la política criminal pero no la fomenta.

Por ello la legislación penal debería ser fragmentaria y reducida, porque la pena no integra, ni cohesiona, ni estabiliza; lo cual no impide afirmar que

quién comete un delito debe, previo juicio, responder y cumplir la pena.

Pero la reforma de la justicia madre es trascendental porque ella sí tiene capacidad e idoneidad para estabilizar socialmente, para resolver conflictos, pero también para dar mensajes de tolerancia social, de responsabilidad social, lo cual resulta imprescindible en la construcción de ciudadanía y de una sociedad responsable. Pero para ello debemos ver y saber qué resuelven los jueces civiles, y ello sólo es posible en un sistema de audiencias públicas y orales.

La inversión tecnológica ha resuelto muchos problemas a los litigantes, pero no ha alterado la trazabilidad de los juicios y posterga una vez al principal destinatario, las y los ciudadanos. Cuidado con trasladar la ineficacia del expediente de papel a la ineficacia del expediente de PDF (neoescriturismo).

¿Puede un concurso o quiebra (Correo Argentino) durar más de 20 años?, ¿Un proceso de familia más de revinculación o eventual adopción de niños más de 7 años?, o un con-

curso preventivo más de 4?

El interrogante vale porque permite visualizar otro problema cultural que se ha naturalizado en muchos operadores: el problema del tiempo (tanto lineal como existencial). Es que tenemos plena conciencia del tiempo a la hora de estar comprometidos nuestros propios intereses, más en la labor cotidiana naturalizamos que un proceso pase por nuestras manos durante 4, 5 o 10 años, en una suerte de síndrome de alienación temporal.

Con papel o PDF los sistemas de justicia civil –en general– son Disneylandia de los trámites y necesitan una profunda transformación: flexibilizar sus estructuras, modificar sus procesos de gestión, cambiar los modos de litigar, transparentar y dar publicidad a sus actos. Es necesario y absolutamente posible, aun con los recursos existentes, recuperar un sistema de justicia civil que abandone la estructura feudo de juzgado y el expediente como fuente de la cultura del trámite, que organice colegios de jueces y oficinas de gestión a cargo del gerenciamiento del sistema y estructure su funcionamien-

to a través del sistema de audiencias públicas y orales con el complemento de oficinas con expediente digital para los casos que carecen de controversia y se agotan en trámites.

Santa Fe ha comenzado con la prueba piloto en oralidad civil, pero ello es sólo el comienzo, no el final del camino. Debemos avanzar en esos otros tópicos y discutir la reforma procesal para contar con herramientas que faciliten esos cambios, aun cuando estimos que con las actuales herramientas normativas es posible hacerlo. Sólo es necesario darse una estrategia para abordar las resistencias naturales, buscar consensos y tener la decisión política para procurar los cambios.

Las dimensiones de la reforma

Lamentablemente ni la política, ni el judicial, ni la academia, han reparado en el impacto que la dimensión organizacional, los procesos de gestión y hasta los modos de litigación tienen en la reconstrucción del sentido de las normas y en los modos de intervención en los conflictos. Tampoco el

impacto –especialmente de una buena litigación– en la trazabilidad de los procesos y la calidad de las decisiones.

La litigación

A modo de autocrítica jueces y abogados debemos asumir el impacto que la buena o mala litigación tiene en la trazabilidad de los procesos, los tiempos de la justicia y la calidad de sus decisiones. Y no litigamos demasiado bien.

Porque no se asume, por las partes, la necesidad de una oportuna construcción estratégica del caso; ni los jueces la función o rol que deben cumplir, mucho menos cuando la falta de audiencias públicas permite trabajar de espaldas a la gente, de modo cuasi secreto. Reivindicamos el sistema de audiencias públicas y orales pero los jueces debemos internalizar que tenemos una responsabilidad con el caso, dentro de la audiencia, pero también por fuera de la audiencia porque la falta de dirección y ejercicio de la función impacta además en todo el sistema de organización y gerenciamiento. No es posible que haya

audiencias preliminares que admitan 300 o 700 testigos, sin exigir ni evaluar la pertinencia, la validez y la no sobreabundancia; no podemos asumir que los tribunales colegiados no deliberen porque la deliberación hace a la legitimidad de la decisión; que los jueces de tribunales colegiados actúen por separado como si fueran un juzgado unipersonal o que las audiencias orales cuyo sentido es la presencia de las partes ante el juez de cuerpo entero sean delegadas a secretarios o empleados o directamente a las propias partes o sustituidas ilegalmente por una minuta escrita; tampoco permitir que el juicio oral se rompa en decenas de audiencias como si no tuviésemos décadas declamando la concentración y continuidad; es inaceptables que haya tribunales que demoren entre 6 meses y hasta 1 año para dar los fundamentos de sus veredictos; que los recursos de apelación se conviertan en un segundo juicio ordinario o los recursos extraordinarios en un tercero.

Tampoco es posible admitir sentencias burocráticas o conceptualistas, de 50, 100 o hasta miles de páginas repletas

de derivaciones que no guardan relación con el caso, cuando reclamamos lenguaje claro y acceso a la justicia.

Y es un problema cultural que hemos heredado del derecho continental europeo, que nos compromete a todas y todos, y que no es exclusivo de la justicia ordinaria ya que sobran ejemplos a nivel federal y en otras provincias, dejando de lado claro está repugnantes casos judiciales de patología institucional donde a la pésima litigación se suman intereses que comprometen la imparcialidad e independencia de los jueces, patologías de las cuales puede decirse que nuestro campo judicial y el de la mayoría de las provincias ha tomado una sana distancia terapéutica.

Y la cuestión no es banal, porque si no modificamos estos modos de funcionamiento, desde adentro construimos una justicia débil porque sus circuitos de trabajo y sus dinámicas de poder son las que necesitan los actores externos para influir y hacerlas funcionar al calor de las coyunturas y las políticas. He aquí una tradición que debemos revisar y varias cuestiones que debemos poner sobre la mesa de debate.

Independencia judicial

No puedo omitir aquí la incidencia de estas propuestas en la consolidación y fortalecimiento de la independencia judicial.

Sin embargo, tal vez no exista una conciencia clara interior de las instituciones judiciales, aunque muchos funcionarios y jueces la tienen, y tampoco al interior de la abogacía respecto de este papel relevante donde lo que hagamos con los Poderes judiciales no son solo problemas procesales, sino que son problemas esencialmente políticos, institucionales que tienen que ver con algo más profundo que es darle calidad a nuestra democracia.

Es que las reformas judiciales no se agotan en una cuestión normativa. Las reformas judiciales son un problema esencialmente político e ideológico; también un problema cultural. No se trata de una cuestión técnica ni mucho menos procesal y por ello hay resistencias y falta de consensos. Porque lo que estamos discutiendo es poder; una nueva

concepción de ejercicio de poder hacia afuera y hacia adentro.

Es en este marco que cobra relevancia la independencia de los jueces, la comprensión de lo que llamamos la imparcialidad y la autonomía de fiscales y defensores.

Independencia que es condición de la imparcialidad y de la garantía del debido proceso y que es consustancial a la jurisdicción porque un juez independiente es una tautología y un juez no independiente es una contradicción en los términos.

Más la independencia no se agota en un concepto ingenuo del juez aséptico centrado en el microlitigio o en la visión corporativa donde se la invoca como pretexto para la defensa de derechos y a veces de privilegios; hay un concepto republicano y democrático donde destaca la responsabilidad política a través de un desempeño activo; donde la responsabilidad funcional se presenta como la contracara de la independencia y es ajena a toda concepción corporativa, en tanto el corporativismo, a partir de su aisla-

miento, no admite controles ni rendición de cuentas.

Independencia e imparcialidad aun contra los intereses de toda una comunidad.

Viene al caso resaltar la declaración reciente de nuestra Junta Federal de Cortes que frente a hechos que comprometen la función judicial ha reafirmado los principios éticos que deben guiar a la Magistratura y función judicial, particularmente aquellos tendientes a evitar conductas que pongan en crisis la confianza que la sociedad deben tener en sus jueces, porque el Poder Judicial debe ser el último refugio de los Derechos, la Libertad y los valores republicanos. Y no se puede ejercer la función judicial de tal manera que ponga en crisis el fundamento mismo de este Poder.

Conclusiones

Asumir la necesidad de producir buena información, saber usarla y tener diagnósticos aproximados son condi-

ciones necesarias para proyectar los cambios que permitan mejorar el funcionamiento de los poderes judiciales y el servicio de justicia, pensando esencialmente en el principal destinatario que no es otro que las y los integrantes de la sociedad.

Si reparamos en nuestra realidad provincial debemos saber que tenemos un territorio tan extenso como asimétrico, que las asimetrías se dan incluso entre fueros de un mismo espacio y que debemos abrir el debate interno, el de la comunidad y los otros poderes estatales para terminar con estructuras rígidas y un modelo de organización y gestión, preponderante a nivel nacional y entre nosotros en los fueros civil, laboral y contencioso, que remonta a la época de la colonia aunque su matriz tenga genealogía medieval y que dificulta la posibilidad de equilibrar las cargas de trabajo, de recuperar publicidad y transparencia, como condición constitucional de cualquier acto de gobierno (incluso de cualquier poder, comisiones del senado), mejorar la trazabilidad de los procesos y con ello los tiempos de las respues-

tas institucionales que, vale advertir, no sólo dependen de cambios estructurales, fáciles de implementar normativamente, sino fundamentalmente de cambios culturales y de la propia actividad de la abogacía que en materia de procesos dispositivos tiene un rol decisivo en el proceso.

Una realidad que nos condiciona y está referenciada por el mantenimiento de la mayoría de los fueros de un sistema de organización, de procesos de trabajo y gestión, prácticas y rutinas y modos de litigación fuera de tiempo. La necesidad de relevar los problemas, contextualizarlos y desagregarlos y debatir las reformas indispensables deben ser un objetivo compartido.

En este sentido, tratándose de una política pública, la interpelación es a la política que debe recuperar el estado para la política, recuperar la democracia con partidos políticos no mediáticos, pero también es al propio aparato judicial y del mismo modo al campo académico, en tanto necesidad de repensar nuestros saberes y doctrinas, para construir la

nueva institucionalidad del siglo XXI.

Entre tanto, debemos revalorizar y ampliar la capacitación permanente.

Capacitarnos para profundizar en clave realista la actividad de análisis jurídico, que es la herramienta central del judicial, en tanto cuanto más derecho sabemos en mejores condiciones estamos de construir el caso y encontrar la solución que el derecho posibilita; asumiendo obviamente que el derecho también tiene una funcionalidad política que surge de nuestra Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de los Derechos Humanos y que procura resguardar siempre a los más débiles; sin embargo, como operadores judiciales esa capacitación sería insuficiente si, a la par, no desarrollamos una especial sensibilidad frente a las lesiones a la dignidad humana, para no naturalizar situaciones inaceptables y para que la técnica jurídica elevada a ontología que proponen algunas corrientes jurídicas, no nos lleve al lugar de aquel famoso guillotinator que todas las mañanas limpiaba la cuchilla para no ensuciar a la víctima.

NOTICIAS

myf

270





myf

271

INSTITUTO DE DERECHO PENAL
TEMA: AUDIENCIA PRELIMINAR

JORNADAS CON PERIODISTAS. DESAFÍOS
ACTUALES DE LA COMUNICACIÓN JUDICIAL

myf

272





myf

273



myf

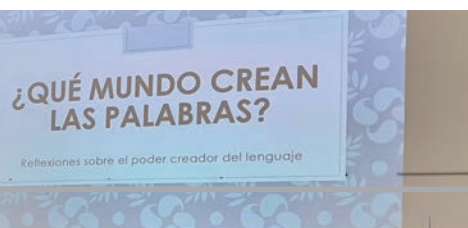
274

CICLO DE CINE



SEMINARIO INTERDISCIPLINARIO EN DERECHOS HUMANOS Y ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

INSTITUTO DE GÉNERO ¿QUÉ MUNDO CREAN LAS PALABRAS?



myf

276

CAMPAÑA DÍA DEL NIÑO. ENTREGA DE JUGUETES EN CASA FAOHP





**JORNADAS: LA EVIDENCIA
Y LA PRUEBA DIGITAL. UNA
MIRADA PENAL Y CIVIL**

JUSTICIA Y GÉNERO

myf

278





myf

279



myf

280

Mirada contemporánea del artículo 120 del Código Penal

Dra. Martina **Guirado**

*Defensora Pública Adjunta del Servicio Público Provincial
de la Defensa Penal, Rosario.*

myf

281

Resumen

El presente artículo realiza un desarrollo histórico del artículo 120 del Código Penal¹, destacando las reformas recientes que lo impactan directa o indirectamente. Se propone un análisis conglobado de la norma con perspectiva de género e infancias y se vincula este delito con figuras civiles y penales que conducen a problematizar la autonomía sexual de las personas adolescentes. A modo de cierre, se sugieren algunos interrogantes que ponen de relieve la tensión entre los estándares rígidos de la ley penal y flexibles de la ley civil, la noción de consentimiento sexual puesta bajo sospecha por los feminismos y los límites de la intervención penal y de la protección bien jurídico.

1. Desarrollo histórico del artículo 120 del CP

1.1. Desde la sanción del CP hasta la ley 25.087

El artículo 120 del CP, tradicionalmente conocido como delito de “estupro”², sanciona penalmente

a quien tiene un contacto sexual gravemente ultrajante o acceso carnal por cualquier vía con una persona de trece a dieciséis años de edad aprovechándose de su inmadurez sexual.

El desarrollo histórico de la normatividad destaca las reformas legales que impactaron directamente o indirectamente en su aplicación, así como también los momentos históricos en los que estos cambios tuvieron lugar.

El delito contemplado en el artículo 120 del CP es una variante del abuso sexual contemplado en el artículo 119; mientras que el artículo 119 se ha ocupado históricamente de los abusos sexuales sin consentimiento, el 120 ha captado en forma residual el abuso sexual con el consentimiento de la víctima.

El artículo 119 y 120 en su redacción originaria³ estaban insertos en el Capítulo 2 “Violación y estupro” dentro del Título III “Delitos contra la honestidad”. El artículo 119 establecía: será reprimido con reclusión o prisión de seis a quince años, el que

tuviere acceso carnal con persona de uno u otro sexo en los casos siguientes: 1. Cuando la víctima fuere menor de trece años; 2. Cuando la persona ofendida se hallare privada de razón o de sentido, o cuando por enfermedad o cualquier otra causa, no pudiese resistir; 3. Cuando usare fuerza o intimidación. El artículo 120, por su parte, reprimía con pena de tres a seis años de prisión cuando la víctima fuere mujer honesta mayor de doce años y menor de quince y no se encuentre en las circunstancias de los números 2 y 3 del artículo anterior. Dichas circunstancias reflejan la ausencia de consentimiento para el acceso carnal, por lo que a contrario *sensu* **el artículo 120 refiere al acceso carnal de una mujer honesta mayor de doce años y menor de quince con su consentimiento.**

Históricamente, se ha concebido al delito de estupro como el delito que se comete bajo la modalidad de seducción. Ello fue así aun después de la reforma del año 1891 en el Código de 1887, la que introdujo el concepto de “honestidad” para reemplazar el

de “virginidad” y suprimió por vago e impreciso el concepto de “seducción”. No obstante esta reforma, que tiene singular importancia por el cambio del concepto “virginidad” por el de “honestidad”, en la interpretación del tipo de estupro debía tenerse presente aun la idea de “seducción”. Así como en el caso del acceso carnal con una persona menor de doce años se presumía la violencia por total inexperiencia de la víctima, en el caso de acceso carnal con una mayor de doce y menor de quince años, se presumía la seducción ya que, por tratarse la víctima de una mujer honesta, no debía entenderse que se haya entregado, sino más bien cedido a los halagos y artificios del seductor⁴.

Ahora bien, es oportuno hacer una digresión para poner de resalto las palabras que describen la conducta alcanzada por el artículo 120. Los términos utilizados en los textos proyectados previos al CP de 1921 y la versión luego codificada revelan la desigualdad de poder entre varones y mujeres en la estructura social de la época, la presencia marcada de es-

tereotipos de género y la objetivación sexual de la mujer.

Esta versión del artículo 120 del CP, que dio el nombre de “estupro” a este delito, se mantuvo intacta hasta su reforma por la ley 25.087⁵. A partir de entonces, el Título III pasó a la llamarse “Delitos contra la integridad sexual”, la rúbrica del Capítulo 2 fue derogada y se modificó el artículo base, es decir el 119, y también el 120 del CP⁶. La relación género-especie entre los artículos 119 y 120 se mantuvo; de hecho, el 120 continúa remitiéndose al 119 donde están descriptas las conductas delictivas captadas por aquél.

El artículo 119 y 120 de acuerdo a la ley 25.087 quedaron redactados de la siguiente forma:

Artículo 119: *Será reprimido con reclusión o prisión de seis meses a cuatro años el que abusare sexualmente de una **persona cuando ésta fuera menor de trece años**⁷ o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o*

aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción.

*La pena será de cuatro a diez años de reclusión o prisión **cuando el abuso por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima.***

*La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión **cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por cualquier vía.***

En los supuestos de los dos párrafos anteriores, la pena será de ocho a veinte años de reclusión o prisión si: a) Resultare un grave daño en la salud física o mental de la víctima; b) El hecho fuere cometido por ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación o de la guarda; c) El autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave, y hubiere existido peligro de contagio; d) El hecho fuere cometido por dos o más personas,

o con armas; e) El hecho fuere cometido por personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad, en ocasión de sus funciones; f) El hecho fuere cometido contra un menor de dieciocho años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo.

En el supuesto del primer párrafo, la pena será de tres a diez años de reclusión o prisión si concurren las circunstancias de los incisos a), b), d), e) o f).

Artículo 120: *Será reprimido con prisión o reclusión de tres a seis años el que realizare algunas de las acciones previstas en el segundo o en el tercer párrafo del artículo 119 con una persona menor de dieciséis años, aprovechándose de su inmadurez sexual, en razón de la mayoría de edad del autor⁸, su relación de preeminencia respecto de la víctima, u otra circunstancia equivalente, siempre que no resultare un delito más severamente penado.*

La pena será de prisión o reclusión de seis a diez años si mediare alguna de las circunstancias previstas en los incisos a), b), c), e) o f) del cuarto pá-

rrafo del artículo 119.

Antes de continuar con el desarrollo histórico, es necesario hacer un paréntesis aquí. Las palabras que describen la conducta típica luego de la ley 25.087 representan un viraje decisivo, al menos desde lo formal del texto, ya que no hay distinción de sexo de las víctimas adolescentes (pueden ser mujeres o varones) y se prescinde de la referencia a la honestidad que condensaba gran parte la objetivación sexual a la mujer antes denunciada. Desde esta reforma, el acento se halla fundamentalmente en la inmadurez sexual y en el aprovechamiento.

Pese a que el tercer párrafo del artículo 119 fue reformado por la ley 27.352⁹, la letra del 120 se mantuvo intacta. Sin embargo, la especificación de las vías y las formas del acceso carnal recientemente incluidas en el tercer párrafo del artículo 119, tienen impacto directo sobre el 120, el que expresamente envía a las conductas descriptas en el tercer párrafo del 119.

El tercer párrafo del artículo 119 que-

dó redactado de la siguiente forma: La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por vía anal, vaginal u oral o realizare otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías¹⁰.

En consecuencia, las dos notas distintivas del artículo 120 en su redacción actual son, por un lado, **que la víctima es una persona de entre trece y dieciséis años**, ya que si es una persona menor de trece años el caso queda automáticamente abarcado en el primer párrafo del artículo 119; y por otro lado, **que el autor aprovechándose de la inmadurez sexual de la víctima** en razón de su mayoría de edad, su relación de preeminencia respecto de ésta u otra conducta equivalente, **obtiene su consentimiento para llevar a cabo el acto sexual** -a diferencia de lo que ocurre con los supuestos de abuso sexual del 119 en los que el agresor actúa contra la voluntad de la víctima-. Los actos de contenido sexual son gravemente ultrajantes, y/o

acceso carnal por vía anal, vaginal u oral, y otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías.

1.2. Reformas recientes

Resulta oportuno detenerse, por un lado, en tres reformas recientes de la parte general del CP que han tenido incidencia en la normatividad estudiada y, por otro lado, en la reforma del año 2017 a ley de ejecución penal en cuanto refiere al régimen resocializador de las personas condenadas por abuso sexual.

a) Reformas a la parte general del CP: suspensión del plazo de prescripción de la acción, inhabilitación especial perpetua y persecución de oficio.

De acuerdo a la modificación introducida por el artículo 2 de la 27.206, durante la minoría de edad de la víctima se suspende la prescripción de la acción por el delito previsto en el artículo 120 del CP¹¹, de manera tal que, si los representantes legales de la persona afectada no denunciaron el hecho o

bien no habilitaran la instancia cuando fueran requeridos, la víctima una vez cumplida la mayoría de edad podría por sí denunciar o habilitar la instancia, en su caso, a los fines de la investigación y sanción del hecho. Además, el artículo 1 de la ley 27.206 agregó la pena de inhabilitación especial perpetua para en caso de los delitos previstos en los artículos 119 y 120, entre otros delitos contra la libertad e integridad sexual, cuando el autor se hubiere valido de su empleo, cargo, profesión o derecho para la comisión¹².

Si bien actualmente no es necesaria la habilitación de instancia¹³ como presupuesto para la investigación y sanción de la conducta delictiva descripta en el artículo 120 del CP, porque los sujetos pasivos del delito estudiado son víctimas menores de dieciocho años¹⁴, se trata de una novedad introducida por la ley 27.455¹⁵ que alcanza a todos los hechos posteriores a su entrada en vigor. La misma advertencia aplica a la suspensión de la prescripción en los hechos acontecidos con anterioridad a la sanción de la ley 27.206¹⁶.

b) Modificación del tratamiento resocializante para personas condenadas por abuso sexual.

Desde la ley 27.375¹⁷ opera un endurecimiento punitivo extremo sobre las personas condenadas por el delito de estupro¹⁸, quienes fueron privadas dos de los cuatro periodos del régimen penitenciario resocializante¹⁹ y progresivo²⁰. Nótese que desde la incorporación del artículo 120 al listado de delitos previsto en el artículo 56 bis de la ley 24.660, no pueden acceder a los derechos del periodo de prueba (salidas transitorias, salidas laborales y alojamiento en un establecimiento abierto) y tampoco a la libertad condicional (aunque no sean reincidentes) porque este mismo listado de delitos se encuentra también agregado al artículo 14 segunda parte del CP²¹. En este caso, se aplica un régimen penitenciario diferenciado, que solo autoriza salidas transitorias muy limitadas que casi coinciden con el vencimiento de la pena para reemplazar los dos periodos de ejecución de la pena suprimidos²². De todos modos, corre aquí la misma observación

respecto de la irretroactividad de la ley penal más gravosa.

1.3. La doctrina y la jurisprudencia

La doctrina y la jurisprudencia en la temática escogida no es caudalosa como ocurre con el artículo 119 del CP. Si bien el artículo 120 del CP no puede desvincularse del 119, donde se hallan descritas acciones de aprovechamiento que debe desplegar el sujeto activo y las agravantes, la doctrina desde siempre ha brindado mayor atención al artículo 119 del CP relegando al 120 a un papel secundario respecto de aquél. Sin perjuicio de ello, hay que reconocer que fueron las críticas académicas las que auspiciaron la reforma de la ley 25.087, la que sin lugar a dudas significó un viraje decisivo de las conductas típicas de los artículos 119 y 120. Si bien las reformas sucesivas se nutrieron de la labor académica, no es menos cierto que luego de la sanción de la ley 26.485²³ la producción legislativa con perspectiva de género e infancias fue incrementándose hasta convertirse en un eje central de la política le-

gislativa de nuestros días, como pudo apreciarse en el desarrollo histórico realizado párrafos atrás²⁴.

La jurisprudencia, por su parte, se ha proyectado en idéntico sentido y ello es notorio si tiene en cuenta el caudal de fallos que refieren al artículo 119 en comparación con el 120²⁵. Esto puede advertirse fácilmente, por ejemplo, si consideramos la producción de fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre violencia sexual (en términos del artículo 119) sufrida por mujeres e infancias de las últimas dos décadas²⁶, y las pocas referencias al estupro en particular²⁷.

1.4. Los proyectos de reforma y la legislación comparada

A la hora de evaluación la situación actual del estupro en la legislación argentina, deben considerarse los proyectos de reforma reciente y la legislación comparada.

El Anteproyecto de ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal del 2006 no contemplaba una

normal igual o similar al artículo 120 CP²⁸. El Anteproyecto de Código Penal de la Nación del 2014, por su parte, estableció el estupro en el artículo 128 sancionando a quien siendo mayor de edad, realizare cualquiera de los actos de los artículos 126 y 127 (violación y otros abusos sexuales, respectivamente) con el consentimiento de una persona mayor de trece años y menor de dieciséis, aprovechándose de una situación o relación familiar, de convivencia, de autoridad o de ascendiente sobre la víctima²⁹. El Proyecto de Reforma al Código Penal de la Nación de 2019 previó el artículo 120 en su versión actual³⁰.

Vale resaltar que los proyectos actuales de reforma parcial con incidencia en la figura en estudio se hallan vinculados a la imprescriptibilidad de los abusos sexuales de víctimas menores de edad y al aumento de las penas³¹.

Por otra parte, la heterogeneidad de criterios en el derecho comparado no contribuye a establecer un criterio general en la materia, si bien aporta nuevos ingredientes al debate refe-

ridos a las conductas que encuadran dentro de la figura del estupro y la sanción a imponer al aprovechador. Nótese que en general el mínimo penal en abstracto es más bajo del establecido en la figura básica del artículo 120 CP y en algunos casos la pena de prisión es alternativa con la pena de multa o trabajos comunitarios³².

2. Problematicar el artículo 120 del CP

El interés en la problematización del artículo 120 del CP aflora con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial³³, que en su artículo 26 regula el ejercicio de los derechos por la persona menor de edad, en especial de adolescentes entre trece y dieciséis años. El artículo 26 del CCC³⁴ dispone que mientras no se afecte de manera considerable la salud o se requiera la expresa intervención de los representantes legales de la persona entre trece y dieciséis años, ésta puede decidir por sí sobre todo asunto permitido por el ordenamiento jurídico, lo que incluye numerosos

asuntos referentes a su vida íntima, entre ellos, su sexualidad. En otras palabras, la persona entre trece y dieciséis años, que es la misma franja etaria que puede ser víctima de los hechos del artículo 120 del CP, tiene una autonomía progresiva condicionada por la ley para su protección³⁵ con amplias facultades en cuanto refiere a su libertad sexual.

El hecho de que los adolescentes alcanzados por el artículo 26 del CCC sean los sujetos pasivos de la conducta delictiva prevista en el artículo 120 del CP marca –cuando menos– la necesidad de repensar la autodeterminación sexual de las personas comprendidas en este grupo, incorporar la perspectiva de género y niñez desde un enfoque interdisciplinar y analizar el aprovechamiento –base de la conducta punible– a partir de categorías contemporáneas que integren el ordenamiento jurídico en su totalidad.

Se hace patente la tensión entre la madurez/inmadurez sexual y la autonomía progresiva, y –a su vez– entre los estándares rígidos y flexibles,

respectivamente, que fijan el derecho penal y el derecho civil^{xxxvi}, tensiones que se agudizan más aun considerando los aportes de la bioética³⁷, cuyas reglas guiaron el articulado del CCC³⁸.

En este sentido, cobra relevancia la noción de consentimiento sexual desde una óptica interseccional crítica de los estereotipos de género que subyacen en sus significados³⁹, al mismo tiempo que torna crucial su vinculación con otras figuras penales y no penales. El consentimiento para el acto sexual puede relacionarse, por un lado, con el consentimiento informado del derecho a la salud –en todo conectado con el artículo 26 del CCC– y en particular con el consentimiento de personas adolescentes para la interrupción voluntaria del embarazo⁴⁰ y para acceder a intervenciones quirúrgicas totales y parciales y/o tratamientos integrales hormonales para adecuar su cuerpo, incluida su genitalidad, a su identidad de género autopercibida⁴¹.

Por otro lado, el consentimiento sexual que brinda la víctima de estupro puede relacionarse con el consentimiento

que manifiesta la víctima del delito de trata de personas⁴², de promoción y facilitación de la prostitución⁴³, y también de explotación económica de la prostitución⁴⁴, ya que en estos supuestos el delito se comete aun cuando mediare consentimiento de la víctima, como ocurre con el artículo 120 del CP.

En este orden de ideas, también es importante indagar sobre la noción de aprovechamiento en otros tipos penales y en el CCC, y evaluar si existe correspondencia entre el aprovechamiento sexual del estupro y el aprovechamiento económico de la usura⁴⁵ del artículo 175 bis del CP. También es relevante valorar si hay un paralelismo entre la acción de quien se aprovecha de la inmadurez sexual de una persona adolescente y la acción de quien explota la necesidad, debilidad síquica o inexperiencia en la lesión⁴⁶ del artículo 332 del CCC o la acción de quien abusa del derecho⁴⁷ en los términos del artículo 10 del CCC. Este último análisis es especialmente interesante si atendemos a los efectos de la infracción de la ley civil y penal: en el primer caso, la sanción es la inva-

lidez del acto jurídico el acto jurídico es invalidez de acto y, en el segundo caso, la condena a prisión de quien se aprovecha de la persona adolescente.

3. Reflexiones finales

A modo cierre, se sugieren algunos interrogantes que –a criterio de quien escribe– no pueden ser dejados de lado al momento de estudiar la figura, pero no comienzan ni terminan aquí; son aportes para repensar el estupro con mirada de género y niñez y resignificar el contenido del comportamiento típico considerando el ordenamiento jurídico en su conjunto.

La tensión entre los estándares rígidos de la ley penal y flexibles de la ley civil, la noción de consentimiento sexual puesta bajo sospecha por los feminismos y los límites de la intervención penal y de la protección bien jurídico, conducen a estas preguntas: ¿Cómo se resuelve la tensión entre el estándar flexible que habilita la autonomía progresiva del artículo 26 del CCC y el estándar rígido por edades estableci-

do en el artículo 120 del CP? ¿Cómo se relaciona el concepto de “madurez suficiente” referido en los artículos 24.b y 26 segundo párrafo del CCC con el concepto de “inmadurez sexual” del artículo 120 del CP? ¿El abuso sexual con aprovechamiento es equivalente al abuso sexual sin consentimiento? ¿Es posible resignificar los alcances del aprovechamiento sexual teniendo en cuenta los sesgos androcéntricos implícitos en la noción de consentimiento sexual? ¿La autonomía e intimidad de las personas adolescentes entre trece y dieciséis años se encuentra desprotegida sin la intervención penal? ■

CITAS

¹ En adelante CP.

² El artículo 120 del CP en su redacción actual reemplaza al viejo tipo penal de estupro, previsto en la anterior versión del artículo 120, aunque contiene puntuales y serias diferencias que ciertamente, más allá de alguna similitud, tornan dificultoso trazar un paralelo. D'ALESSIO, ANDRÉS J. (Director), *Código Penal*

Comentado y Anotado, Parte Especial (arts. 79 a 306), 1ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2004, p. 185.

³ En el Código Penal de 1921.

⁴ D'ALLESIO, ANDRÉS J. (Director), *Código Penal Comentado y Anotado*, Parte Especial (arts. 79 a 306), 2ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2009, p. 261 y 262, citando a SOLER, SEBASTIÁN, *Derecho Penal Argentino*, T° 3, TEA, Buenos Aires, 1987, p. 318. En este sentido, es interesante estudiar la figura del estupro desde la perspectiva histórica precolombina y religiosa. VILLADA, JORGE L., *Delitos sexuales y trata de personas. Concordado con legislación latinoamericana y europea*, 4ª ed. actualizada y ampliada, La Ley, Buenos Aires, 2021, p. 294 y ss.

⁵ B.O. 14/5/1999. Véanse críticas a la regulación y al término “honestidad” en DE LUCA, JAVIER A. – LÓPEZ CASARIEGO, JULIO, *Delitos contra la integridad sexual*, 1ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2009; TENCA, MARCELO A., *Delitos sexuales*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2013, p.183 y ss. También en DONNA, EDUARDO A., *Delitos contra la integridad sexual*, 2ª ed. actualizada, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2005, p. 105 y ss.

⁶ Por otra parte, con la ley 25.087 se derogaron

los artículos 121, 122 y 123 comprendidos en el Capítulo 2 -los que fueron reformulados e incluidos en la fórmula del artículo 119- así como también fueron modificados los artículos comprendidos en los Capítulos 3 y 4. El Capítulo 1: “Adulterio” y el artículo 118 que contenía la tipificación de dicha conducta ya habían sido derogados por la ley 24.453, B.O. 7/3/1995. Véanse críticas a la regulación y al término “honestidad” en DE LUCA - LÓPEZ CASARIEGO, *Delitos contra la integridad sexual*, ob. cit.

⁷ La negrita me pertenece.

⁸ PETEAN GIOFFRE, MARIANO, “¿Se agravó el delito de estupro?”, en ZAFFARONI, RAÚL A. (Dir.), BAILONE, MATÍAS – CODINO, RODRIGO (Coords.), *Revista de Derecho penal y criminología. Delitos económicos, contravencional, garantías constitucionales, procesal penal, ejecución de pena*, año V, n° 2, La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 24 y ss. El autor advierte si el elemento del tipo objetivo “mayoría de edad” del artículo 120 CP pasó a ser 18 años de acuerdo al CCC, se modifica un elemento constitutivo del tipo penal (los autores entendían que mayoría de edad era 21 años), lo que importaría un agravamiento en la configuración del mismo, ya que lo que antes era considerado relaciones sexuales entre adolescentes sin pena, aho-

ra constituye delito. El autor entiende que no hay un agravamiento del estupro sin una ampliación del ámbito de punibilidad del tipo penal de estupro. Si bien este artículo mira la edad del imputado y no de la víctima, tiene relación con el tema que nos ocupa en cuanto advierte el impacto del CCC y del artículo 126 en particular sobre el sujeto activo del delito.

⁹ B.O. 17/5/2017.

¹⁰ Sobre este tópico, GARONE, GUILLERMO M., “La reforma del artículo 119 del Código Penal introducida por la ley 27.352: ¿fin de la discusión?”, en ZAFFARONI, RAÚL A. (Dir.), BAILONE, MATÍAS – CODINO, RODRIGO (coords.), *Revista de Derecho penal y criminología. Delitos económicos, contravencional, garantías constitucionales, procesal penal, ejecución de pena*, año VIII, n° 11, La Ley, Buenos Aires, 2017, p. 35 y ss. SANFILIPPO, ALEJANDRO, *doctrina “Evolución legislativa del artículo 119 del Código Penal. De la violación al nuevo abuso sexual con acceso carnal”*, en ZAFFARONI, RAÚL A. (Dir.), BAILONE, MATÍAS – ANITUA, GABRIEL I. (coords.), *Revista de Derecho penal y criminología. Delitos económicos, contravencional, garantías constitucionales, procesal penal, ejecución de pena*, año IX, n° 4, La Ley, Buenos Aires, 2019, p. 33 y ss.

¹¹ Artículo 67 cuarto párrafo del CP incorporado por la ley 27.206, B.O. 10/11/2015.

¹² Artículo 20 bis último párrafo del CP incorporado por la ley 27.206, B.O. 10/11/2015.

¹³ Autorización que formula la víctima junto con la denuncia para que los hechos puedan ser investigados penalmente. La habilitación de instancia es un requisito previo para algunos delitos especificados en el artículo 72 del CP.

¹⁴ Artículo 72, párrafo segundo, apartado a) del CP.

¹⁵ B.O. 25/10/18.

¹⁶ La ley penal es irretroactiva (salvo cuando es más benigna) y, por lo tanto, inaplicable a los casos pasados (Artículos 18 de la Constitución Nacional, 15 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y políticos, 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 2 del CP). Sin embargo, hay un sector minoritario de la doctrina y la jurisprudencia que invoca la imprescriptibilidad de los delitos sexuales (fuera del caso de los hechos cometidos en el marco del terrorismo de estado), en estos casos se invocan normas

convencionales previas a la vigencia de la ley 27.206. Si bien este tópico excede el marco de este trabajo, debo mencionar el debate actual sobre “*los juicios por la verdad*” en casos de abuso sexual, aunque la acción penal esté prescripta, a la luz del derecho a la verdad y a la justicia de las víctimas desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en reconocidos precedentes.

¹⁷ B.O. 28/7/2017.

¹⁸ Así como también para otros delitos de la especie y otros tantos que afectan bienes jurídicos diferentes a la integridad sexual, como la vida, la propiedad, la salud pública, por mencionar solo algunos. Véanse los artículos 56 bis de la ley 24.660 y 14 del CP, ambos según la ley 27.375.

¹⁹ La finalidad de la pena es la reinserción social del condenado de acuerdo a los artículos 18 de la CN, 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 10.3 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, y 1 de la ley 24.660.

²⁰ El artículo 12 de la ley 24.660 establece que el régimen penitenciario aplicable al condenado, cualquiera fuere la pena impuesta, se

caracterizará por su progresividad y constará de: a) Período de observación; b) Período de tratamiento; c) Período de prueba; d) Período de libertad condicional.

²¹ Sin perjuicio de que producto de las reformas introducidas en por la misma ley 27.375 en los artículos 228 y 229 de la ley 24.660 no sería directamente aplicable la reforma en el artículo 56 bis, aunque se aplican en la actualidad por nuestros tribunales en Santa Fe, sin la adhesión o ley local de Santa Fe.

²² El artículo 56 quáter de la ley 24.660, introducido por la ley 27.375, establece un “*régimen preparatorio para la liberación*” para garantizar la progresividad.

²³ Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, B.O. 14/04/2009.

²⁴ Aunque la reforma de la ley 27.375 que incluyó el artículo 120 en el artículo 14 segunda parte de CP y en el artículo 56 bis de la ley 24.660 no responde directamente al activismo feminista, sino que responde una respuesta legislativa punitivista ante determinados hechos.

²⁵ Esta situación está ligada al flujo de casos que recibieron y reciben los Tribunales.

²⁶ Corte IDH. Caso González y otras (“*Campo Algodonero*”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205; Corte IDH. Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216; Caso Fernández Ortega y otros Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215; Corte IDH. Caso Véliz Franco y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277; Corte IDH. Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289; Caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2015. Serie C No. 307; Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160; entre otros.

²⁷ Véase el caso “Guzmán Albarracín y otros

vs. Ecuador, Sentencia de fecha 24/06/2020, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_405_esp.pdf [12/07/2023]

²⁸ Título V del Anteproyecto refiere a los delitos contra la libertad e integridad sexual suprimiendo la figura del artículo 120 actual y reformulando el artículo 119 en dos artículos diferentes (154 y 155).

²⁹ Véase en <http://www.saij.gob.ar/docs-f/anteproyecto/anteproyecto-codigo-penal.pdf>, p. 198, 199, 390 y 391 [26.08.2023]

³⁰ Véase en <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/comisiones/verExp/52.19/PE/PL> p. 67 y 68 [15/3/2023] El Proyecto 2019 perdió estado parlamentario y tuvo escaso trámite legislativo en su Cámara de ingreso que fue el Senado de la Nación.

³¹ Véanse Expediente Diputados: 3004-D-2023 del 17/07/2023; Expediente Senado: 1033-S-2023 del 08/05/2023; Expediente Diputados: 1763-D-2023 del 26/04/2023; Expediente Senado: 0858-S-2023 del 18/04/2023; entre otros.

³² En Paraguay el estupro es castigado con pena de prisión de hasta dos años o con multa (art. 137 y 138); Bolivia sanciona la con-

ducta con pena de dos a seis años (art. 309) y prevé agravamiento de pena de un tercio en supuestos específicos; Perú se castiga con pena de privativa de libertad no mayor de tres años o con prestación de servicios comunitarios de 30 a 78 jornadas (art. 175 y 178), previéndose también la exención de pena por avenimiento en este supuesto; Chile se castiga con presidio menor (art. 363) y existen agravantes específicas (art. 368); Venezuela tiene una figura básica con una pena de prisión de seis a dieciocho meses y se prevén agravantes específicas (art. 379); Ecuador tiene una figura básica con pena de tres años de prisión y agravantes que aumentan la pena (art. 509, 510, 511, 515); Francia sanciona el estupro con pena de prisión de tres años y multa de 45.000 Euros (art. 227-27). VILLADA, JORGE L., *Delitos sexuales y trata de personas. Concordado con legislación latinoamericana y europea*, 4ª ed. actualizada y ampliada, La Ley, Buenos Aires, 2021, p. 317 y ss.

³³ En adelante CCC.

³⁴ El artículo 26 del CCC expresa: “*la persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el*

ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona. Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico. A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo”.

³⁵ La obligación de protección especial respecto de las personas menores de edad, surge patente de la Convención de los Derechos de Niño (con jerarquía constitucional por el artículo 75 inciso 22 de la CN), del artículo 75 inciso 23 de la CN según el que el Congreso de la Nación debe legislar y promover medidas de acción positiva respecto de algunos sectores vulnerables entre los que se encuentra la

niñez, y de la ley nacional de protección integral de niñas, niños y adolescentes 26.061 y de la ley 12.967 de Santa Fe. Esta misma obligación está expresamente prevista en el artículo 19 de la CADH. En relación a la violencia sexual, los artículos 19 y 34 de la Convención de los Derechos del Niño obligan a los estados proteger la libertad e integridad sexual de las personas menores de edad.

³⁶ FIGARI, RUBÉN E., *Delitos sexuales*, 1ª ed., Buenos Aires Hammurabi, 2019, p. 178. El autor profundiza estas ideas en el artículo “A propósito del fallo V.C., W.N S/ abuso sexual a menor de trece años”, publicado el 22/5/2019 en www.rubenfigari.com.ar [20/3/2023]

³⁷ CIURO CALDANI, MIGUEL A., “*Perspectivas jusfilosóficas de la Bioética y la globalización*” en CIURO CALDANI, MIGUEL Á. (Dir.), NOVELLI, MARIANO H. (Ed.), *Revista de Investigación y docencia del Centro de Investigaciones en filosofía jurídica y filosofía social*, Nro. 42, UNR, Rosario, 2009, p. 29. LAMM, ELEONORA, “*Actualidad bioética del mundo*”, en GROSMAN CECILIA – LLOVERAS, NORA – KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA (DIRS.), SHERMAN, IDA (vicedir.), *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y jurisprudencia*, Ejemplar 82, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2017, p. 317.

³⁸ Así surge de los fundamentos del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, p.550. Véase http://www.saij.gob.ar/docs-f/ediciones/libros/codigo_civil_comercial.pdf [18.4.2023]

³⁹ PÉREZ HERNÁNDEZ, YOLINLIZTLI; *Scielo (Scientific Electronic Library Online)*, Rev. Mex. Sociol vol.78 no.4 Ciudad de México oct. /dic. 2016, https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So188-25032016000400741 [12/7/2023]

⁴⁰ La ley 27.610 en concordancia con la resolución 13535/2021 de Ministerio de Salud de la Nación y, en especial, con lo establecido en el protocolo anexo de ésta última. Véase el protocolo para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción voluntaria y legal del embarazo, p. 27 y ss. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/350000-354999/350362/res1535.pdf> [25/3/2023]

⁴¹ El artículo 5 de ley 26.743 establece para la rectificación registral del sexo y el cambio de nombre (artículo 4) así como el tratamiento y/o intervención se realizan a través de sus representantes legales y con expresa conformidad del menor. De acuerdo al artículo 11 de la misma ley prevé la intervención de la judicatura solo en caso de intervención quirúrgica total o parcial.

⁴² El delito de trata de personas sanciona a quienes intervienen en el tráfico de personas con fines de explotación sexual, laboral o de otra clase, agravándose la figura básica (artículo 145 bis del CP) cuando la explotación se consuma (artículo 145 ter penúltimo párrafo del CP). También en este sentido, ley nacional 26.364 sobre la prevención y sanción de la trata de personas y asistencia a sus víctimas y su modificatoria 26.842.

⁴³ El artículo 125 del CP dispone: “*el que promoviere o facilitare la corrupción de menores de dieciocho años, aunque mediare el consentimiento de la víctima será reprimido con reclusión o prisión de tres a diez años. La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando la víctima fuera menor de trece años. Cualquiera que fuese la edad de la víctima, la pena será de reclusión o prisión de diez a quince años, cuando mediare engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción, como también si el autor fuera ascendiente, cónyuge, hermano, tutor o persona conviviente o encargada de su educación o guarda*”.

⁴⁴ El artículo 127 del CP dispone: “*será reprimido con prisión de cuatro (4) a seis (6) años, el que explotare económicamente el ejercicio de la prostitución de una persona, aunque mediare el consentimiento de la víctima. La pena será de cinco (5) a diez (10) años de prisión, si concurriere*

alguna de las siguientes circunstancias: 1. Mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima. 2. El autor fuere ascendiente, descendiente, cónyuge, afín en línea recta, colateral o conviviente, tutor, curador, autoridad o ministro de cualquier culto reconocido o no, o encargado de la educación o de la guarda de la víctima. 3. El autor fuere funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria. Cuando la víctima fuere menor de dieciocho (18) años la pena será de diez (10) a quince (15) años de prisión”.

⁴⁵ El artículo 175 bis del CP establece: “*el que, aprovechando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de una persona le hiciere dar o prometer, en cualquier forma, para sí o para otro, intereses u otras ventajas pecuniarias evidentemente desproporcionadas con su prestación, u otorgar recaudos o garantías de carácter extorsivo, será reprimido con prisión de uno a tres años y con multa de pesos tres mil a pesos treinta mil. La misma pena será aplicable al que a sabiendas adquiriere, transfiriere o hiciere valer un crédito usurario. La pena de prisión será de tres a seis años, y la multa de pesos quince mil a pesos ciento cincuenta mil, si el autor fuere prestamista o comisionista usurario profesional o habitual*”.

⁴⁶ El artículo 332 del CCC expresa: “*puede demandarse la nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes explotando la necesidad, debilidad síquica o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación. Se presume, excepto prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones. Los cálculos deben hacerse según valores al tiempo del acto y la desproporción debe subsistir en el momento de la demanda. El afectado tiene opción para demandar la nulidad o un reajuste equitativo del convenio, pero la primera de estas acciones se debe transformar en acción de reajuste si éste es ofrecido por el demandado al contestar la demanda. Sólo el lesionado o sus herederos pueden ejercer la acción*”.

⁴⁷ El artículo 10 del CCC dispone: “*el ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización*”.



myf

294

**Dra. Karina
Di Rocco**

*Abogada egresada de la Universidad de la Marina
Mercante (UdeMM), maestranda en Sociología
Jurídica con orientación en Familia de la
Universidad Nacional de La Plata*



**Dra. Analía Daniela
Perrulli**

*Secretaria del Tribunal Colegiado de Familia
de la 3ª Nominación de Rosario.*

“Necesidad de nuevas políticas públicas con perspectiva de género y enfoque interseccional en materia de cuidados.”¹

Resumen

A partir del análisis de los datos que arroja la encuesta sobre el uso del tiempo realizada en Argentina por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC) en el año 2021, que evidencian que las mujeres destinan mucho más tiempo que los varones a tareas de cuidado no remuneradas, el presente trabajo tiene como objetivo resaltar la necesidad de que el Estado desarrolle políticas públicas en materia de cuidados diseñadas con perspectiva de género.

Es responsabilidad del Estado formular políticas públicas que consideren al deber de cuidado desde un enfoque de género a fin de derribar aquellos estereotipos patriarcales que impiden una igualdad material efectiva, ya que reproducen las diferencias estructurales entre varones y mujeres colocándolas a las mismas en una situación desventajosa.

Asimismo, y considerando lo planteado en la Mesa Interministerial De Po-

líticas De Cuidado (2020), el enfoque interseccional resulta trascendental a la hora abordar la temática planteada, puesto que el trabajo de cuidado no remunerado no sólo está distribuido desigualmente entre varones y mujeres sino también entre los distintos estratos socioeconómicos.

Palabras clave: valor económico del cuidado, perspectiva de género, políticas públicas, interseccionalidad.

Introducción

Las numerosas investigaciones sobre la institución familiar, sumadas a las herramientas de medición de uso del tiempo empleadas en la actualidad -Encuestas sobre el Uso del Tiempo y Trabajo No Remunerado-, permiten dar cuenta de manera empírica aquello que, si bien siempre existió, nunca fue conveniente visibilizar, esto es el hecho de que las mujeres tienen asignado -de manera histórica- el rol de cuidadoras.

Dicho rol es ejercido sin lugar a retribución económica alguna tanto dentro de su hogar -respecto de sus hijas/os y marido- como así también fuera del mismo -respecto a otros parientes no convivientes como puede ocurrir con sus progenitores, tías/os o hermanos- y hasta eventualmente, respecto a miembros de la familia de origen de su marido.

Como consecuencia de la situación descrita, las mujeres no solo trabajan de manera no remunerada dentro y/o fuera de su hogar, sino que cuando las mismas se encuentran insertas en el mercado laboral, su situación se traduce en que terminan trabajando el doble de jornada en comparación a los varones y, por tanto, siendo explotadas.

Como lo expresa Silvia Federici (2014), la histórica invisibilización de esta situación no es casual sino palpablemente causal de un sistema capitalista que se basa y robustece a partir de la devaluación del trabajo de cuidados, en miras de que la mujer no

solo reproduzca mano de obra que el capitalismo pueda explotar, sino que a su vez la misma elabore su tiempo en nombre del amor, explotando así también sus tareas de cuidado. Todo bajo el mismo fin, la acumulación de bienes del capitalismo.

En ese marco, a través de una socialización diferencial por género² -llevada a cabo mediante los diferentes agentes de socialización- se ha procurado no solo la afectación de la subjetividad de la sociedad sino la de las propias mujeres respecto de su desventajoso rol, estableciendo así una naturalización en la asignación de los roles de cuidado, todo bajo el lema de cuidar por amor a la familia, construyéndose a partir de esa idea los estereotipos sociales que determinan las características del ser buena madre, buena esposa, buena hija.

Resulta dable destacar que las tareas de cuidados asignadas por género deben ser observadas -y abordadas- a la luz de un enfoque interseccional³,

puesto que las investigaciones realizadas en esta temática evidencian un mayor impacto negativo en las mujeres pobres, toda vez que la situación de pobreza impide su inserción en el mercado laboral formal por no contar con los recursos necesarios para la posible delegación parcial de las tareas de cuidado de su propio hogar.

Asimismo, son importantes las contribuciones de la corriente de pensamiento conocida como “economía feminista” que, como explica Rodríguez Enríquez (2015), pone énfasis en la necesidad de incorporar las relaciones de género como una variable relevante en la explicación del funcionamiento de la economía, y de la diferente posición de los varones y las mujeres como agentes económicos y sujetos de las políticas económicas.

Todo lo expuesto, da cuenta de la existencia de una organización social del cuidado⁴ sumamente injusta, que afecta distintamente según género y clase, sustentada en una socializa-

ción intencionalmente diferencial que mediante la afectación de la subjetividad sostiene y fortalece un sistema capitalista y patriarcal.

Surgen entonces los siguientes interrogantes: ¿Es la pobreza un factor que obstaculiza el desarrollo personal de las mujeres que se enfrentan al imperativo social del deber de cuidado dentro de un sistema patriarcal? ¿Cuál es el rol del Estado? ¿Se observan cambios en las políticas públicas que directa o indirectamente inciden en el cuidado?

A partir de dichas preguntas nos planteamos como objetivos del presente trabajo los siguientes: 1.- Evidenciar -a partir del análisis del relevamiento de datos de las encuestas del INDEC sobre el uso del tiempo- la preocupante brecha que existe en relación a la distribución de tareas de cuidado de niñas y niños, y cómo ello guarda relación con la subjetividad de las propias mujeres sobre el ejercicio de dicho rol, producto de una intencional socialización diferencial por género; y 2.- Pro-

poner -en atención a la inexistencia de políticas públicas eficientes que logren revertir la desigualdad en términos de dedicación del tiempo de cuidados- la necesidad del diseño e implementación de nuevas Políticas Públicas con perspectiva de género y enfoque interseccional que, por un lado, sensibilicen a la sociedad sobre la equitativa distribución de roles de cuidados y, por el otro, promuevan el pleno desarrollo personal de las mujeres.

Utilidad de las Encuestas sobre el Uso del Tiempo y Trabajo no Remunerado

La utilización de las Encuestas sobre el Uso del Tiempo y Trabajo no Remunerado como insumo de la presente ponencia, nos permitirá visibilizar las desigualdades socioeconómicas y de género en el uso del tiempo, así como también dar cuenta de las falencias de las políticas públicas al respecto.

Consideramos que dichas encuestas

son importantes herramientas metodológicas de recolección de información que permiten medir las actividades que realizan las personas en un período y el tiempo que le destinan a cada una de ellas.

Entre los meses de octubre y diciembre de 2021, el INDEC junto a las direcciones provinciales de estadística (DPE) de todo el país llevaron a cabo la primera Encuesta Nacional de Uso del Tiempo (ENUT 2021), entre cuyos objetivos y más allá de dar a conocer, caracterizar y cuantificar el uso del tiempo y la participación de la población en las distintas formas de trabajo (diferenciándose entre trabajo en ocupación y trabajo no remunerado) se propuso visibilizar las desigualdades socioeconómicas y de género en el uso del tiempo y caracterizar a la población demandante de cuidado y el acceso a los servicios que lo brindan a través de instituciones responsables de proveerlos.

En la elaboración del presente trabajo, se tomaron los datos de los infor-

mes sobre Resultados Preliminares publicados en abril de 2022 y de Resultados Definitivos dados a conocer en octubre de 2022.

Del 100% de las mujeres encuestadas el 36,9% realiza trabajo en la ocupación y el 91,6% trabajo no remunerado. A diferencia de los varones que del 100% encuestado un 55,5% realiza trabajo en la ocupación (porcentaje mayor al de las mujeres) y un 73,9% realiza trabajo no remunerado (porcentaje menor al de las mujeres).

Adentrándonos en el análisis de los tipos de trabajo no remunerado, notamos que el mayor porcentaje de este tipo de trabajo lo constituye el desarrollo de actividades domésticas (79,9%), disminuyendo a menos de un tercio respecto de ellas el cuidado a miembros del hogar (25%) y siendo notablemente inferior el porcentaje de personas que dedican tiempo a tareas de apoyo a otros hogares y voluntariado (7,4%).

Al analizar la participación de las per-

sonas en los diferentes tipos de trabajo no remunerado se observan diferencias por sexo siendo mayor la participación de las mujeres respecto a la de los varones. Efectivamente, en el trabajo doméstico la actividad de las mujeres alcanza casi el 90%, mientras que entre los varones se ubica en el 68,3%. En relación con las tareas de cuidado, la participación de las mujeres supera el 30% mientras que la de los varones no llega a un 19%. Por último, en lo que respecta a actividades de apoyo a otros hogares y voluntariado, la participación de los varones (5,8%) representa unos dos tercios de la participación femenina (8,9%).

Si al análisis por sexo se incorpora la dimensión etaria, se puede observar que las diferencias entre las tasas de participación varían según el tipo de actividad productiva.

El grupo de adultos de ambos sexos entre 30 y 64 años son quienes alcanzan la mayor tasa de participación en el trabajo en ocupación, 71,4% corresponde

a los varones y 48,5% a las mujeres, observándose una brecha de 22,9 puntos porcentuales entre ambos sexos.

Al observar la participación del mismo grupo etario en trabajos no remunerados, notamos que el 95,7% de las mujeres realizan estos trabajos frente a una participación de un 76,7% de los varones.

Asimismo, entre los 30 y 64 años, se registran los mayores niveles de participación en las tareas de cuidado, actividad en la que participan en mayor medida las mujeres (37,7% frente a un 22,8% de los varones), y que genera una sobrecarga para ellas, al superponer las responsabilidades domésticas y de cuidado con la participación en la ocupación.

Finalmente, cabe considerar el impacto que produce en la participación en el trabajo en la ocupación y en el trabajo no remunerado, la presencia de personas que demandan cuidado en el hogar, es decir aquellas que necesitan

cuidado o ayuda para realizar las actividades básicas de la vida diaria.

Tal como se desprende de los resultados preliminares de la ENUT 2021 (2021), con relación al trabajo en la ocupación, se observa una mayor participación en los hogares sin demandantes de cuidado (47%) que en aquellos con demandantes (44,1%), situación que se invierte si se focaliza en el trabajo no remunerado, registrándose una tasa del 84,8% en hogares con demandantes de cuidado frente a una de 81,9% en hogares sin demandantes de cuidado.

Si consideramos el sexo, se observa que la participación de los varones no se ve afectada por la presencia o no de demandantes de cuidado, manteniéndose en torno al 55% en el trabajo en la ocupación y en torno al 74% en actividades no remuneradas. En cambio, la situación de las mujeres se modifica, bajando su participación en la ocupación del 39% al 34,2% y subiendo en el trabajo no remunerado del 90% al 93,8%. Asimismo, al interior de los hogares

con demandantes de cuidado, se registran diferencias según el tipo de población de que se trate. En los hogares con niñas y niños de hasta 13 años se observan los valores más altos con un alto componente de la carga doméstica, observándose que tanto varones como -principalmente- mujeres presentan porcentajes elevados de inserción en las distintas formas de trabajo, tanto en la ocupación (34,2% mujeres frente a 55,9% varones), como en las actividades no remuneradas (93,8% mujeres frente a 74,1% varones). En estas últimas, con una alta incidencia de tareas vinculadas al cuidado (66% para mujeres y 42,9% para varones) se evidencia que son las mujeres las principales responsables de proveerlas.

Sin perjuicio de las limitaciones que toda muestra estadística presenta, los datos aportados por la ENUT 2021 evidencian la fuerte feminización de las tareas de cuidado y las limitaciones que las mismas significan para las mujeres -principalmente en el rango etario en-

tre 30 y 64 años- en el desarrollo de actividades laborales o bien recreativas.

De acuerdo a los Resultados Definitivos publicados en octubre de 2022, la participación en las distintas actividades de trabajo varía de acuerdo con el sexo. En el trabajo en la ocupación, el porcentaje de varones que lo realiza (55,9%) supera al de las mujeres (37,7%). En cambio, las mujeres participan en el trabajo no remunerado en mayor proporción: el 91,7% realiza trabajo doméstico, de cuidado o de apoyo a otros hogares o voluntario, mientras que, en el caso de los varones, lo hace el 75,1%. El hecho de que una mayor proporción de mujeres realice trabajo no remunerado genera que su tasa de participación en el trabajo total sea superior a la de los varones (94,7% para las mujeres frente a 90,9% de los varones).

Las diferencias observadas entre varones y mujeres se mantienen a lo largo de la vida: en todos los grupos de edad, los varones participan en mayor pro-

porción y dedican más horas al trabajo en la ocupación que las mujeres, en tanto estas superan a los varones en el trabajo no remunerado. En las edades centrales es donde estas diferencias se observan de manera más marcada.

Asimismo, la ENUT 2021 mostró que 4 de cada 10 hogares del país tienen población que requiere cuidado y casi la totalidad (98,6%) de dichos hogares lo resuelve a través del trabajo no remunerado de una persona del propio hogar o de familiares que residen en otros hogares. Quienes pueden contratar servicios domésticos y de cuidado en el mercado (a través de su remuneración) representan a menos de 1 de cada 10 de los hogares que demandan cuidado (8,9%). El Estado y la comunidad presentan una muy baja incidencia en la provisión de servicios de cuidado.

La organización del cuidado y el rol de las mujeres en la economía

Lo evidenciado a través del análisis

sis de los resultados preliminares y definitivos de la ENUT 2021 en lo que respecta a la organización del cuidado a cargo de varones y mujeres, y como señala Lamm (2017) siguiendo a Rodríguez Enríquez y Pautassi, obedece a la concurrencia de diversos factores, tales como: la división sexual del trabajo, la naturalización de la capacidad de las mujeres para cuidar, los recorridos históricos de los regímenes de bienestar y las experiencias socio-económicamente estratificadas.

Es importante señalar que el trabajo no remunerado cumple un doble rol dentro del sistema económico: produciendo por un lado fuerza de trabajo materialmente (alimentándola y cuidándola) y simbólicamente (transmitiéndole valores esenciales para desempeñarse en sociedad); y garantizando por otro lado el bienestar efectivo de la población a partir de la realización de las tareas necesarias que median entre la adquisición de bienes y servicios y su consumo.

Como lo han expresado Esquivel, Faur y Jelin, citadas en el documento de trabajo INDEC n°30 (2020), el trabajo doméstico y de cuidados no remunerado emerge como una dimensión central del bienestar y del desarrollo humano que produce valor.

Corresponde resaltar en este punto, cómo la economía feminista -en contraposición a la teoría económica neoclásica dominante, cuya mirada está puesta en la reproducción del capital- se caracteriza por poner en el centro del análisis la sostenibilidad y reproducción de la vida, recogiendo los antiguos debates sobre el trabajo doméstico. Conforme señala Rodríguez Enríquez (2015) "la revitalización de este debate dentro del campo económico dio lugar a la promoción del concepto de economía del cuidado", el cual "refiere a todas las actividades y prácticas necesarias para la supervivencia cotidiana de las personas en la sociedad en que viven". Al asociarse la idea de cuidado a la economía, se pone énfasis en el valor

económico que aporta a la economía la tarea de cuidado.

Como expresa claramente Federici (2014), "el trabajo que la mayoría de mujeres hacen en el mundo, que es el trabajo reproductivo y doméstico, es ignorado. Y ese trabajo es la base del capitalismo porque es la forma en la que se reproducen los trabajadores. El trabajo de cuidados no es un trabajo por amor, es un trabajo para producir a los trabajadores para el capital... Si no hay reproducción, no hay producción".

Sin embargo, el mencionado valor económico de las tareas de cuidado sigue invisibilizado socialmente, dando lugar a un nuevo tipo de patriarcado en el cual las mujeres que tienen la posibilidad de trabajar fuera de sus hogares a cambio de una retribución económica, al persistir los valores y las estructuras sociales tradicionales, deben adaptarse a un régimen de trabajo asalariado que está construido pensando en el trabajo tradicional

masculino y por tanto, reproduciendo las palabras de Federici (2014), se conforma “un nuevo patriarcado en el que las mujeres deben ser dos cosas: productoras y reproductoras al mismo tiempo, una espiral que acaba consumiendo toda la vida de las mujeres.”

Lo expresado se traduce en una falta de autonomía genuina por parte de aquellas mujeres que han conseguido un trabajo asalariado, puesto que dicha situación no implica una mayor autonomía respecto a los hombres. Al interior de los hogares existe una división del trabajo no remunerado entre sus miembros, que de acuerdo a los datos aportados por la ENUT 2021 resulta asumido mayormente por las mujeres.

El trabajo remunerado de las mujeres fuera de los hogares ha cambiado las dinámicas en los hogares, pero en general no ha cambiado las relaciones entre hombres y mujeres, y señala Federici (2014) como muy importante que, “eso no ha cambiado las relaciones entre mujeres y capitalismo: porque aho-

ra las mujeres tienen dos trabajos y aún menos tiempo para, por ejemplo, luchar, participar en movimientos sociales o políticos.” Esa pobreza de tiempo es una de las múltiples dimensiones de la pobreza para la economía feminista, alejándose así de las concepciones estrictamente monetarias del enfoque económico dominante.

A partir de las consideraciones precedentes podemos comprender que, cuando se integra el trabajo de cuidado no remunerado en el análisis de las relaciones capitalistas de producción, se visibiliza la existencia de una transferencia de valor económico desde el ámbito doméstico hacia la acumulación de capital.

Enfoque interseccional

La interseccionalidad se origina como una crítica al hecho de que el feminismo -que mayoritariamente adoptaba una perspectiva blanca- no conseguía evidenciar la heterogenei-

dad interna de los grupos sociales que decía representar, toda vez que las realidades y reivindicaciones de las activistas negras no solo no estaban representadas, sino que no se derivaban de la simple superposición de lo planteado por parte del feminismo -blanco-. De esta manera, no se trataba de sumar sino de comprender que el cruce entre los ejes de género y raza producía realidades específicas.

En ese marco, la activista y teórica feminista negra Patricia Hill Collins (2002) conceptualiza los distintos ejes de opresión como entrelazados en una matriz, en cuyo marco las personas se constituyen en posiciones de poder diferentes y cambiantes. A partir de ello, pone énfasis en la interacción y la interdependencia entre líneas de opresión, y en la posibilidad de que las personas se encuentren en posiciones distintas de opresor y oprimido simultáneamente.

En atención a ello, y en concordancia

con lo planteado en la Mesa Interministerial De Políticas De Cuidado (2020), el enfoque interseccional resulta trascendental a la hora abordar la presente temática toda vez que el trabajo de cuidado no remunerado no sólo está distribuido desigualmente entre varones y mujeres, sino que también afecta distintamente según se intersecten -además de la condición de género- otros ejes de desigualdad⁵ tales como la clase, la etnia, la discapacidad, entre otras dimensiones identitarias.

En ese marco, sucede que mientras que las mujeres de los sectores de más bajos ingresos dedican ocho horas diarias al trabajo de cuidado no remunerado, las mujeres de los sectores más altos dedican sólo tres (Rodríguez Enríquez, 2014). Ello se traduce en que los hogares más pobres son los que presentan mayor tasa de dependencia (Perona y Schiavoni, 2018) y al mismo tiempo son los que tienen menos acceso a los servicios de cuidado (Faur y Pereyra, 2018).

Es por ello que, mientras que las mujeres de ingresos medios y altos pueden pagar para delegar las tareas de cuidado y usar ese tiempo para generar otros ingresos, las mujeres pobres no cuentan con opciones públicas para hacer lo mismo, limitando así tanto sus oportunidades económicas como su desarrollo personal.

El rol social asignado al cuidado y el claro correlato que ello presenta en las limitaciones para poder acceder al mercado laboral, cristalizan la falta de autonomía económica durante las distintas etapas de la vida de las mujeres -aquellas mujeres que no trabajan o que, en su defecto, lo hacen de manera intermitente y/o precarizada, verán afectados sus aportes previsionales y, por ende, peligrará su haber jubilatorio-.

Lo precedentemente mencionado, resulta no solo en que las mujeres dedican mayor cantidad de tiempo de sus vidas a tareas de cuidados no remuneradas, sino en el agravante de

que terminan padeciendo con mayor crudeza la pobreza. Según datos de la CEPAL, en 2018 en Argentina cada 100 varones que se encontraban en la pobreza existían 120 mujeres en la misma condición, acentuándose esta relación en el caso de la pobreza extrema.

Propuestas

Creemos que la forma en que es abordada la temática del cuidado por parte de las políticas públicas vigentes, refuerzan la desigualdad de género que descansa sobre una base patriarcal, erigiéndose así una masculinidad hegemónica que es construida en base a la idea de que determinados ámbitos son propios -y exclusivos- para varones, así como también lo son determinados comportamientos y roles.

Efectivamente y tal como señala Laura Pautassi (2007) el cuidado en sí mismo no ha sido objeto de atención por parte de la legislación y políticas pú-

blicas vigentes, sino que en general, se lo ha relacionado a responsabilidades asignadas culturalmente a las trabajadoras asalariadas – a fin de facilitar la inserción de las mujeres en el empleo remunerado con total prescindencia de la responsabilidad paterna o masculina-, o bien se lo tratado como parte de programas asistenciales desde el sistema educativo destinado a la niñez y juventud, y desde el sistema de salud para la mujer embarazada, la niñez y personas de la tercera edad.

Al no tratarse el tema del cuidado de manera autónoma, en toda su amplitud y complejidad, se refuerzan los patrones culturales destinados a producir y reproducir desigualdad que encuentran su origen en una socialización intencionalmente diferenciada por género que es llevada a cabo por los diferentes agentes como escuelas, clubes, iglesias, medios de comunicación, entre otros.

La complejidad del tema requiere redoblar esfuerzos a los fines de cons-

truir políticas públicas tendientes a transformar el concepto hegemónico de masculinidad. Tal transformación es imposible de ser llevada a cabo sin trabajar con los varones, tornándose necesaria la implementación de procesos destinados a concientizar a los varones sobre los privilegios que el patriarcado les ha permitido ostentar y sobre cómo ello es exclusivamente sostenido mediante la opresión de mujeres. Solo a partir de la sensibilización se pueden crear las condiciones que generen en la sociedad el compromiso de renunciar a los privilegios por género en pos de alcanzar una corresponsabilidad en materia de cuidados.

Por lo expuesto, consideramos que se debe incorporar en la agenda pública la inversión en campañas masivas de concientización -spots publicitarios, charlas TED/talleres en ámbitos donde los varones desarrollen sus actividades habituales, entre otros- que permitan crear condiciones para que los varones analicen sus roles en la di-

visión del trabajo de cuidado, identifiquen aquellos estereotipos de género incorporados desde la infancia, se interpelen sobre qué acciones desarrollan cotidianamente que favorecen la reproducción del actual sistema de organización del cuidado -injusto- y qué acciones podrían desarrollar tendientes a generar impacto en la materia.

Asimismo -y como ya se ha mencionado a lo largo de esta ponencia- en atención a que la feminización en materia de cuidados representa un “costo” en términos de tiempo y oportunidad para las mujeres -traduciéndose ello en limitaciones tanto en el acceso al mercado de trabajo como a la educación y a la participación política- es imprescindible una respuesta estatal que neutralice tal situación.

A partir de una concepción de responsabilidad social en materia de “cuidados”, proponemos el diseño e implementación de políticas públicas que contemplen el acceso por parte de mujeres y varones con responsa-

bilidades de cuidado hacia otras personas, de servicios de guarderías de infantes, acompañantes terapéuticos, espacios de recreación para personas mayores, residencias geriátricas, entre otros dispositivos, de carácter gratuito o económicamente accesibles según el caso. ■

CITAS

¹ Ponencia presentada en el XXII Congreso Nacional y XII Latinoamericano de Sociología Jurídica: la sociología jurídica entre la vida cotidiana y el acontecimiento, realizado en la ciudad de La Plata, 2022, Libro de Ponencias compilado por MARINA LANFRANCO, ABRIL QUINTANA THEA y ALEJANDRO BATISTA y DIRIGIDO por MANUELA G GONZALEZ y DANIELA ZAIKOSKI BISKAY Edit. FCJyS-UNLP. ISBN 978-950-34-2255-7.

² Proceso de aprendizaje iniciado en el momento del nacimiento y extendido a lo largo de toda la vida por medio de la interacción con otras personas que conduce a la crea-

ción de normas estereotipadas asignadas a la conducta de cada persona en referencia a su género.

³ Perspectiva que describe la posición social de los individuos como resultado de la interacción entre varios ejes de desigualdad.

⁴ Se refiere a la forma en que interrelacionadamente la familia, el Estado, el Mercado y las organizaciones comunitarias producen y distribuyen cuidados, se caracteriza por la diversidad de actores que participan y por ser una configuración dinámica donde no existen divisiones estancas sino más bien una continuidad de actividades, trabajos y responsabilidades (Faur, 2009; Rodríguez Enríquez, 2015)

⁵ Son factores que designan divisiones estructurales, a partir de las cuales se distribuyen de manera desigual los recursos sociales.

BIBLIOGRAFÍA

• COLLINS, PATRICIA HILL (2002). *Black feminist thought: Knowledge, consciousness, and the*

politics of empowerment. Routledge.

• Documento de trabajo INDEC N°30, Hacia una Encuesta Nacional sobre Uso del Tiempo y Trabajo No Remunerado, Junio - 2020, INDEC, publicada en www.indec.gob.ar.

• Encuesta Nacional de Uso del Tiempo (ENUT 2021) Resultados Preliminares, Abril -2022, INDEC, publicada en www.indec.gob.ar.

• Encuesta Nacional de Uso del Tiempo (ENUT 2021) Resultados Definitivos, Octubre - 2022, INDEC, publicada en www.indec.gob.ar.

• FEDERICI, SILVIA, *Es un engaño que el trabajo asalariado sea la clave para liberar a las mujeres*, 2014.

• LAMM, ELEONORA, "El valor económico del trabajo de cuidado en materia de alimentos. La importancia de la inclusión de la perspectiva de género en el Código Civil y Comercial", 2017, publicado en: Cita Online: AP/DOC/20/201.

• Mesa Interministerial de Políticas de Cuidado (2020).

JUSTICIA COMUNITARIA DE LAS PEQUEÑAS CAUSAS

myf

306





myf

307

**La justicia comunitaria
de las pequeñas causas.
Una justicia moderna
concebida antes de tiempo
en la Provincia de Santa Fe**



**Dra. María Eugelia
Chaperó**

*Jueza de la Cámara de Apelaciones en lo Civil,
Comercial y Laboral de Reconquista*



**Dra. Romina
Scaglia**

*Jueza Comunitaria de las Pequeñas Causas
de Granadero Baigorria*

myf

309

Introducción

América Latina, y por ende Argentina, se encuentra transitando un proceso de reforma a la Justicia Civil, con diferentes matices conforme las regiones, en pos de modernizar los sistemas judiciales, aun fuertemente anclados en la escritura colonial, en un intento de recoger las recomendaciones de los organismos internacionales y cumplir con los compromisos asumidos en materia de promoción del acceso a la Justicia.

En este proceso conviven una serie de debates centrándose especialmente en la elección del modelo procesal que deben asumir los nuevos sistemas judiciales civiles; en la necesidad de un expediente judicial, la forma de registro de las audiencias y su número; en el rol de la conciliación judicial y la incorporación de otros métodos de solución de conflictos al sistema; y en la separación de la función jurisdiccional de la gestión judicial. Encontramos avances en el fuero de familia, en el laboral y en

la justicia de proximidad con diferentes características según los países y los estados provinciales en las repúblicas federales, y conforme las costumbres locales y las influencias culturales, sea de los países del *common law* o del sistema europeo continental, como es el caso de nuestro país.¹

La provincia de Santa Fe ha sido pionera en materia de reforma a la justicia de proximidad, con una visión innovadora, creativa, garante del derecho de acceso a la Justicia y a la tutela judicial efectiva y ajustada a la realidad con la sanción de la ley 13.178 que incorporó el Procedimiento de las Pequeñas Causas al Código Procesal Civil y Comercial y modificó la Ley Orgánica del Poder Judicial. Profesionalizó la justicia comunitaria y amplió las competencias materiales y funcionales, dando lugar a una “judicatura ampliada” y reformulando la jurisdicción con la incorporación de la formulación legal a la justicia de equidad y de conciencia.²

Sin embargo, este avance legislativo

no ha tenido el correlato de un verdadero impacto en términos de respuesta del servicio de justicia de cercanía, debido a diferentes factores. Entendemos que a la par de la falta de atención con infraestructura y recursos suficientes en base a una distribución y diseño racional de cada unidad jurisdiccional comunitaria según la cantidad de habitantes, ha faltado un acompañamiento cierto en términos de capacitación y jerarquización del fuero. Y a doce años de la sanción de la ley 13.178 urgen modulaciones legislativas como son la ampliación del Jus³ y la eliminación de límites de competencia incomprensibles en un diseño de justicia de vecindad.⁴

Ejemplar modelo legislativo de designación

En la Provincia de Santa Fe, por mandato constitucional⁵, la designación de las juezas y jueces integrantes del Poder Judicial Provincial -ministros de la Corte Suprema, jueces de las

Cámaras de Apelaciones y jueces de primera instancia-, son designados por el Poder Ejecutivo con acuerdo de la Asamblea Legislativa. Por lo tanto, desde este marco constitucional, y sin ninguna ley provincial, la facultad del Ejecutivo para designar los jueces y juezas provinciales, puede ser ejercida sin ninguna restricción en términos de transparencia y asepsia del proceso de selección. Y, en este marco, el funcionamiento de un consejo de la magistratura, se erige como un órgano derivado de un acto de autolimitación del Ejecutivo en su facultad constitucional de designar los jueces de la provincia.

Sin embargo, en materia de selección de juezas y jueces comunitarios de la Provincia de Santa Fe, la ley 13.178⁶ además de equiparar el procedimiento constitucional de designación a los demás jueces provinciales -nombramiento por el Poder Ejecutivo con acuerdo de la Asamblea Legislativa- establece que: "La propuesta del Poder Ejecutivo debe provenir de

una selección a través de un concurso público de oposición, antecedentes y entrevista en la forma que éste reglamente. Del concurso, que deberá respetar **transparencia, publicidad, excelencia y celeridad**, surgirá una propuesta plural de hasta 3 (tres) postulantes que reúnan los mejores puntajes, siendo la terna que se eleve al Poder Ejecutivo **vinculante** en su composición, el que podrá apartarse de su orden de mérito en forma **fundada**".

Esta loable previsión legislativa, privativa para los jueces comunitarios, consagra a este fuero comunitario como el único fuero de la justicia provincial, cuyos juezas y jueces deben ser designados por expreso mandato legal, a través de un concurso que deberá respetar valores degradados en la actualidad como lo son la **transparencia, publicidad, excelencia y celeridad**, con saludables límites al poder ejecutivo en la etapa postulativa al establecer el carácter vinculante de la terna con los tres mejores puntajes, con carga de fundamentación expresa

para apartarse de tal orden de mérito.

Sin dudas, desde un anclaje democrático este modelo legal de concurso público establecido en nuestra Provincia para la justicia comunitaria jerarquiza a sus miembros y constituye una piedra basal en la construcción de una Justicia independiente y depositaria de confianza pública.

Propiciamos que este diseño legislativo efectivamente se cumpla en la justicia comunitaria y que revista de potencia expansiva de manera de que sus valores de transparencia, publicidad, excelencia y celeridad iluminen y sustenten los cambios necesarios en el proceso de selección actual de todos los jueces y juezas de la Provincia.

Proceso único oral por audiencias

El procedimiento de las pequeñas causas de la provincia de Santa Fe, incorporado por la Ley 13.178 al Código Pro-

cesal Civil y Comercial en los arts. 571 a 579 bis, innova en materia procesal al incluir **la mediación dentro del proceso judicial** y promueve muy especialmente **el acceso a Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad**. Con la flexibilización de las formas, la gratuidad del proceso, la auto-representación en juicio, la limitación de la legitimación activa de las personas jurídicas, entre otras cuestiones que lo caracterizan y distinguen del resto de procesos regulados en la norma procesal provincial, acerca la Justicia a las personas más desventajadas del sistema.

Su pauta rectora es la propensión a la **oralidad, simplicidad, informalidad, inmediatez, economía procesal y celeridad**. La demanda puede ser deducida oralmente, para lo cual, se prevé la utilización de formularios y su desarrollo consta de tres etapas, todas orales: la conciliatoria, con privilegio de la mediación, o en su defecto, la celebración de audiencia con fines conciliatorios; la etapa de juicio propiamente dicha, mediante la celebración

de audiencia de vista de causa, en la cual se contesta la demanda, se recibe la prueba y se practican los alegatos, y la resolutoria, con la adjudicación de la decisión por el órgano jurisdiccional.

El procedimiento, que debe ser considerado proceso porque comporta actuación jurisdiccional, recoge las recomendaciones y miradas de los organismos internacionales en pos de la mejora del sistema de justicia frente a una justicia actual todavía apegada a las formas, algo burocrática, e ineficiente en muchos casos, en términos de tiempo y costos del sistema. Este diseño del proceso comunitario avanza en la redefinición del concepto de justicia en una visión sistémica e innova en los procesos judiciales con modelos integradores, informales, gratuitos y cercanos, que remueven los obstáculos de hecho, culturales y económicos para el acceso generalizado a la Justicia.

Este proceso es un avance legislativo que debe ser reconocido y recogido como modelo de proceso por audien-

cias para la tan anhelada y reclamada reforma a la Justicia Civil en la provincia de Santa Fe, sin perjuicio de las limitaciones y especificidades propias de las pequeñas causas. Con la oralidad se limitan tiempos y costos, en términos de eficiencia, y se asegura la inmediatez, que comporta el contacto directo de las juezas y jueces con las partes y la producción de la prueba, y la publicidad, que permite el conocimiento de la ciudadanía del desenvolvimiento del órgano jurisdiccional durante todo el proceso, el control más efectivo sobre la prueba y la obtención de mejor información para la toma de decisiones. Por otra parte, permite a la ciudadanía la asunción de responsabilidad en la toma de sus propias decisiones, especialmente en la etapa conciliatoria, y el conocimiento de una "nueva justicia", y exige a los abogados y las abogadas la adopción de técnicas para el manejo de una comunicación más efectiva, tanto para la negociación asistida en la etapa conciliatoria, como para el desenvolvimiento de un rol más colaboracionista en la etapa

de juicio propiamente dicha.

Coincidimos con Jordi Nieva Fenoll en que deben abrirse los tribunales a la nueva realidad y nos sumamos con él a “pensar de nuevo” en una justicia más eficiente, cercana y humana. Y en ese pensar de nuevo, aparece ante nosotras el proceso de las pequeñas causas ante la justicia comunitaria santafesina, como un proceso simple, colaborativo y eficiente para una justicia de puertas abiertas a sus comunidades.

Rol de la Justicia Comunitaria

El rol que el Derecho y el proceso judicial cumplen en la sociedad ha sufrido transformaciones importantes. La variabilidad en las relaciones sociales, su complejidad y su dinamismo, impactan directamente en las instituciones jurídicas reclamando transformaciones. A todo ello debemos sumar el escenario de fragilidad social y económica reinante en nuestras comunidades y la pérdida de confianza,

y en algunos casos, el enojo ante una justicia lenta, ineficiente y lejana.

El escenario social debe ser reconocido y recogido por el Derecho y las instituciones jurídicas. Ya en los años setenta Mauro Cappelletti, el ilustre profesor de Florencia y Stanford, destacó la necesidad de abrir las ventanas de los edificios jurídicos a los condicionamientos del contexto y la importancia que reviste la dimensión social de los fenómenos jurídicos⁷. Por ello, debemos reconocer y destacar que la justicia comunitaria abre las puertas del Poder Judicial a las comunidades y recoge a diario los condicionamientos históricos, culturales y sociales, haciendo pie y acercando el Derecho a la gente.

Con una mirada empática, **trabajo sostenido, comprometido y abordaje en red e interdisciplinario de los conflictos**, la justicia comunitaria ha logrado reconocimiento y adhesión participativa de la gente que cree en ella y se sirve a diario de sus competencias. Ha

dado respuestas efectivas a las demandas de sus comunidades, a pesar de la escasez de recursos materiales y personales, y se halla en constante evolución en pos de ser una Justicia cercana, confiable, transparente y eficiente.

La **función social del proceso** ha sido recogida en la normativa y es desarrollada en la práctica por los jueces y juezas comunitarios, quienes con su rol positivo dentro y fuera del proceso, recrean la confianza en el Derecho y en el sistema de justicia, articulando su actuación con los otros poderes del Estado en pos de lograr una convivencia pacífica.

Es cierto que los jueces y juezas no pueden modificar el marco económico social que genera conflictividad, pero sí, y sobre todo, pueden mejorar muchos aspectos de la realidad judicial que sí está a su alcance, día a día, para contribuir a achicar la brecha (a veces abismo) entre ellos y las expectativas sociales⁸, debiendo destacarse el factor humano como motor

de dicha transformación por sobre el normativo y el científico tecnológico.

Ya hemos escrito suficiente, a modo de reclamo y protesta por la falta de respuesta a la necesidad de recursos suficientes y decisiones de política judicial para reconocer y acompañar a la justicia comunitaria santafesina. En este momento, queremos dar lugar a la esperanza porque entendemos y comprendemos que se debe abandonar la lógica derrotista y devaluada para dar paso a la mayoría de talentos, méritos y realizaciones de quienes, muchas veces silenciosamente, conjugan los verbos “hacer” y “dar” en la justicia comunitaria. Deseamos, contribuir, con este pequeño aporte y como integrantes del Poder Judicial Santafesino, a una transformación positiva del sistema de justicia, que reconozca y jerarquice a la justicia comunitaria.

Conclusiones

• La provincia de Santa Fe ha in-

novado en materia procesal civil al incorporar el proceso de pequeñas causas a la norma procesal, dotando a la justicia comunitaria de un proceso oral único.

• Los jueces y juezas comunitarios son jueces constitucionales, designados, por mandato legal único para el fuero comunitario, a través de un concurso que deberá respetar transparencia, publicidad, excelencia y celeridad.

• Se han ampliado las competencias jurisdiccionales de la justicia comunitaria, sin abandonar el modelo de justicia integrador.

• El proceso de pequeña causa previsto para la justicia comunitaria promueve el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad social y más desventajada de la sociedad.

• La función social del proceso ha sido recogida en la normativa local y es desarrollada en la práctica por los jueces y juezas comunitarios, quienes

con su rol positivo dentro y fuera del proceso, recrean la confianza en el Derecho y en el sistema de justicia, articulando su actuación con los otros poderes del Estado en pos de lograr una convivencia pacífica.

• Los jueces y juezas comunitarios batallan a diario la escasez de recursos personales, materiales y tecnológicos y la ausencia de decisiones y políticas que acompañen al fuero comunitario.

• **Es necesario el reconocimiento del trabajo cotidiano de la Justicia Comunitaria con una transformación positiva dentro y fuera del Poder Judicial provincial que jerarquice el fuero.**

• **Proponemos revisar las limitaciones en materia de competencia y el valor de la unidad Jus en pos de fortalecer esta justicia de proximidad y dotar de infraestructura y recursos suficientes en base a una distribución y diseño racional de cada unidad jurisdiccional comunitaria según la cantidad de habitantes, la ubicación**

geográfica y la conflictividad social.

Creemos que estos tiempos de cambios en los sistemas de justicia civiles tradicionales son una excelente oportunidad para poner el foco en esta justicia de proximidad y menor cuantía -primer eslabón en el sistema de justicia tradicional-, a través de una reflexión profunda acerca de la potencialidad aún inexplorada en términos de tutela judicial efectiva del fuero comunitario.

Y nobleza obliga, este escrutinio del fuero, no puede dejar de llevar luz, para resaltar, el trabajo cotidiano realizado con una mirada integradora, colaborativa, creativa, comprometida, articulada y humana de la Justicia. Compartimos esta mirada, y abogamos por su extensión. ■

REFERENCIAS

¹ RÍOS (2013), *“La oralidad en los procesos civiles en*

América Latina”. Centro de Estudios de Justicia de las Américas. Santiago de Chile, Chile.

² PAGLIANO Y GLINKA (2012), *“Justicia Comunitaria de las Pequeñas Causas de la Provincia de Santa Fe”*, Editorial Librería Cívica. Santa Fe, Argentina.

³ El art. 124 de la Ley 10.160 fija la competencia cuantitativa de la Justicia Comunitaria en 10 unidades Jus, estando a cargo del Máximo Tribunal Provincial la readecuación del valor de dicha unidad en razón de las variaciones de la realidad económica y las situaciones de los diferentes órganos jurisdiccionales del mapa judicial provincial. Sin perjuicio de que hasta la fecha no ha habido variación del valor de dicha unidad entre juzgados comunitarios, el valor ha sido actualizado para todo el fuero comunitario a \$ 5.000, conforme Acta N° 26 de fecha 22/8/23, es de decir que la Justicia Comunitaria es competente para el conocimiento de causas con contenido económico hasta la cifra de \$ 50.000.

⁴ El párrafo final del art. 123 de la Ley 10.160 consagra incompetencias materiales expre-

sas (juicios universales, desalojos, litigios sobre relaciones de familia, salvo violencia familiar y actos de jurisdicción voluntaria) y excluye de la competencia del fuero comunitario todo asunto que no sea apreciable en dinero, salvo lo dispuesto en el inciso 5°.

⁵ Art. 86 Constitución de Santa Fe: Los miembros de la Corte Suprema de Justicia, los vocales de las Cámaras de apelación y los jueces de primera instancia son designados por el Poder Ejecutivo con acuerdo de la Asamblea Legislativa. La ley determina la forma de designación de los jueces creados por ella.

⁶ Art. 7 que sustituye el Título VII de los Jueces Comunes de la Ley 10.160- Orgánica del Poder Judicial (T.O por Decreto N. 046/98) y sus modificatorias, el que quedará redactado del siguiente modo:
Designación. Art. 119 L.O.

⁷ MORELLO (2000) *“El derecho y nosotros”*, Librería Editora Platense, La Plata, Argentina.

⁸ SOSA (2005) *“Reingeniería Procesal”*, Librería Editora Platense, La Plata, Argentina.

**Ampliación de la legitimación
activa para reclamar deudas
de personas jurídicas
de carácter público o empresas
públicas del Estado ante
la Justicia Comunitaria**

A portrait of a woman with long dark hair, wearing a brown leather jacket over a black and orange patterned shirt. She is standing outdoors between two large tree trunks. In the background, a blue vehicle is visible. The image has a warm, golden-hour lighting.

myf

317

Dra. Marina
Vitantonio

*Jueza Comunitaria de Pequeñas Causas
de Ricardone*

Sumario: *La Corte Suprema de Justicia de Santa Fe falló ampliando la competencia para ejecutar multas de deudas del estado provincial ante los Juzgados Comunitarios de Pequeñas Causas dentro del límite de su competencia cuantitativa, posibilidad que solo poseían los municipios y comunas.*

Hasta el año 2011 en la Provincia de Santa Fe la denominada Justicia de cercanía estaba en cabeza de los antiguos Juzgados de Paz luego devenidos en Juzgados Comunes. Estos tribunales actuaban con un proceso en el que el Juez (que podía ser lego) actuaba como amigable componedor decidiendo según su leal saber y entender.

En mayo de 2006 los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial de la Provincia de Santa Fe—en forma conjunta—formalizaron el lanzamiento del que se denominó Plan Estratégico del Estado Provincial para la Justicia santafecina. El objetivo era, entre otros, “la modernización normativa de los

procesos judiciales para posibilitar un más sencillo e inmediato acceso de la comunidad a la Justicia” (sic). Dentro de este contexto en el mes de mayo del año 2011 se sancionó la ley 13.178 que convirtió los Juzgados Comunes en Juzgados Comunitarios de Pequeñas Causas.

La configuración del texto legal ha perfilado a la Justicia de Pequeñas Causas como un verdadero “fuero autónomo” dentro del concierto de la estructura judicial de la provincia¹. Y lo ha dotado de múltiples competencias materiales siendo su campo de actuación de fuero pleno ya que puede entender en cuestiones civiles, comerciales, laborales, de derecho agrario, intervenir en medidas urgentes en materia de violencia familiar y de género, adoptar medidas cautelares de materia ambiental, entre otras.

La reforma introducida por la mencionada ley asignó las principales competencias materiales en el ar-

tículo 123 de la ley 10.160. Allí, se dispuso en el inciso 11 que los Jueces Comunitarios son competentes para conocer y decidir acerca de las ejecuciones por deudas municipales o comunales.

Para precisar el alcance normativo de este inciso debemos analizar cuatro aspectos a saber, el sujeto activo, el sujeto pasivo, el objeto de la pretensión y el tipo de proceso.

De una interpretación literal del inciso en análisis se desprende que los sujetos aptos para interponer las ejecuciones descriptas son las Municipalidades y Comunas donde tiene asiento el Juzgado Comunitario. Dicho de otro modo, el estado municipal o comunal debe iniciar los apremios por deudas en la sede del Juzgado Comunitario que por competencia territorial le corresponda y dentro de la competencia cuantitativa de este fuero.

Este inciso es una excepción expresa a la regla general que establece que

las personas jurídicas no pueden ser parte actora en los procesos de pequeñas causas. Así, el último párrafo del artículo 123 ley 10.160 determina que carecen de competencia cuando sea parte una persona jurídica de carácter público o empresas públicas del Estado (salvo lo dispuesto en los incisos 1; 8 y 11).

Esta excepción –como las de los incisos 1 y 8– tienen razón de ser en virtud de la intención estructural que tuvo la creación del fuero comunitario en Santa Fe que fue la de acercar el acceso a la justicia al ciudadano y darle la posibilidad al estado de perseguir sus acreencias dentro de su jurisdicción territorial y en un proceso gratuito.

En relación al sujeto pasivo será aquel que tenga una deuda con el estado municipal o comunal.

El inciso en análisis habla de ejecución de deudas, por lo que una interpretación razonada arroja la conclu-

sión que el objeto de la pretensión debe ser una deuda que genere título ejecutivo. Los Municipios y Comunas solo podrán ejecutar deudas ante el Juzgado de su localidad si las mismas traen aparejada ejecución según la ley de fondo y para lo cual deberán emitir título ejecutivo válido. Cualquier otro tipo de deuda es ajena a este inciso.

Finalmente, refiriéndonos al tipo de proceso, se indica que es ejecutivo, por lo cual la tramitación mediante el procedimiento establecido en los artículos 571 y siguientes del Código Procesal Civil y Comercial debe respetar esa naturaleza, de lo contrario se estaría subvirtiendo el carácter del título de deuda (que se lo otorga la ley de fondo) por aplicación de un proceso de tipo ordinario.

La vigencia de este inciso se mantuvo con esta interpretación durante 10 años. En el año 2021 la Excma. Corte Suprema de Justicia de Santa Fe tuvo oportunidad de expedir-

se sobre la correcta tésis de esta competencia manteniendo algunos aspectos y ampliando su espectro de acción en otros.

Así, el 9 de noviembre de 2021 se dictaron una serie de fallos que tuvo como parte actora al Comité de Cuenca Canal Principal Sastre y que permitió al máximo tribunal provincial expedirse sobre esta materia². Similares cuestiones fueron debatidas y resueltas en última instancia el 5 de mayo de 2022.

En relación al sujeto activo que queda comprendido en la competencia del inciso 11 del artículo 123 sentenció que “si bien es cierto que el último párrafo del artículo 123 de la ley 10160 dispone que la Justicia Comunitaria carece de competencia para entender en causas cuando sea parte una persona jurídica de carácter público o empresas públicas del Estado, hace una salvedad cuando se trata de los supuestos contemplados en los incisos 1, 8 y 11 de la mis-

ma norma, otorgándole el inciso 11 competencia a los Juzgados Comunitarios para conocer y decidir acerca de las ejecuciones por deudas municipales o comunales, y en razón de ello, es razonable considerar que si el precepto legal permite, como máximo, intervenir a la Justicia Comunitaria en procesos ejecutivos iniciados por Municipios y Comunas, también puede intervenir en ejecuciones promovidas, por ejemplo, por los Comités de Cuenca, puesto que -más allá de la mala técnica legislativa del artículo en cuestión-, no tendría sentido asignarle competencia a esos tribunales para resolver únicamente ejecuciones de municipios o comunas y excluirla del resto de procesos de ese tipo promovidos por las demás personas de derecho público de la Provincia”³.

En este mismo orden de ideas ratificó la competencia cuantitativa para actuar en la justicia comunitaria si- gue siendo la asignada por ley. Para así decidir expresó que hay que te-

ner en cuenta el monto pretendido en la demanda, más sus intereses desde la fecha de liquidación de deuda hasta la interposición de la demanda (artículo 3, inciso a del Código Procesal Civil y Comercial) y si este no supera el monto establecido para la Justicia Comunitaria de las Pequeñas Causas (según Acta Acuerdo de esta Corte, Nro. 18, punto 11, del 23.6.2020, vigente a partir del 29.6.2020), de acuerdo a lo establecido en los artículos 123, inciso 7) y 124 de la ley 10160, corresponde asignar la competencia para entender al Juzgado Comunitario de las Pequeñas Causas⁴.

Con estas decisiones el Tribunal Cí- mero amplió notablemente los sujetos que deben litigar ante los estrados de los Juzgados Comunitarios y mantuvo las pautas de asignación cuantitativa.

Si bien la fundamentación del fallo no es muy extensa no por eso deja de ser contundente. La Corte Provincial con

su interpretación determinó que todos los entes públicos estatales centralizados o descentralizados deben perseguir sus deudas en el fuero comunitario. Y esta interpretación cumple con los lineamientos internacionales que son obligatorios en cuanto a garantizar el acceso a la justicia y a interpretar las normas con un principio *pro homine*.

Esta decisión es a todas luces acertada y conlleva que todos los entes públicos provinciales y municipales que emitan títulos ejecutivos de deuda deban ejecutarlos por ante los Juzgados comunitarios cuando el monto esté alcanzado por el asignado a la justicia comunitaria.

Es variado el elenco de posibilidades que trae esta norma. A modo de ejemplo podemos citar: multas impuestas por el Ministerio de Trabajo; deudas por obligaciones fiscales Administración Provincial de Impuestos; multas de la Agencia Provincial de Seguridad vial; entre otras.

Esto le va a permitir al deudor poder litigar en un juzgado que está en su domicilio o a donde se encuentra el bien involucrado.

También, es dable recordar que el Proceso dentro de los Juzgados de Pequeñas Causas goza del beneficio de gratuidad –sin perjuicio de las costas y los honorarios de los profesionales del derecho intervinientes– lo que hace que el estado tenga menos gastos a la hora de litigar y el deudor pueda saldar sus acreencias con un menor costo de tramitación.

Los beneficios que le trajo aparejado al estado municipal y comunal la posibilidad de perseguir deudas dentro de un tribunal asentado en su localidad ya fueron analizados por colegas de este fuero⁵. La tasa de recupero de las deudas creció notablemente al poder el deudor presentarse en su localidad, sin gastos de proceso y en juicio que comienza con una instancia de conciliación o mediación que permite que el ejecutor converse con

el deudor pudiendo llegar a un convenio de pago, que en los procesos tramitados en juzgados de circuito o distrito no se verifica.

Es dable pensar que las ventajas que se han dado para estado municipal y comunal se replicaran para el estado central provincial y para los deudores de dicho ente público.

Creemos que la interpretación extensiva que hizo la Corte Suprema de Santa Fe es respetuosa de los documentos internacionales de aplicación obligatoria para todos los operadores jurídicos, acertada procesalmente ya que deja sin efecto una limitación a todas luces cuestionable y beneficiosa para ambas partes del proceso. ■

CITAS

¹ VITANTONIO, N. J. R., Epílogo en “Manual de Justicia Comunitaria Santafesina”, pág. 415,

Nova Tesis, Rosario, 2021.

² Comité de cuenca canal principal Sastre c/ BERTA, SARA a.E.P. -Apremios- s/ competencia”, corte suprema de justicia; 09/11/2021; Fuente Propia; 919/21.

“Comité de Cuenca Canal principal Sastre c/ RIBODINO, OSCAR RICARDO -Apremios- s/ competencia”, Corte Suprema de Justicia; 09/11/2021; fuente propia; 920/21

“Comité de Cuenca Canal principal Sastre c/ GIAIME, HIDELMO Oreste -Apremios- s/ competencia”, Corte Suprema de Justicia; 09/11/2021; Fuente Propia; 921/21.

Acuerdos con similar contenido se encuentra al Tomo 312, página inicio 468; 312:487; 312:473; 317:371; 371:373; 317:375.

³ T. 317 PS. 373/374 CSJSF Comité de Cuenca Principal Sastre C. MACHIERALDO, AQUILES E. H. -Apremios- (CUIJ 21-24393778-4) sobre COMPETENCIA” (Expte. C.S.J. CUIJ: 21-24393778-4).

⁴ T. 312 PS. 483/487.

⁵ Ver “Manual de Justicia Comunitaria Santafesina”, pág. 153, Nova Tesis, Rosario 2021.

La función preventiva en los Juzgados de pequeñas causas de la Provincia de Santa Fe

myf

322

A portrait of Dr. Luciano E. Battcock, a middle-aged man with light brown hair, wearing a dark blue suit jacket, a white collared shirt, and a dark tie. He is standing in a well-lit, modern interior space, possibly a hallway or office, with a blurred background showing other people and architectural details. The lighting is warm and focused on the subject.

Dr. Luciano E.
Battcock

*Juez Comunitario de Pequeñas
Causas de San Jerónimo Sud*

myf

323

Introducción

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido, reiteradamente, el “deber de no causar un daño no justificado”, en base a lo establecido por el artículo 19 Constitución Nacional ligándolo centralmente “a la idea de reparación. Así lo encontramos en los casos “Santa Coloma”¹, “Aquino”², “Díaz, Timoteo”³, entre muchos otros”⁴.

La constitucionalización del Derecho Privado, a partir de la reforma de 1994, en sus diversas vertientes, ha implicado un cambio de paradigma⁵ que proyecta sus efectos en amplios sectores de nuestro mundo jurídico, entre ellos en la prevención del daño injusto y su concepción.

Los artículos 28 y 75 inciso 22 de nuestra Carta Magna y los artículos 5, 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, receptan los principios de Acceso a Justicia y Tutela Judicial efectiva, requiriendo la

adopción de decisiones razonables, adecuadas y temporales conformes las características de cada caso.

Ello en determinadas circunstancias exige el despacho de medidas cautelares urgentes o inmediatas o de anticipación de sentencias (con la exigencia o no de contracautela).

El no hacerlo implica omitir la tutela debida y negar salvaguarda a Derechos Fundamentales. Cabe resaltar que los Jueces Comunitarios no son ajenos al deber de realizar el control de Constitucionalidad y Convencionalidad inherente a su función.

Si bien no es un instituto novel⁶, la incorporación legislativa de la función preventiva genérica (artículos 1710 a 1715 CCyCN), reclamada arduamente por la Doctrina autoral, ha zanjado el debate sobre su procedencia, alentando una serie de reflexiones y posibilidades acerca de su empleo en los diversos ámbitos del Derecho.

Me parece interesante examinar su aplicación en el campo de las Pequeñas Causas, en función de que estos Juzgados han sido ideados como espacios de proximidad, idóneos por su descentralización geográfica, cuyos aspectos preventivos contribuyen a desincentivar la agudización de los conflictos a fin de preservar o recuperar la paz comunitaria⁷.

Estos órganos jurisdiccionales de cercanía, a su vez, receptan un proceso ágil y breve (art. 571 y ss. CPC), donde se realizan principios como la simplicidad, gratuidad e inmediatez, dando realidad a esa tutela especial diferenciada que reiteradamente reclama la Doctrina.⁸

Se dice que hay un nuevo paradigma sobre el rol del juez que muchos circunscriben a la denominada corriente del activismo judicial.

Será el magistrado interviniente quien deberá sopesar –de acuerdo a las singularidades fácticas– y dise-

ñar las medidas (de hacer o no hacer) más convenientes, menos dañosas y a la vez eficaces conforme el propósito a tutelar.

La decisión preventiva demanda un juez creativo, puesto que no existen soluciones estandarizadas a aplicar, exigiendo en su implementación pensar esquemas de acción que la hagan operativa, pudiendo en su materialización ser modificada o reemplazada si no cumple con la finalidad perseguida.

No nos vamos a detener en describir las particularidades de cada instituto por exceder la finalidad del presente trabajo.

Ámbito de aplicación

Si bien ha devenido central en el Derecho de Daños, la función preventiva, sin embargo, se extiende mucho más a lo previsto para el área de la Responsabilidad Civil (Sección 2ª -

artículos 1710 a 1715 del CCyCN).

Se ha superado, afortunadamente, la tesis que justificaba la intervención del Derecho tan solo a partir de la producción del daño y ese enfoque reduccionista que sostenía que la función preventiva solo aplica a alguna rama del Derecho pero no a las demás⁹.

Los Juzgados de Pequeñas Causas¹⁰ están en condiciones de adoptar algunos de los mecanismos de tutela que describiremos a continuación, siempre y cuando nos encontremos frente a la amenaza de un daño o cuando se persiga evitar el agravamiento del aquél que se venga ocasionando (art. 1710 CCyCN).

Algunos apuntes acerca de su materialización

Las medidas preventivas –en este sector del Derecho– se pueden instrumentar a través de diversas vías:

como acción autónoma, provisional o definitiva, (art. 1711 CCyCN), cautelares clásicas, cautelar innovativa o prohibición de innovar (arts. 289 y 574 bis CPC, art. 66 L.C.T.), anticipo de tutela provisorios (art. 551 CCyCN) o definitivos¹¹ y como autosatisfactiva (art. 5 ley 11.529).

En rigor –según Krieger¹²– la pretensión preventiva no debe ser confundida con las medidas cautelares, porque estas exigen ciertos presupuestos de admisibilidad que no aplican para aquella de manera absoluta, en función de los propósitos divergentes que ambas persiguen.

Ello es algo que aún en muchos casos no se diferencia, acotando el margen de dicha figura.¹³

“...La acción de prevención, también conocida como tutela inhibitoria, puede consistir en una medida cautelar o definitiva y tramitar en un proceso autónomo o accesorio de otra pretensión”¹⁴

Otro rasgo destacable en la operatividad de la prevención –que ha generado debate en parte de la Doctrina– es la denominada “flexibilización del principio de congruencia”, en tanto se admite ordenar medidas independientemente de lo peticionado por las partes.

Nuestro máximo Tribunal nacional ha dicho que dicho principio no es inmutable y que puede ser flexibilizado en pos del resguardo de valores superiores¹⁵.

La prevención en los Juzgados de Pequeñas Causas

En el marco de la competencia de los Juzgados de Pequeñas Causas, entendemos que los mecanismos preventivos que se indican pueden ser aplicados –sin pretender ser exhaustivo en agotar el catálogo de posibilidades– en un conjunto amplio de supuestos:

a) En materia cautelar

En los casos donde se despachen me-

das cautelares en cualquier de sus variantes clásicas¹⁶, incluida la prohibición de no innovar y la cautelar innovativa (cfme. art. 289 y 574 bis Cód. Proc. Civ y Com. Sta. Fe)

b) En materia de niñez (123 inc. 2 L.O.P.J.)

Resulta adecuado para garantizar el “interés superior del niño”, por ejemplo, arbitrar tutelas judiciales preventivas cuando se constate –en supuestos de urgencia– vulneración de sus derechos personalísimos (integridad físico-psíquica, salud, imagen, etc.)¹⁷.

Además, los Juzgados de Pequeñas Causas intervienen en esquemas preventivos, a partir de su participación en el primer nivel de intervención local, interdisciplinariamente, en función de lo prescripto por ley provincial nro. 12.967 y nacional nro. 26.061.

c) En Controversias de convivencia (art. 123, inc. 5 L.O.P.J.)

c.1. Inmisiones

La tutela preventiva deviene idónea

para ser aplicada, merced al principio precautorio, al daño ambiental general¹⁸ y en igual forma se pueden hacer extensiva a las inmisiones como especie particular de aquel.

El actual artículo 1973 CCyCN (ex 2618), considerado desde un criterio amplio, actúa a modo de marco de prevención al daño ambiental particular.

*“...la acción fundada en el art. 1973, no solo debe tenerse en cuenta el caso del vecino afectado individualmente, sino también el conflicto que genera el daño ambiental y que compromete el desarrollo de las futuras generaciones. En este último caso, el bien jurídico tutelado resultaría el ambiente sano, y no es individual la amenaza o el perjuicio a titulares de derechos humanos como la vida, la salud y el medio ambiente, todos ellos con rango constitucional...”*¹⁹

c.2. Límites al Dominio

De igual manera, se podría disponer

la cobertura preventiva, tendiente a evitar que se agrave el daño ya provocado a unos de los vecinos por parte de otro que ha alterado el curso natural de las aguas, prescribiendo por ejemplo que se deshaga la obra o los obstáculos que han provocado tal alteración o que se construya algún otro tipo de obra defensiva o se reconstruyan las afectadas (art. 1975 CCyCN).

O en supuesto de árboles, arbustos y plantas que causen molestias que excedan la normal tolerancia entre vecinos (art. 1982 CCyCN).

d) En materia de Propiedad Horizontal (art. 123 inc. 6)

Merced a un proceso de recodificación²⁰, la regulación de la Propiedad Horizontal ha sido introducida en el ordenamiento civil, derogando la ley especial 13.512 aunque reproduciendo en gran medida sus disposiciones.

Del dialogo armónico de los artículos 2047 y 2069 del CCyCN (que su-

plantan los arts. 6 y 15 ley 13.512) se habilita al consorcio o al particular afectado un conjunto de acciones de carácter preventivo.

Así, por ejemplo, se podrá ordenar el cese inmediato de cualquier acto que transgreda lo estatuido por el artículo 2047. E incluso, en caso de ser el infractor un ocupante tenedor, y ante conductas sancionadas judicialmente de manera reiterada, se lo podrá desalojar.

La Doctrina especializada es coincidente que tales mandatos podrían ser encausados bajo el ropaje de una medida autosatisfactiva a fin de hacer cesar –de manera inmediata– la conducta dañosa²¹.

e) En asuntos Civiles y Comerciales (123 inc. 7 L.O.P.J.)

En atención a la redacción amplia que el legislador ha dado a la norma, se pueden enumerar los siguientes casos:

e.1. Afectación de Derechos perso-

nalísimos

Marinoni sostiene que la tutela preventiva tiene en miras actuar no a partir del hecho dañoso sino en miras a verificar la probabilidad del ilícito civil²²

Adoptar tal perspectiva abre un amplio espectro de situaciones que permiten ser abordadas, especialmente en materia de Derechos Personalísimos²³

Así, por ejemplo, cabe considerar el artículo 52 del CCyCN²⁴. Toda vez que si bien se trata de materia extrapatrimonial²⁵ implica la salvaguarda de valores superiores de difícil o imposible reparación posterior o que requieren una protección de urgencia.

En lo atinente al resguardo del Derecho a la intimidad (art. 1770 CCyCN), en todos aquellos casos no yuxtapuestos con las leyes provinciales 12.987, 11.529 y 13.378.

La Doctrina, por otro lado, admite la

posibilidad de prevención en los casos encuadrables en los abusos de Derecho (artículo 10 CCyCN), o incluso al recepcionar peticiones sustentadas en la tutela anticipatoria del art. 1031 del CCyCN., o en aquellas que den lugar a discusión en torno al art. 1032.

En verdad, las tutelas preventivas previstas por el artículo 1713 como las mencionadas precedentemente auspician un amplio margen de discrecionalidad a los jueces, receptando a mi modo de ver despliegues de la jurisdicción de Equidad.²⁶, más allá de que no existe un mandato legal explicito que la señale.

f) En materia de Protección al Consumidor (art. 123 inc. 8 L.O.P.J.)

Sostiene Peyrano que la acción preventiva ha sido expresamente receptada en el artículo 52 de la ley 24.240²⁷

Por tanto, se podría ordenar preventivamente su protección cuando el

usuario o consumidor se encuentre en una situación donde se vean amenazados sus derechos, si bien en la medida que tal requerimiento se en-derece de manera individual, es decir excluyendo las acciones colectivas que prevé el tercer párrafo de la misma norma.

De igual modo, frente a situaciones que exijan hacer cesar publicidad ilícita (1102 CCyCN).

La aplicación del daño punitivo (52 bis Ley de Defensa del Consumidor), es otra figura apta para disuadir al proveedor²⁸, o las astreintes (artículo 804 CCyCN) que tienden a efectivizar el cumplimiento de una resolución judicial, impidiendo que se agrave el perjuicio para el acreedor.

Esta rama del Derecho ofrece un innumerable conjunto de situaciones donde se podría despachar tutelas preventivas, especialmente donde emergen obligaciones de hacer a cargo del proveedor.

“..Se afirma con acierto que en materia de protección del consumidor el acento se debe poner en la tutela preventiva como así también en la búsqueda de soluciones ágiles y expeditivas. De ahí que en el Derecho Comparado existan los llamados tribunales de pequeñas causas o pequeña cuantía.”²⁹

Vázquez Ferreya, cita varios ejemplos, electrodoméstico de origen extranjero que ha sido adquirido por un consumidor local y no cuenta con el correspondiente manual de instrucciones en idioma nacional (artículo 6 Ley de Defensa del Consumidor) o cuando el responsable del deber de garantía pretende evadirse de los costos del flete (artículo 11 Ley de Defensa del Consumidor).

O frente a una disminución gravosa de tensión por parte de la concesionaria del servicio eléctrico que termina afectando a los artefactos domésticos.

g) En Materia Laboral (art. 123 inc. 9 L.O.P.J.)

Según Vitantonio³⁰, existen controversias en la órbita laboral que pueden ser gestionados por los Juzgados de Pequeñas Causas, en la medida que el trabajador se incline por esta opción.

Así, para hacer cumplir el artículo 4 de la ley de Teletrabajo nro. 27.555, que establece la constitución por escrito de la jornada de trabajo y el empleador incumpla dicho requisito.

Según el expositor, se podrá disponer la Prohibición de no innovar, o, incluso, actuar como órgano revisor cuando exista impugnaciones de sanciones en base a los artículos 67 y 68 de la Ley de Contrato de Trabajo³¹, o ante la inobservancia por parte de la patronal de la entrega del certificado de aportes y contribuciones (artículo 8o Ley de Contrato de Trabajo).

Se afirma la posibilidad de obtener por parte del trabajador las constan-

cias de servicios y de aporte al sistema de la seguridad social frente al empleador que se muestra remiso a hacerlo voluntariamente, a través de un requerimiento autosatisfactivo en-derizado a obtenerlo judicialmente³².

Resulta válido, según Sedita, despachar autosatisfactivas en aquellos conflictos donde se encuentre en discusión obligaciones de hacer o no hacer, por ejemplo, en todo lo atiente al “Deber de Seguridad” que pesa sobre el empleador según lo estipulado por la Ley de Riesgo de Trabajo nro. 24.557 o el artículo 75 Ley de Contrato de Trabajo.³³

Por caso, cuando no se provee a los operarios de determinado equipamiento como ser cascos, arneses, guantes, tapones auditivos, etc.

h) En materia de Violencia Familiar (art. 123 inc. 12 ley provincial 10.160) y Violencia de Género (Ley Provincial 13.348)

Se admite la intervención de estos

Juzgados en el despacho de medidas urgentes previstas por el artículo 5 de la ley 11.529 y del artículo 26 de la 13.348 –sin perjuicio de la ley 12.967 cuando corresponda– sean éstas en algunos casos, de tutela preventiva provisional o autosatisfactivas que se agotan en sí mismas.

Existen pronunciamientos que recepcionando, en mi opinión acertadamente y a despecho de la prohibición legal de artículo 123 in fine, la Convención de Naciones Unidas sobre eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer (CEDAW) y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer, han ordenado la tutela anticipada suprimiendo publicaciones de imágenes agraviantes en redes sociales, eliminado los usuarios vinculados a las mismas.³⁴

Por otro lado, se ha reconocido a los Jueces la posibilidad de acudir al instituto: del mandato preventivo³⁵,

el cual según Peyrano refiere a un proceso autónomo, independiente del primigeniamente incoado, susceptible de impugnación a través de toda la batería recursiva.

Así, en la causa Carrizo³⁶ la Suprema Corte de Buenos Aires consolidó esta figura y sus contornos. Pese a rechazarse la demanda principal se terminó ratificando el mandato preventivo ordenado a través de una cautelar innovativa.

Incompetencia en relación a la cuantía y la tensión entre Regla y Principio³⁷

El artículo 123 in fine de la 10.160 –reformado³⁸ con anterioridad a la vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación–, establece determinadas pautas de incompetencia de los Juzgados de Pequeñas Causas por razón de la cuantía, a excepción de los conflictos de convivencia entre vecinos (inc. 5).

Esta regla, tomada literalmente desde una óptica estrictamente exegética, actúa como un auténtico valladar en cuanto impide el entendimiento en todas aquellas actuaciones sin contenido económico, restringiendo notablemente, sin justificación aparente alguna³⁹, el rol de estos Juzgados, por caso en varios de los ejemplos previamente mencionados.

Frente a dicha postura, a la cual no adhiero, obran otras líneas de interpretación:

1) Aquellas que, incluso, desde una mirada positivista, destacan relaciones de interdependencia intrasistémica. Así, se sostiene que más allá del límite por valor, el Juzgado de Pequeñas Causas puede entender en materia específicamente asignada en la competencia material, puesto que “ley especial deroga ley general”⁴⁰, o porque prevalece la competencia material sobre la cuantitativa.

Tal tesis resulta idónea para habilitar

–vía analogía– el reenvío a otros incisos de la norma, más allá del explicitado por el legislador (por ejemplo los incisos 6, 7,8 y 9 del artículo 123 ley 10.160).

2) Aquellas que receptan el paradigma Neoconstitucional⁴¹ –integrado en nuestro régimen de Derecho Privado–, el cual reconoce junto al mandato legal otras fuentes jurídicas, entre ellos los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y los Principios Generales del Derecho (artículos 1 y 2 CCyCN).

Estos internalizan principios rectores del Fuero como el Acceso a Justicia y la Tutela Judicial Efectiva⁴² (artículo 5 CADH), debiendo primar los compromisos de Derecho Internacional incluidos en el Bloque de Constitucionalidad (artículo 75 inciso 22 Const. Nac.) sobre la regla provincial de carácter interno.

Ahora bien, dicho impedimento – por otra parte– pareciera circunscribirse

a las obligaciones de dar, motivo por el cual no debe ser extrapolado (no cabe prohibir lo que el legislador no ha previsto) a obligaciones de otra estirpe, me refiero a las obligaciones de hacer o de no hacer.

No obstante la incompetencia legal señalada, se verifican precedentes en la jurisprudencia comunitaria donde, por caso, se han fijado alimentos –si bien provisoriamente– como supuesto de tutela anticipada⁴³ conforme artículo 544 CC y CN⁴⁴.

En síntesis, la función preventiva pretende tutelar la vigencia de los Derechos Fundamentales, reaccionando ante la mera amenaza de su quebrantamiento.

Los Juzgados de Pequeña Causas desempeñan un rol vital en esa misión tuitiva y pueden encontrar en los mecanismos de prevención reseñados herramientas eficaces para adjudicar Justicia en tiempos razonables, especialmente en aquellas personas

que requieren mayores niveles de protección ante diferentes modalidades de vulnerabilidad⁴⁵. ■

CITAS

¹ Fallos, 308:1160.

² Fallos 327:3753.

³ Fallos 329:473.

⁴ DI PIETRO, A., Url: <https://abogados.com.ar/sobre-el-principio-alterum-non-laedere/19508>.

⁵ En el sentido que le otorga THOMAS KUHN en su obra *“La estructura de las revoluciones científicas”*, SANTOS SOLÍS, C. (Trad.), Fondo de Cultura Económica, 2° ed., México, 2004.

⁶ La función preventiva, según diversos autores, estaba ya presente en el Código Civil, si bien de manera dispersa, en los arts. 1071 bis, 2499, 2618, 2800, 2804.

⁷ VÁZQUEZ FERREYRA, R., *“Las medidas au-*

tosatisfactivas en el Derecho de Daños y en la Tutela del Consumidor”, en PEYRANO (Dir.), *“Medidas autosatisfactivas”*, Rubinzal Culzoni, 2004, p. 427.

⁸ BARUSSO, L. F., *“La equidad judicial en la tutela preventiva, provisional y cautelar”*, en AA.VV., *“Rev. Derecho Procesal”*, Rubinzal Culzoni, 2017, Santa Fe, p. 114.

⁹ REVIRIEGO, J. A., *“La Tutela preventiva en el nuevo CCyCN”*, en Peyrano (Dir.), *“La acción preventiva en el CCyCN”*, Rubinzal Culzoni, 2016, p. 306; Tepsich, C., *“La función preventiva de la responsabilidad civil y las tutelas anticipatorias”*, en PEYRANO (Dir.), *“Nuevas herramientas procesales”*, Rubinzal Culzoni, 2013, p. 409.

¹⁰ En adelante “JPC”.

¹¹ VARGAS, A. L., *“Teoría General de los Procesos Urgentes”*, en PEYRANO (Dir.), *“Medidas Autosatisfactivas”*, Rubinzal Culzoni, 2004, p. 86.

¹² KRIEGER, W. Y JALIL, J., *“Responsabilidad Civil contractual y extracontractual Funciones preventiva, resarcitoria, compensatoria y punitiva”*,

Ed. Astrea, 2021, p. 15.

¹³ CNComercial, Sala A, 29/6/2018, “ACEVEDO MARÍA C/ Banco Santander S/ sumarísimo”.

¹⁴ GALDÓS, J. M., en LORENZETTI, R. L., (Dir.) “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, tomo VIII, pág. 295.

¹⁵ MORELLO, A. Y STIGLITZ, G., “Responsabilidad Civil y Prevención de Daños. Los intereses difusos y el compromiso de la Justicia”, La Ley 1987 D- 364 al comentar la causa “Altamirano”.

¹⁶ Caso PICORETTI, L.L.B.A., año 21, nro. 11, diciembre 2014, p. 1343.

¹⁷ La CADH ha ratificado el deber de prevención y protección que tienen los Estados en materia de niñez Doc. 54/13, 17-10-2013, Url <http://www.cidh.org/OEA/SEr.L/V/II>.

¹⁸ LORENZETTI, R., “Tutela Civil Inhibitoria”, L.L. 1995 C, Sección Doctrina, p. 1222.

¹⁹ ITURBIDE, G., Comentario Art. 1973, en HERRERA, M.- CAMELINO, G. – PICASSO, S., “Código Civil y Comercial Comentado”,

Tomo 5, Saij, C.A.B.A., p. 98.

²⁰ NICOLAU, N., “Historicidad de los procesos de codificación y descodificación: Una aproximación axiológica”, en AA.VV., Boletín del Centro de Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Social nro. 4, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, U.N.R., 1985, Rosario, p. 37.

²¹ CONSTATINO, “Las medidas autosatisfactivas en el Régimen de Propiedad Horizontal y la vida consorcial”, en PEYRANO (Dir.), “Medidas Autosatisfactivas”, Rubinzal Culzoni, 221/232 (p. 499; AAVV, Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, anotado y concordado, Tomo 7, Edit. Astrea, 2015, p. 192.

²² MARINONI, L. G., “Tutela Inhibitoria: la tutela de prevención del ilícito”, L.L. 186 – 1131.

²³ MARINONI, *op. Cit.*, p. 1133.

²⁴ ARTÍCULO 52.- Afectaciones a la dignidad. La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la pre-

vencción y reparación de los daños sufridos, conforme a lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1.

²⁵ RIVERA, J. C., “Derechos y actos personalísimos en el proyecto de CCCoN”, p.152. Url: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/o/derechos-y-actos-personalisimos-en-el-proyecto-de-codigo-civil-y-comercial.pdf>

²⁶ BARUSSO, L. F., “La equidad judicial en la tutela preventiva, provisional y cautelar”, Rev. Derecho Procesal, Rubinzal, 2017, Santa Fe, p. 69 y 75.

²⁷ PEYRANO, J. W, “Lineamientos del a Jurisdicción Preventiva”, en PEYRANO, J. (Dir.), “La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016, p.75.

²⁸ VAZQUEZ FERREYRA, R., “Daños y Perjuicios. Función de prevención de la Responsabilidad por Daños”, Zeus, T. 52, J- 53.

²⁹ VÁZQUEZ FERREYRA, R., “Las medidas autosatisfactivas en el Derecho de Daños y en la

Tutela del Consumidor”, en Peyrano (Dir.), “Medidas autosatisfactivas”, Rubinzal Culzoni, 2004, p.427.

³⁰ VITANTONIO, NICOLÁS J., en Url: https://youtube.com/watch?v=X3Y84_JuNG8&feature=share

³¹ En adelante LCT.

³² VITANTONIO, N.J.R., “Las medidas autosatisfactivas y Derecho Laboral”, en PEYRANO (Dir.), “Medidas Autosatisfactivas”, Rubinzal Culzoni, 2004, p. 567.

³³ SEDITA, JOSÉ LUIS, *Medidas Autosatisfactivas en el Derecho Laboral*, en PEYRANO (Dir.), “Medidas Autosatisfactivas”, Rubinzal Culzoni, 2004, p. 550.

³⁴ En la causa: “T.E.R. c/ Facebook Argentina SRL. s/ Medias preventivas urgentes – Violencia de Género”, dictada por el Juzgado Comunitario de Granadero Baigorria, publicado en VITANTONIO, M. (Coord), “Manual de Justicia Comunitaria Santafesina”, Edit Novatesis, 2020, Rosario, Anexo Jurisprudencia, p. 548/553.

³⁵ PEYRANO, JORGE, en PEYRANO (Dir.), “La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016, p. 82.

³⁶ SCBA, CARRIZO CARLOS ALBERTO y otra c/ TEJEDA GUSTAVO y otros. s/ Daños y perjuicios, 30-3-2005.

³⁷ DWORKIN, H., “Los Derechos en serio”, Barcelona: Ariel, 1984; ALEXY, R., “Teoría de los Derechos Fundamentales”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

³⁸ Con la sanción de la ley 13.178 del año 2011.

³⁹ En razón de que la misma normativa prevé el entendimiento en múltiples causas sin contenido alguno, vb.g. en materia de administrativa y civil (incisos 1 y 7 del artículo 123 L.O.P.J.)

⁴⁰ VITANTONIO, M., *Cuestiones de explotación tampera, contratos agrarios y pecuarios y Código Rural*, en VITANTONIO; MARINA (Coord.), “Manual de Justicia Comunitaria Santafesina”, Edit. Novatesis, 2020, Rosario, p. 152.

⁴¹ REDONDO, M. B., “La Jurisdicción Preventiva en el paradigma (Neo)Constitucional”, en PEYRANO, J. (Dir.), “La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación”, Rubinzal Culzoni, 1° Ed., 2016, Santa Fe, p. 169/188.

⁴² Prevista explícitamente en el artículo 706 e implícitamente en el artículo 2 del CCyCN.

⁴³ En la causa: “F.M. c/ M.M.A.. s/ Violencia Familiar”, dictada por el Juzgado Comunitario de Granadero Baigorria, publicado en VITANTONIO, M. (Coord.), “Manual de Justicia Comunitaria Santafesina”, Ed. Novatesis, 2020, Rosario, Anexo Jurisprudencia, p. 537/539

⁴⁴ ROJAS, J., “Las medidas cautelares en el Código Civil y Comercial de la nación”, Rev. Derecho Procesal, Rubinzal Culzoni, 2017, Santa FE, p. 27.

⁴⁵ Cfme. 100 Reglas de BRASILIA; MONJO, S. y ARGANARAZ, M., “Funciones de la Responsabilidad, Función preventiva” en Márquez, J. F. (Dir.), “Responsabilidad Civil en el CCyC”, Zavalía, 2015, p. 56 y ss.

**Alcance actual del beneficio
de justicia gratuita del
artículo 53 de la Ley N° 24240
en las acciones individuales
de consumidores por ante
la Justicia Comunitaria
de Pequeñas Causas
de la Provincia de Santa Fe**

Dr. Martín Andrés
Fantoni

*Juez Comunitario de Pequeñas
Causas de Pavón Arriba*

Resumen

El presente artículo tendrá por objetivo analizar el alcance del beneficio de justicia gratuita del art. 53 de la Ley 24240 en los casos de reclamos judiciales de consumidores por ante la Justicia Comunitaria de las Pequeñas Causas de Santa Fe.

I. Introducción

El costo es una de las grandes barreras con las que se enfrenta el consumidor para poder acceder a la justicia en resguardo de sus derechos. El beneficio de justicia gratuita es una de las medidas legalmente reguladas que tienden a levantar ese obstáculo.

Por ello, la interpretación que se dé al alcance del beneficio de justicia gratuita en los casos concretos que se presentan ante los juzgados, es fundamental para tener un sistema de

justicia que permita el real acceso a los justiciables consumidores.

El objetivo del presente artículo es hacer algunas consideraciones respecto del alcance actual del beneficio de justicia gratuita de la Ley de defensa del consumidor en los casos de reclamos individuales de consumidores que tramitan por ante la Justicia Comunitaria Santafesina.

Para ello, primero delimitaremos brevemente las normas que fijan la competencia material y la cuantitativa de los Juzgados Comunitarios en los reclamos de consumidores, como así también las disposiciones del procedimiento especial que se les aplica. En segundo lugar, efectuaremos el estudio del alcance actual del beneficio de justicia gratuita que ha fijado la jurisprudencia, a partir del fallo "ADDUC" (CSJN, 2021). Por último, realizaremos el análisis específico en el ámbito de los reclamos de consumidores que se plantean ante

la Juzgados Comunitarios, comparando los artículos 53 de la LDC y 571 del CPCC.

II. La competencia de los Jueces Comunitarios de las Pequeñas Causas en materia de consumo y el procedimiento especial aplicable¹.

Del artículo 123 inciso 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ)² surge que los Jueces Comunitarios de las Pequeñas Causas son competentes para atender en las acciones judiciales de consumidores en los términos del artículo 52 de la Ley 24240³. Asimismo, se desprende de la primera de las disposiciones que se restringe el ámbito de la competencia material a las acciones judiciales "individuales" de consumidores atento que excluye expresamente los casos en los cuales se trate de acciones colectivas o cuando sean iniciadas por asociaciones de consumidores⁴.

Por otro lado, el artículo 124 de la LOPJ⁵ limita el ámbito de la competencia cuantitativa *"hasta la cifra equivalente a diez (10) unidades jus"*, salvo, que en caso de superarla el litigante renuncie expresamente a reclamar la diferencia cuantitativa excedente. Cabe observar, que al momento de preparar este escrito, el valor de la unidad jus para fijar la competencia cuantitativa asciende a Pesos Mil (\$1000).⁶

En cuanto al procedimiento aplicable en estos casos entendemos que la norma se construye por la concordancia de los artículos 53 de la LDC⁷ y 126 de la LOPJ. Esta última disposición dispone que el procedimiento ante los Jueces Comunitarios se regirá por la parte pertinente del Código Procesal Civil y Comercial (en adelante CPCC). En consecuencia, las acciones de consumidores se tramitan por el procedimiento especial establecido por los artículos 571 a 579 bis del ordenamiento procesal

santafesino⁸, el cual a su vez, debe respetar las pautas que prevé como "normas del proceso" la legislación de fondo en el artículo 53 de la LDC. En el punto IV, efectuaremos el análisis de la gratuidad establecida en el segundo párrafo del art. 571 y su interacción con la prevista por la norma consumeril.

III. El beneficio de justicia gratuita del artículo 53 de la Ley de Defensa del consumidor y su alcance actual a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del precedente "ADDUC"⁹.

Respecto de la interpretación del alcance del beneficio de justicia gratuita, se ha dicho¹⁰ que *"...Desde sus orígenes la regulación de este instituto ha generado surcos tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, sobre todo respecto del alcance que cabe asignarle al beneficio de gratuidad y*

su distinción con el beneficio de litigar sin gastos...". En acotada síntesis, se podría decir que son dos las tesis que se postularon doctrinaria y jurisprudencialmente en el tema. En una posición extrema (postura restrictiva), estarían quienes entienden que el beneficio debería limitarse a eximir del pago de los gastos iniciales de acceso a la justicia, mientras que en el otro lado, estarían aquellos que piensan que el beneficio comprende, además de los gastos requeridos para acceder a la justicia, las costas del proceso (postura amplia).

Finalmente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) dicto en fecha 14 de octubre de 2021 el fallo "ADDUC" en el que se pronunció sobre la temática. En el considerando 8º¹¹ de dicha sentencia se estableció la doctrina que, según nuestro parecer, cierra el debate respecto del alcance del beneficio de justicia gratuita en materia de reclamos de consumidores. De la interpretación

del mismo, podemos concluir que en las acciones de consumidores, ya sean colectivas o individuales, estos se encuentran exentos de costos y costas del proceso, con la única salvedad, que en el supuesto del artículo 53 de la LDC, la parte demandada podrá acreditar la solvencia del consumidor mediante incidente, haciendo cesar el beneficio.

Asimismo, entendemos que a los efectos de determinar de manera más precisa los alcances del beneficio, es importante tener en cuenta el fallo pleno "HAMBO" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, que fuera dictado en fecha 21 de diciembre de 2021¹². Al comentar dicho pronunciamiento, se ha dicho¹³ que el mismo fija como doctrina legal que: "...el 'beneficio de justicia gratuita' que dispone el artículo 53 de la ley N° 24.240, además de los gastos, sellados u otros cargos inherentes a la promoción de la demanda, exime al consumidor del pago de las costas del

proceso si fuera condenado a satisfacerlas total o parcialmente".

Teniendo en cuenta que el precedente antes referido, dispone que lo que se exime es del "pago de las costas", es útil traer la opinión de Martínez Medrano¹⁴ que diferencia entre el beneficio de gratuidad y la condena en costas. En tal sentido, al efectuar el comentario de un fallo de la CCiv. y Com., Sala II, de la Plata¹⁵, el autor afirma que: "...La doctrina que emerge de la sentencia es la siguiente: El beneficio se asemeja en cuanto a sus efectos con el beneficio de litigar sin gastos. Por ello, cuando resulte vencido, el juez debe imponer las costas al consumidor, las cuales no se podrán reclamar, salvo que se le iniciara incidente de solvencia (en el caso del consumidor individual) o incidente de mejora de fortuna en el caso de litigante con beneficio de litigar sin gastos. Así señala la sentencia: "La exigibilidad de los honorarios a quien goce del beneficio de gratuidad y la

imposición de costas son dos temas relacionados, pero diferentes..."

Resumiendo, el estado actual de la discusión, en fallo de la Cámara Civil y Comercial de Rafaela se ha dicho: "... que los amplios y enriquecedores debates desarrollados sobre la temática tanto por la doctrina como la jurisprudencia han quedado esclarecidos y saldados según lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos "ADDUC y otros c. AySA SA y otro s/ proceso de conocimiento. Tan consolidada es esta postura que la propia Corte, según consta en su base de datos oficial al momento en que se redacta este voto, ha remitido textualmente a esta sentencia en otros treinta y dos procesos similares cuya resolución se dictó durante el año 2022 y en otros nueve procesos cuya resolución fue dictada en 2021..."¹⁶

Respecto del alcance del BJC, en nuestra provincia de Santa Fe, la Corte Suprema de Justicia (CSJSF) dictó el fallo

"SALVATO"¹⁷ en el año 2017. A manera de síntesis, se puede decir que en dicha sentencia se asimiló el beneficio de justicia gratuita de la LDC con la carta de pobreza del ordenamiento procesal y se exoneró al consumidor reclamante de afrontar los sellados y tasas iniciales, sin emitir pronunciamiento expreso acerca de las costas.

Cabe observar, que al momento de redactar este artículo no hemos encontrado fallos del tribunal supremo provincial que hayan vuelto a tratar el tema, con posterioridad del precedente "ADDUC". En cambio, sí se han dictado distintos pronunciamientos en las Cámaras de Apelaciones de Rosario, de Santa Fe y de Rafaela, que han tomado y aplicado la doctrina del mismo.¹⁸

IV. Alcance del beneficio de justicia gratuita del artículo 53 de la LDC en las acciones individuales de consumidores en el marco de la gratuidad del

procedimiento consagrada por el segundo párrafo del artículo 571 del CPCC.

Para fijar el alcance del BJD de la LDC en el marco de los reclamos ante la JC, haremos un análisis comparativo de los artículos 53 de la LDC y del art. 571 del CPCC. En primer lugar fijaremos el alcance del artículo 571 del CPCC¹⁹ que consagra la gratuidad del procedimiento de Pequeñas Causas; luego lo compararemos con la disposición del art. 53 de la LDC tomando el alcance que le ha dado la jurisprudencia a partir del fallo "ADDUC".

Respecto de la gratuidad del procedimiento previsto en el segundo párrafo del art. 571, se ha dicho²⁰ que la misma "tendrá un alcance similar al previsto en la segunda parte del artículo 335 del CPCC, comprendiendo el derecho de actuar en juicio libre de todo impuesto, tasa o contribución de carácter fiscal, como también obtener sin cargo testimonios o copias

de instrumentos públicos y publicaciones de edictos en el Boletín Oficial (es decir, alcanzara la eximición del pago inicial de la tasa de justicia; del abono de los tickets de cédulas y mandamientos; del impuesto al embargo en caso de ordenarse; de certificados del Registro Civil; informes de reparticiones oficiales; entre otros gastos)..." Asimismo, cabe observar que la disposición antes referida, especifica el límite del beneficio, al afirmar expresamente que lo es "sin perjuicio de la imposición de las costas y las obligaciones por el pago de honorarios profesionales".

Por otro lado, y tal como vimos en el punto III del presente, según la interpretación efectuada en "ADDUC" el BJD comprende las costas del proceso y no se limita a la tasa de justicia (es decir, adoptó la tesis del alcance amplio del beneficio), debiéndose asimismo, aclarar que la eximición es del pago y no de la imposición de las mismas.

En las demandas individuales de consumidores cuyo monto no supere las diez unidades jus (o se renuncie expresamente a la diferencia en caso de superarlo) es competente el Juez Comunitario de las Pequeñas Causas (cfr. arts. 123 inc. 8 y 124 LOPJ). A dicho reclamo se le aplica el procedimiento especial de los artículos 571 a 579 bis del CPCC (cfr. art. 126 LOPJ) y en consecuencia el procedimiento es gratuito sin perjuicio de la imposición de costas y las obligaciones por pago de honorarios de los profesionales de las partes que las representen o patrocinen (cfr. segunda parte art. 571 CPCC). Al procedimiento, se le aplican las "normas del proceso" previstas en el art. 53 de la LDC. Esta última disposición consagra el BJJ a las actuaciones judiciales en los reclamos individuales de consumidores. El alcance actual de dicha previsión legal, es el dado por el fallo "ADDUC" de la CSJN, que adhiere a la tesis amplia, en el sentido de que el BJJ comprende costos y costas. Pero

se entiende que la eximición de las costas, es solo respecto de la exigibilidad del pago, no de la imposición de las mismas.

En consecuencia, en el supuesto de que el consumidor resulte vencido el juez deberá condenarlo en costas (cfr. art. 251 CPCC), pero atento gozar del beneficio de justicia gratuita, no se le podrá exigir el pago de las mismas, salvo que el demandado haga cesar el beneficio demostrando la solvencia del consumidor por incidente (cfr. art. 53 LDC). Este último, es el criterio seguido por ejemplo en la Sala I de la Cámara Civil y Comercial de Rosario.²¹

Por otro lado, entendemos que una interpretación sistemática de las disposiciones del art. 571 del CPCC y del art. 53 de la LDC, implica que el cese del beneficio de justicia gratuita, en las causas por ante la Juzgados Comunitarios, solo sería posible una vez que sea condenado el consumidor y no antes. Ya que el art. 571 del CPCC,

solo permite como excepción o alcance de la gratuidad del procedimiento, a la imposición de costas y no prevé como en el caso del art. 53, el incidente de cese del beneficio, que puede ser articulado desde el inicio mismo del juicio, en el resto de los casos.

V. Conclusiones

El proceso previsto en el artículo 571 y siguientes del CPCC coincide con las previsiones del artículo 52 y 53 de la LDC. Ambos cuerpos normativos prevén un proceso corto, rápido y gratuito. Asimismo, ante la Justicia Comunitaria podría darse la posibilidad de que el consumidor litigue por derecho propio y sin patrocinio letrado. No es menor destacar que el Juez Comunitario, es un juez de acompañamiento, rasgo desde siempre presente en su figura. Todo lo dicho, nos permite afirmar que la regulación actual de la Justicia Comunitaria, se adecua con las Reglas de Brasilia sobre acceso a

la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad.²²

Respecto del BJD en ninguna de las dos leyes se especificó la amplitud de dicho beneficio debiendo esa laguna ser completada por la jurisprudencia. Tanto la Corte nacional como la Corte santafesina establecieron que el beneficio abarca todos los gastos del proceso como ser sellados, tickets de notificaciones y medidas judiciales, publicación de edictos y cualquier otro gasto que implique llevar a cabo el proceso. La Corte Nacional avanzó un poco más y fijó criterio en cuanto a la regulación y cobro de honorarios –como ya se explicara en el acápite anterior–. La Corte de la Provincia de Santa Fe no ha tenido oportunidad de fallar sobre este tema pero sí lo han hecho las Cámaras.

Luego de lo dicho en los puntos anteriores, opinamos que la tesis amplia respecto del alcance del

beneficio de justicia gratuita es la que prevalecerá de aquí a futuro, ya que como se ha dicho²³ al interpretar el fallo ADDUC: *"... una sentencia que establece la tesis restringida "no constituye una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias del caso", poniendo entonces, así, fin a la discusión que ha entretenido a doctrina y jurisprudencia durante 13 años."* ■

CITAS

¹ Para un análisis integral de la Justicia Comunitaria Santafesina, ver el *"Manual de Justicia Comunitaria Santafesina"*, MARINA VITANTONIO (Coordinadora), 1ª ed. – Rosario: Nova Tesis Editorial Jurídica, 2021. Por otro lado, cabe observar que esa es la denominación que se les da a estos jueces luego de la reforma de la Ley 13178 (anteriormente se los denominó "jueces de paz" y posteriormente "jueces comunales"). La regulación de los mismos se encuentra

contemplada en los artículos 119 a 127 de la LOPJ N° 10160.

² LOPJ N° 10160. Artículo 123: *"...inciso 8) atender en las acciones judiciales en los términos del artículo 52 de la Ley 24240 y sus modificatorias, cuando estas sean ejercidas por el consumidor o usuario en forma individual. Quedan excluidas las acciones colectivas o iniciadas por asociaciones de consumidores;..."*

³ Art. 52.- "Acciones judiciales. Sin perjuicio de lo expuesto, el consumidor y usuario podrán iniciar acciones judiciales cuando sus intereses resulten afectados o amenazados. La acción corresponderá al consumidor o usuario, a las asociaciones de consumidores constituidas como personas jurídicas, a la autoridad de aplicación nacional o local y al ministerio público. El ministerio público cuando no intervenga en el proceso como parte, actuará obligatoriamente como fiscal de la ley. Las asociaciones de consumidores estarán habilitadas como litisconsorte de cualquiera de las partes. En caso de desistimiento o abandono de la acción de las referidas aso-

ciaciones legitimadas, la titularidad activa será asumida por el ministerio público.

⁴ La doctrina se ha manifestado en forma favorable respecto de la limitación de los legitimados activos que hace la disposición. Así, por ejemplo: PAGLIANO, L. F. Y GLINKA, F. "Justicia Comunitaria de las Pequeñas Causas de la Provincia de Santa Fe", Editorial Librería Cívica, 1ra ed. - Santa Fe, año 2012, página 77.

⁵ Artículo 124.- "Les compete el conocimiento de las causas enunciadas en los incisos 5) al 11) del artículo anterior, hasta la cifra equivalente a diez (10) Unidades Jus.

Cuando se demande por materias que sean de competencia de estos juzgados, pero excedan el monto de su competencia cuantitativa, podrá optarse por este procedimiento solo si se renuncia expresamente a reclamar la diferencia cuantitativa excedente".

⁶ Conforme Acta N° 9 Punto 19 del 11.4.2023 de la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe. Cabe hacer una observación, lo exiguo del monto actual hace que en la realidad sean escasos los reclamos que llegan a los estra-

dos judiciales. De lege ferenda, estimamos que para aprovechar de manera eficiente la justicia comunitaria, sería aconsejable el aumento de la unidad jus.

⁷ Art. 53.- Normas del Proceso. Se aplicarán las normas del proceso de conocimiento más abreviado que rijan en la jurisdicción del tribunal ordinario competente. Quienes ejerzan las acciones previstas en esta ley representando un derecho o interés individual podrán acreditar mandato mediante simple acta poder en los términos que establezca la reglamentación. Las actuaciones judiciales que se inicien de conformidad con la presente ley gozaran del beneficio de justicia gratuita.

⁸ PEYRANO, J. W. - director-, "Explicaciones del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe", Tomo III, págs. 571/572 - 1a ed. revisada - Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2016.

⁹ C.S.J.N., "ADDUC y otros c/ AySA S.A. y otro s/ Proceso de conocimiento", 14/10/2021, CAF17990/2021/1/RH1.

¹⁰ PAGLIETA, N. "El beneficio de la Gratui-

dad en las relaciones de consumo y sus alcances en la Provincia de Córdoba", TR LA LEY AR/DOC/3708/2022. Para un desarrollo completo de las distintas posturas puede verse: MARTÍNEZ MEDRANO, G., "Actualidad 2021 sobre el beneficio de justicia gratuita del consumidor", revista La Ley, 26 de noviembre de 2021, TR LALEY AR/DOC/3315/2021.

¹¹ Considerando: ... 8°) Que una razonable interpretación armónica de los artículos transcritos permite sostener que, al sancionar la ley 26.361 –que introdujo modificaciones al texto de la ley 24.240–, el Congreso Nacional ha tenido la voluntad de eximir a quienes inician una acción en los términos de la Ley de Defensa del Consumidor del pago de las costas del proceso. En efecto, la norma no requiere a quien demanda en el marco de sus prescripciones la demostración de una situación de pobreza para otorgar el beneficio, sino que se lo concede automáticamente. Solo en determinados supuestos, esto es en acciones iniciadas en defensa de intereses individuales, se admite que la contraparte acredite la solvencia del actor para hacer cesar la eximición. En este contexto, al brindarse a la demandada –en

ciertos casos- la posibilidad de probar la solvencia del actor para hacer caer el beneficio, queda claro que la eximición prevista incluye a las costas del proceso pues, de no ser así, no se advierte cual sería el interés que podría invocar el demandado para perseguir la pérdida del beneficio de su contraparte.”

¹² CNCom., en pleno, “HAMBO, DÉBORA RAQUEL c. CMR. Falabella SA s/ sumarísimo”, 21/12/2021.

¹³ MARTÍNEZ MEDRANO, G., *El beneficio de gratuidad del consumidor en la Justicia Nacional en lo Comercial. Comentario al fallo plenario "Hambo"*. LA LEY 14/03/2022, TR LALEY AR/DOC/957/2022.

¹⁴ MARTÍNEZ MEDRANO, G, "Diferencia entre el beneficio de gratuidad y la condena en costas", TR LA LEY AR/DOC/3479/2022.

¹⁵ C2aCiv. y Com., La Plata, Sala II, "STAMPONE, OLGA RAMONA c/ VOLKSWAGEN S.A. de Ahorros determinados y otros s/ Materia a categorizar", Causa: 129606, 18/10/2022, TR LA LEY, AR/JUR/153294/2022.

¹⁶ Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial y Laboral (Sala II) (Rafaela), en autos: "GERBINO, YANINA PAOLA Y FERREYRA, FABIAN DARIO C/ Viviendas Rafaela S.a. S/ Demanda Ordinaria", 01/08/2022.

¹⁷ CSJSE, "SALVATO, FLAVIA VANESA c/ BGH S.A. – daños y perjuicios – s/ Recurso de Inconstitucionalidad", 15/08/2017, A. y S. t° 276, pp. 392-398, Cita: 444/17, CUIJ 21-510854-O.

¹⁸ Entre otros: CCC Rosario (Sala I), "LEBRERO, LUIS ALBERTO C/ Telefonica De Argentina S.a. s/ Sentencias Juicios Sumarios Y Sumarisos", 23/06/2023, Cuij 21-2930427-8 y "MARQUEZ, MARIA DEL CARMEN C/ Alberdi, Aitor y Otros s/ Daños Y Perjuicios", 16/12/2022; Ccc Santa Fe (Sala I), "BENAVIDEZ, HEDUERD GUALBERTO C/ Provincia De Santa Fe S/ Juicio Ordinario", 27/02/2023; Cccyl Rafaela (Sala II), Gerbino, YANINA PAOLA Y FERREYRA, FABIAN DARIO C/ Viviendas Rafaela S.a. S/Demanda Ordinaria".

¹⁹ Artículo 571 CPCC: "...El procedimiento es gratuito, sin perjuicio de la imposición costas y las obligaciones por pago de honorarios

de los profesionales de las partes que las representen o patrocinen...”

²⁰ PEYRANO, JORGE W. - director-, *ob.cit.*, págs. 571/572.

²¹ Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Rosario (Sala I), en autos "LEBRERO, LUIS ALBERTO c/ Telefonica De Argentina S.a. S/ Sentencias Juicios Sumarios Y Sumarisos", 23/06/2023, CUIJ 21-2930427-8, en donde luego de imponer parcialmente las costas al consumidor, supedito la ejecución de las costas impuestas al actor a la acreditación de su solvencia (art. 53 Ley 24240).

²² Las Reglas de Brasilia, fueron aprobadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación mediante Acordada 5/2009 (regla 3). Adhesion del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe - Circular 23/2011.

²³ MARTÍNEZ MEDRANO, G, "Actualidad 2021 sobre el beneficio de justicia gratuita del consumidor", revista La Ley, 26 de noviembre de 2021, TR LALEY AR/DOC/3315/2021.

**Competencia material de los
Juzgados Comunitarios de las
Pequeñas Causas de Santa Fe
en cuestiones laborales
(art. 123 inciso 9 LOPJ)**

A portrait of Dra. Verónica Patricia Rippa, a woman with long reddish-brown hair, wearing red-rimmed glasses and a dark green sweater with a large, circular, textured brooch. The background is a warm, textured wall. The image is overlaid with a dark orange horizontal band at the bottom.

Dra. Verónica Patricia
Rippa

*Jueza Comunitaria de las Pequeñas Causas
de Carcarañá*

myf

345

“El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes...”

La competencia de los Juzgados Comunitarios de las Pequeñas Causas en materia laboral está contemplada en el inciso 9 del art. 123 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ) al disponer que a sus Jueces les compete **conocer en asuntos laborales**, otorgándole al **trabajador la facultad de optar por esta competencia**. Se plantean aquí algunas cuestiones de interpretación que serán tratadas preliminarmente.

Una de ellas es establecer la consonancia de este inciso con lo dispuesto por el art. 4 de la ley 7945 Código Procesal Laboral (en adelante CPL) en cuanto éste último, estatuye la improrrogabilidad de la competencia de los jueces de trabajo, incluso la territorial, con la única excepción de aquellos juicios cuya cuantía no exceda la competencia de los juzgados departamentales o legos, a opción del

actor. Ello es así porque - a criterio de un relevante sector doctrinario- el carácter de orden público de las normas laborales, su imperatividad, su irrenunciabilidad, hacen que la función jurisdiccional deba ser asumida por jueces especializados en un derecho que pretende responder, fundamentalmente, al propósito de nivelar desigualdades. Sin embargo, no es casual que la excepción contemplada, si bien refiere a la cuantía, otorgue la posibilidad de ser, la causa laboral, tramitada ante los estrados de la hoy Justicia Comunitaria. Entendemos que lo dispuesto por el inc. 9 es el reflejo de la pretensión que ha tenido el legislador de otorgar un verdadero acceso a la justicia en especial, si comprendemos que ésta es una opción que se le ofrece al trabajador y que contempla situaciones reales que a veces se transforman en inequidades.

Una segunda cuestión, es que este inciso pone la opción en cabeza del “trabajador”. Sin embargo, y sin pre-

tender hacer un análisis sobre el espíritu de la ley, entendemos que también se le ofrece esta posibilidad al empleador, y ello deberá ser evaluado por el Juzgador teniendo presente que el propio CPL en su art. 5, 2° párrafo dispone, en cuanto a la competencia territorial, que si la demanda fuera promovida por el empleador, será competente el juez laboral del domicilio del trabajador. Así pues, si se le ha otorgado competencia en la materia a los Jueces Comunitarios, podrá el trabajador optar por dirimir la cuestión en sus estrados y también podrá (¿o deberá?) hacerlo el empleador, el horizonte de ello siempre es el principio protectorio hacia la parte más vulnerable de la relación que, sin lugar a dudas, es el trabajador.

Y hablando del empleador, el artículo 572 bis del Código Civil y Comercial establece en su último párrafo que “Las personas jurídicas del derecho privado sólo podrán ser partes demandadas”. Sin embargo, la jurisprudencia declaró

dicho párrafo como inaplicable, y habilitó la posibilidad de que las personas jurídicas del derecho privado también puedan ser actoras.²

Excepciones: no pueden presentarse por ante este fuero demandas donde una parte sea persona jurídica de carácter público o empresas públicas del Estado.

Esta opción de poder plantear la materia laboral en la Justicia Comunitaria, amplió el horizonte del trabajador, ofreciendo entre las alternativas la de elegir al juez de cercanía para que intervenga en la conflictiva por la que atraviesa. Es así que, escogido el fuero comunitario habrá de tenerse muy presente el orden público laboral adecuando el trámite en salvaguarda de las garantías laborales. No podrán desconocerse los principios propios de la materia laboral, en especial el protectorio, sin perjuicio de que el trámite se regirá por lo dispuesto en los arts. 571 y siguientes del Código

Procesal Civil y Comercial de Santa Fe (en adelante CPCC).

Son claras las similitudes existentes entre la audiencia de trámite del procedimiento laboral plasmada en el art. 51 CPL y lo dispuesto por el art. 575 CPCC que establece la promoción de una instancia de mediación (o en su caso y dadas las circunstancias locales, de conciliación). Se refuerza aquí la idea de que la voluntad del legislador fue la de incorporar otras opciones que constituyan un real acceso a la justicia para el trabajador.

El procedimiento comunitario dispone que, una vez admitida la demanda, se promueva una instancia de mediación y, de acuerdo a los recursos territoriales de cada juzgado, ante la imposibilidad de contar con este medio, deberá fijarse una audiencia de conciliación. Como venimos resaltando, siendo que la materia laboral tiene una especial protección, deberemos ser cuidadosos, especialmente por la posición de

desigualdad en la que pueden encontrarse las partes, a fin de evitar inequidades. Básicamente, la diferencia fundamental entre estos medios de autocomposición radica en la actuación del facilitador o director ya que en la mediación su tarea consistirá en acercar a las partes las herramientas que les permitan comunicarse y eventualmente llegar a un acuerdo, si así voluntariamente lo deciden; en cambio el conciliador tendrá una actuación más activa pudiendo sugerir opciones de solución, aunque en definitiva la solución será aquella a la que las partes puedan arribar. No es pacífica la doctrina respecto de la utilización de mediación en la materia laboral.

En la exposición de motivos plasmada por el Poder Ejecutivo en el mensaje N° 4634 del 27/11/2017 ante la Cámara de Diputados que fuera el fundamento de la última reforma del CPL expresamente se menciona que la conciliación es un instituto esencial en el ámbito del Derecho del

Trabajo "(...) Por ello que el propósito del Poder Ejecutivo consiste en establecer una vigencia efectiva de la conciliación como composición justa del conflicto laboral y consecuentemente como forma de resolución de la disputa jurídica (...) con la finalidad de lograr la efectiva vigencia de los principios de inmediatez, economía, concentración y celeridad procesal que garanticen un efectivo intento conciliatorio y, en su caso, la simplificación de las cuestiones litigiosas y reducción de la actividad probatoria. (...)".³ Queda claro que la conciliación es el medio de resolución del conflicto laboral que el legislador pretende se utilice en la materia laboral.

Por ello, el Juez Comunitario podrá fundar su decisión de utilizar este medio (y no el de mediación, aun contando con centro de mediación en su localidad) a fin de llevar a cabo la manda del art. 575 CPCC.

Asimismo la doctrina y la jurisprudencia han entendido que no es causal de recusación por prejuzgamiento la/s propuesta/s que pudiera efectuar el juez en la audiencia de conciliación.

"(...) lo tiene dicho la Corte Nacional: "...no constituye prejuzgamiento que autorice la recusación de los magistrados la opinión expresada por ellos (...) al intervenir en un "procedimiento propio de sus funciones legales"⁴.

"Con ese norte, la conciliación es el acto procesal celebrado ante el juez de la causa o ante un funcionario especializado, convocado a fin de que las partes, junto con aquel, lleguen a un acuerdo que ponga fin al pleito. La presencia del juez o del funcionario autorizado permite que ciertas cuestiones que no pueden ser objeto de negociación privada ni de mediación, sí lo sean de conciliaciones válidas (...) La jurisdicción, en su concepto más actual, ya no es más ejercicio de poder sino función y actividad de garantía de acceso a la justicia para la solución de

conflictos. Su objetivo —hoy— es pacificar con justicia referencia.⁵

Otra cuestión de importancia es la cuantía máxima por la que se puede litigar en los Juzgados Comunitarios. No podemos desconocer que, actualmente este máximo, limita significativamente, a la justicia comunitaria, la posibilidad de entender cuando en este tipo de conflictos se ventilen cuestiones económicas. Mencionaremos también lo dispuesto por el 2do. párrafo del art. 124 por el cual en el caso de pretender demandar superando el monto máximo determinado para esta competencia, se podrá optar por este procedimiento sólo si se renuncia expresamente a reclamar la diferencia cuantitativa excedente; sin dudas ésta elección en materia laboral es harto cuestionable (principios protectorios, irrenunciabilidad, orden público laboral) y merecedora de un amplio debate.

Una última cuestión que debemos destacar es la incorporación del de-

nominando “Artículo nuevo” en la reforma (ley N° 13.840/18) del CPL, en el cual se plasman principios que, en su mayoría, son idénticos a las reglas del procedimiento comunitario contempladas en el art. 572 CPCC. Así dispuso que los principios que rigen este Código son los de inmediación, concentración, simplificación de trámites, economía, eficiencia, despapelización progresiva y celeridad, en un marco de acentuada oralidad, con el objetivo de obtener la eficiencia y transparencia propias de un adecuado procedimiento tendiente a la pronta resolución de la causa (...) con la debida preservación del orden público laboral y de los derechos irrenunciables que consagra la materia y la ley de fondo, y que deben custodiar jueces y funcionarios del fuero. (...) Agregamos la gratuidad, ya consagrada en el procedimiento laboral y que también es eje de la actuación de la Justicia Comunitaria.

Todo lo hasta aquí expuesto, refuer-

za el convencimiento de que el legislador ha querido que la Justicia Comunitaria pueda dirimir conflictiva laboral impulsándola a velar por la contemplación de los derechos laborales, de sus fuentes y de los principios generales y especiales que rigen la materia, en consonancia con los principios y el trámite comunitario, y si bien hoy la competencia cuantitativa puede resultar escasa, la Justicia Comunitaria se encuentra legitimada para intervenir en muchas otras cuestiones de índole laboral que no implican sólo cuestiones monetarias.

Sin pretender ser un listado cerrado, podrán plantearse ante este fuero temas tales como:

- 1)** Causas basadas en el incumplimiento de los beneficios sociales art. 103 bis Ley de Contrato de Trabajo (en adelante LCT):
 - a. Servicio de comedor en la empresa,
 - b. Reintegros de gastos de medica-

mentos y gastos médicos y odontológicos del trabajador y su familia asumidos por el empleador,

c. La provisión de ropa de trabajo y de cualquier otro elemento vinculado a la indumentaria y al equipamiento del trabajador, (también contemplado por el art. 14 ley 26844)

d. Los reintegros de gastos de guardería y/o sala maternal, que utilicen los trabajadores con hijos de hasta seis (6) años,

e. La provisión de útiles escolares y guardapolvos para los hijos del trabajador al inicio del año escolar,

f. El otorgamiento o pago de cursos o seminarios de capacitación o especialización (también reconocido en los art. 72 a 74 ley 26727)

g. El pago de gastos de sepelio de familiares a cargo del trabajador.

2) Cuestiones derivadas de la firma en blanco de un contrato laboral (art. 60 LCT, art. 24 ley 26844),

3) Causas que versen sobre la correc-

ta determinación de la modalidad de contratación laboral,

4) Causas que versen sobre errónea incorporación en un régimen laboral (art.2 ley 22250; art. 3 ley 26844, art.3 ley 26727),

5) Por falta de entrega de copias de contrato de trabajo (art.31 ley 24.013) o del recibo de haberes debidamente conformado (art.139 LCT, art. 20 a 23 ley 26844) o incumplimiento por parte del empleador de las inscripciones en la libreta de Aportes (art.3 ley 22250) por incumplimiento del trabajador de su obligación de presentar libreta de aportes o de proporcionar datos para su confección (art.14 ley 22250, art. 16 ley 26844),

6) Ante contratación de grupo familiar en violación a las disposiciones del art. 5 ley 26844,

7) Ante cuestiones que versen sobre desconocimiento/reconocimiento pe-

riodos de prueba (art. 92 bis LCT, art.7 ley 26844),

8) Ante la aplicación de una sanción disciplinaria cuya procedencia o tipo haya cuestionado el trabajador (art. 67 LCT),

9) Cuestiones respecto del ejercicio abusivo de facultades conferidas por la ley (disciplinarias, modificaciones unilaterales del contrato de trabajo, controles personales) y que hayan redundado en perjuicio del trabajador (art. 68 LCT),

10) Reintegros laborales por despidos discriminatorios (art. 73 LCT),

11) Reintegros de gastos soportados por el trabajador para el cumplimiento del trabajo, y resarcimiento de daños en sus bienes por el hecho y en ocasión del mismo,

12) Por incumplimiento del deber de prestar protección a la vida y bienes del trabajador cuando este habite en

el establecimiento. En caso de haber asumido la obligación de alimentación y vivienda, podrá incoar acción ante la justicia comunitaria si la alimentación no fuera sana y suficiente, y la vivienda no fuera la adecuada a las necesidades del trabajador y su familia. (art. 77 LCT, art. 144 ley 26844, art 24 a 28 ley 26727),

13) Incumplimiento de las obligaciones de traslado (mudanza) del trabajador y su grupo familiar cuando deba residir en el establecimiento laboral o traslado diario en caso de no existir transporte público (arts.30/31 ley 26727),

14) Incumplimiento de las obligaciones de garantizar condiciones de higiene y seguridad, así como de la provisión de elementos de seguridad para el trabajador (art.45 a 48 ley 26727),

15) Ante el incumplimiento del deber de garantizar al trabajador ocupación laboral efectiva y de acuerdo a las pautas establecidas en el art. 78 LCT,

16) Ante el incumplimiento de entregar al trabajador constancia documentada de la seguridad social, así como también, ante el incumplimiento por el empleador, al momento de la extinción de la relación laboral, de entregar el certificado de trabajo en debida forma (art. 8o LCT), incumplimiento en la entrega de la Libreta de Aportes con la acreditación de los correspondientes depósitos (art. 17 ley 22250) incumplimiento en la entrega mensual de las constancias de aportes al fondo de desempleo (art. 29 ley 22250),

17) Ante la apropiación indebida por parte del empleador de invenciones o descubrimientos personales del trabajador (art. 82 1er.párrafo),

18) Ante el incumplimiento por parte del trabajador del deber de preferencia cuando decidiera ceder de los derechos a la invención o descubrimiento del primer párrafo del artículo 82 en favor del empleador,

éste, en calidad de actor podrá ocurrir ante esta Justicia comunitaria,

19) Por incumplimiento de los plazos de pago de las remuneraciones (art. 108 LCT, art. 19 ley 26844, art. 35 ley 26727),

20) Incumplimiento de la prohibición respecto de retenciones, descuentos o compensaciones por entrega de mercaderías, provisión de alimentos, vivienda o alojamiento, uso o empleo de herramientas, o cualquier otra prestación en dinero o en especie (hay que tener en cuenta las excepciones y las modalidades que la propia ley dispone) (art. 131 LCT; art. 39 ley 26727);

21) Por violación a la prohibición de pago de la remuneración con bonos, fichas etc. (art. 37 ley 26727),

22) Incumplimiento en el otorgamiento de licencia anual ordinaria dentro de la época de otorgamiento) o impedimento/obstaculización para hacerlo. (art.154 LCT, Capítulo III del Título

VII ley 26844, art. 50 ley 26727),

23) Incumplimiento en el otorgamiento de licencias especiales (art. 158 LCT, Capítulo I del Título VII ley 26844, artículos 51/52 ley 26727),

24) Ante incumplimiento de lo dispuesto en el Título VII LCT sobre trabajo de mujeres,

25) Ante comportamientos discriminatorios del empleador (arts. 17, 17 bis, 73, 81 LCT y Ley 23.592, Título VIII ley 26844),

26) Por reintegro al trabajo ante despidos por causa de embarazo o matrimonio,

27) Por diferencias salariales,

28) Ante incumplimientos en la extensión en la jornada de trabajo ordinario y trabajo nocturno, pausas, horas extraordinarias etc. (art.196/7-200/201 LCT, art. 14 ley 26844, arts.19/25 ley

22250, arts.40/41 ley 26727),

29) Ante incumplimientos en el otorgamiento de descansos compensatorios o en la prohibición de reducción o supresión del salario por esta causa (204 a 207 LCT, art.14/15 ley 26844, arts. 25 ley 22250, arts. 43 ley 26727).

30) Incumplimiento en la contratación de un seguro por riesgos del trabajo (art. 14 ley 26844).

31) Incumplimiento en la conservación del empleo luego de vencidos los plazos de interrupción del trabajo por causa de accidente o enfermedad inculpable (211 LCT)

32) Por no asignar tareas diferentes ante incapacidad sobreviniente (art.213 LCT)

33) Incumplimiento de la reserva del empleo del trabajador que haya ocupado cargos electivos (nac., prov. o munic.) o desconocer dicha antigüe-

dad (art. 215 LCT).

34) Incumplimiento de la reserva del empleo hacia el trabajador que haya ocupado cargos electivos o representativos en asociaciones profesionales de trabajadores con personería gremial o en organismos o comisiones con representación sindical,

35) Incumplimiento en la conservación del empleo luego de prestado servicio militar por cualquier causa que sea o desconocer dicha antigüedad (art.31 ley 22250),

36) Conocer en causas que versan sobre suspensiones por causas económicas y disciplinarias y por las que el trabajador pretenda se dejen sin efecto,

37) Conocer en causas sobre suspensiones preventivas y su reincorporación,

38) Incumplimiento en la inscriptos en

la obra social (art. 41 Ley de empleo)

39) Incumplimiento en el reconocimiento de la duplicación de plazos a personal que acredite discapacidad, en los contratos por tiempo determinado (art. 42 ley 24013)

40) Cuestiones por incumplimiento de las disposiciones establecidas por la ley 27.555 (Teletrabajo- vigente 1/4/21-Res.54/21 incluido como art. 102 bis de la LCT)

a. Art.3: Los teletrabajadores gozan de los mismos derechos y obligaciones que aquellos que lo hagan presencialmente. (prohíbe reducir la remuneración),

b. Art.4: Jornada laboral: pactada previamente y por escrito. Incumplimiento: podría ser de aplicación el art. 66 LCT (no innovar),

c. Art.5: Derecho a la desconexión digital: fuera de la jornada laboral. (excepción en el dto. reglamentario 27/21) Nulidad de los incentivos condicionados. Ante el incumplimiento

podrían ser de aplicación los art. 66, 67 o 68 LCT,

d. Art. 6: establecer horarios compatibles y descansos del trabajador que realice, además, tareas de cuidado de menores, personas con condición de discapacidad o adultos mayores convivientes. Prohibición al empleador de conductas u obstaculización (ley antidiscriminación 23.592). Por su parte el trabajador debe comunicar el momento de comienzo y finalización,

e. Voluntariedad en el cambio de modalidad por parte del trabajador, salvo casos fuerza mayor acreditada. Reversión: por parte del mismo trabajador, salvo imposibilidad real. El incumplimiento es considerado como violatorio del deber de ocupación que tiene el empleador (art.78 y aplicación del art. 66 ley 20.744) Límites: la buena fe y el abuso del derecho. Excepción: no puede ejercerlo quien haya iniciado su relación laboral en esta modalidad,

f. Art.9: obligación del empleador de

proporcionar el equipamiento -hardware y software-, las herramientas de trabajo y el soporte necesario para el desempeño de las tareas, y asumir los costos de instalación, mantenimiento y reparación o compensar los mismos. No es remuneratorio,

g. Art.9: caso de rotura o reparación de elementos de trabajo será a cargo del empleador, el trabajador, debe continuar percibiendo la remuneración habitual,

h. Art.10: Compensación al trabajador por los mayores gastos en conectividad y/o consumo de servicios que deba afrontar,

i. Art. 11: las capacitaciones al personal no implicarán una mayor carga de trabajo,

j. Art. 15 Los sistemas de control que utilice el empleador para proteger bienes y datos de su propiedad debe salvaguardar la intimidad del trabajador y la privacidad de su domicilio. En igual sentido art. 16,

k. Art.17 trabajo transnacional deber de aplicar la ley más beneficiosa

al trabajador,

l. Dirimir cuestiones sobre lugares de prestación laboral de acuerdo a lo dispuesto por el art. 1 del decreto reglamentario 27/21,

41) Ante incumplimiento del empleador o del tercero delegado (Aseguradora de Riesgos Trabajo) de las prestaciones contempladas en el art. 20 de la Ley de Riesgos del Trabajo N° 24557:

- a. Asistencia médica y farmacéutica;
- b. Prótesis y ortopedia;
- c. Rehabilitación;
- d. Recalificación profesional; y
- e. Servicio funerario.

42) Causas sobre impedimentos, sanciones y/o limitaciones contra el trabajador que pretende ejercer los derechos sindicales contemplados en el art. 4 de la ley 23.551,

43) Causas que versen sobre trato discriminatorio de la asociación sindical respecto del trabajador afiliado (art. 7, 8, 12 ley 23.551),

44) Ante impedimentos u obstaculizaciones en el ejercicio de derechos de los delegados sindicales y/o cargos electivos o representativos de asociaciones sindicales,

45) Causas que versen sobre incumplimiento u obstaculización en el ejercicio regular de los derechos de la libertad sindical (art. 40, 48 y 50 y proced. art.52 ley 23.551),

46) Causas que versen sobre prácticas desleales y con el objeto de hacer cesar los actos motivantes (art. 53 y 55 ley 23.551),

47) Causas que versen sobre temas de violencia laboral entendida como una modalidad de violencia. Esto se emparenta directamente con la ley de Violencia de género nro. 26.485 (pcial. 13.348) art. 5 inc. d. Hay que tener presente que en el art.22 de dicha ley se dispone que entenderá el juez que resulte competente en razón de la materia según los tipos y modalidades de

violencia de que se trate y que aún en caso de incompetencia, el juez interviniente podrá disponer las medidas preventivas que estime pertinente.

Sin embargo podemos afirmar que si el legislador a través del inc.9 del 123 ha otorgado competencia material para entender en asuntos laborales será el Juez Comunitario de las Pequeñas causas lo que tramitará la misma como juzgado competente. Fundamento de ello encontramos no sólo en la disposición mencionada sino también en normativa nacional e internacional como por ej. Las "100 Reglas de Brasilia de acceso a la Justicia de las Personas en condición de vulnerabilidad" respecto de las cuales nuestra Corte Suprema ha dispuesto adherir por lo que deben ser seguidas -en cuanto resulten procedentes- como guía en los asuntos a que se refieren. Existen sentencias y actuaciones de diversos juzgados que han dispuesto en tal sentido: "(...)corresponde que sea

ventilado ante el juzgado remitente al que justamente la Ley Orgánica de Poder Judicial le asigna el conocimiento en la materia (...)⁶ "(...) dicho juzgado es competente en "asuntos laborales" (...) y que, por lo tanto no debe limitarse a recibir las acciones de la ley 26485-como la aquí presente- y derivarlas a otro juez, dado que tal actividad jurisdiccional limitada es una excepción expresamente prevista para las denuncias de la ley provincial 11529(...) dado que la Justicia Comunitaria tiene competencia material en lo laboral -comprensiva de los supuestos de violencia laboral (art. 2,inciso g CPL) y que es la más próxima a una denunciante en situación de vulnerabilidad(...)"

48) Tener presente que las leyes laborales permiten, con condiciones, el trabajo de menores de edad, por lo cual bien podrían plantearse cuestiones donde el legitimado sea un menor y ser tramitadas en este fuero a pesar de lo dispuesto por el último párrafo del art.

123 LOPJ y por lo dispuesto en el Código Civil y Comercial (Libro I Cap. 2)

49) Las indemnizaciones y/o multas y/o cualquier otra de apreciación pecuniaria que contemplan tanto la LCT como las demás leyes laborales deberán ser evaluadas dentro de la competencia cuantitativa y teniendo presente el orden público laboral.

Desde este sencillo análisis podemos afirmar que las similitudes en el procedimiento comunitario y el de la audiencia art. 51 CPL, los principios de uno y otro, la cercanía que se pretende, en donde el Juez Conciliador y el Juez Comunitario están presentes y dirigen el procedimiento, la facilitación del acceso a la justicia y la gratuidad, aseguran al justiciable la garantía de obtener una verdadera tutela judicial efectiva que en definitiva es el sustento del estado de derecho que siempre habrá de estar al servicio de los principios democráticos y de los derechos humanos.⁸ ■

CITAS

¹ Art. 14 bis Constitución de la Nación Argentina.

² Sentencia N° 577 del 27/06/12 - “Sanatorio Totoras SA c/ Roldán Marta s/ Cobro de Pesos” Expte. N° 149/2012 Juzgado de Circuito de Cañada de Gómez (Actuando en Apelación).

³ Proyecto de ley – Mensaje Poder Ejecutivo de la Pcia. de Santa Fe N° 4634 del 27/11/2017 Expte. 33901 Cámara de Diputados de la Pcia. de Santa Fe.

⁴ “Pieza Sep. Por Recusación DR. WALTER R. BENTO en As. 39350/4 - Supercanal S.A. c/ Cablevisión S.A. y Otros s/Amparo” Poder Judicial de la Nación Mendoza, 28 de diciembre de 2011.

⁵ FERNÁNDEZ BALBIS, A. (febrero, 2017). *Libro de Nueva gestión judicial. Oralidad en los procesos civiles “El desafío más actual de la jurisdicción: su función conciliatoria en los procesos sometidos a oralidad.”* (file:///C:/Users/Administrador/Downloads/CF170130F1%20(1).PDF pag.6).

⁶ “R, A.E. c/D. M. s/ otras diligencias” 21-

02920994 Juzg.1 Ins. CyC 8° Nom. (declarándose incompetente) Ros (09/2019).

⁷ “C. R.E. c/G, G. s/Autosatisfactiva” 21-04213165-9 Juzg. 1° Inst. Lab 10 Nom. (declarándose incompetente) Ros. 04/2023.

⁸ Fuentes consultadas:

- “Manual de Justicia Comunitaria Santafesina”, Nova Tesis Edit. Jca.- año 2021.

- PAGLIANO, L. Y GLINKA, F., “Justicia Comunitaria de las Pequeñas causas de la Provincia de Santa Fe”, Librería Cívica 2012 pág. 75.

- REDONDO, M. B., “Justicia Comunitaria de las Pequeñas causas de Santa Fe, Editorial Librería Juris 2014”, Pág.87.

- Clase virtual sobre Teletrabajo – Vitantonio, N.J.R. (Ex juez de la Cámara de Apelaciones Laboral de Rosario). 12/08/2021 en el marco del Curso de Justicia Comunitaria de las Pequeñas Causas - 1° Edición - Año 2021.

- Código Civil y Comercial de la Nación Argentina; Código Procesal Laboral de la Pcia. de Santa Fe.

- Leyes Nac. 20.744 – ley 23.551 - ley 23592 – ley 24.557 ley 24013 - ley 25013- ley 26485 – ley 27555 y Ley Provincial 13.348.

Violencia Familiar y por motivos de Género en la Justicia Comunitaria

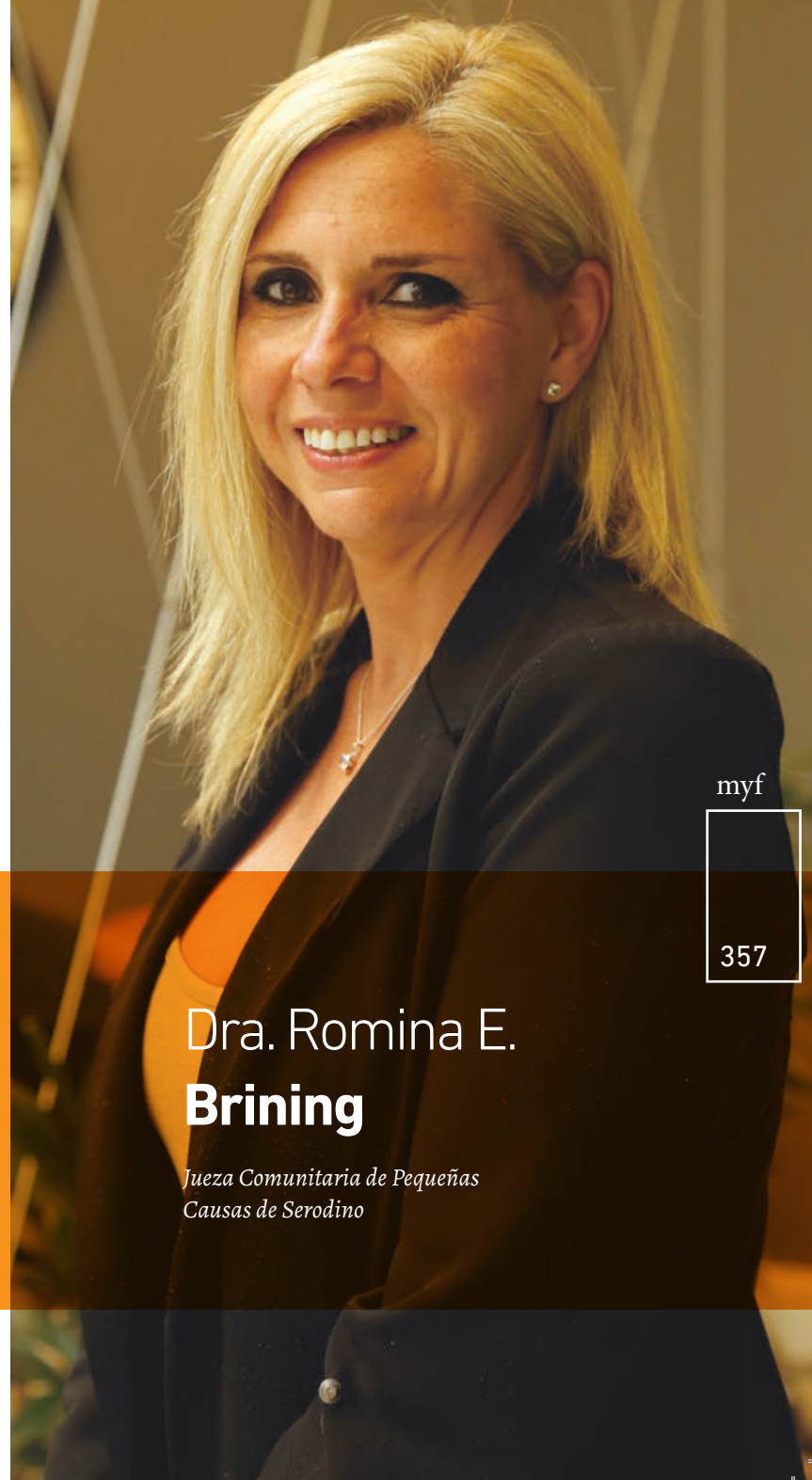
myf

356



Dra. Marina L.
Fratini

*Jueza Comunitaria de Pequeñas
Causas de Pujato*



Dra. Romina E.
Brining

*Jueza Comunitaria de Pequeñas
Causas de Serodino*

myf

357

Introducción

Nuestro interés en esta presentación está motivado en poner de relieve la importancia de la Justicia Comunitaria en la erradicación de las violencias.

En este marco nos proponemos, por un lado, pensar un rol de la Justicia Comunitaria, con una mirada necesaria desde los Derechos Humanos y pensar estrategias en pos de salvaguardar los derechos en nuestro trabajo cotidiano.

Por otro lado, en cuanto a la competencia material en concreto, realizar algunas observaciones respecto a la intervención de los Juzgados Comunitarios en la recepción de los casos.

1. Marco normativo y el rol de la Justicia Comunitaria en cuanto a la prevención de violencias por motivos de género

Poca utilidad tiene que el Estado reconozca formalmente un derecho si su titular no puede acceder de forma efectiva al sistema de justicia para obtener

*la tutela de dicho derecho*¹.

Cuando nos referimos a violencias por motivos de género es preciso aclarar que estamos hablando de una violación a los derechos humanos y esto que puede parecer evidente resulta una aclaración indispensable para delinear prácticas judiciales en el marco de la Justicia Comunitaria que coadyuven a la erradicación de las mismas.

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer *Convención de Belem do Para*, en su preámbulo expresa con claridad que **la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos** y las libertades fundamentales, y limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades.

Entre la normativa internacional destacamos la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), la Conferencia Mundial Sobre los Derechos Humanos (Declaración y Plataforma de Acción de Viena); la Convención

Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (Belem do Pará), la Cuarta Conferencia Mundial Sobre la Mujer (Declaración y Plataforma de Acción de Beijing); Conferencias Regionales de la Mujer de América Latina y el Caribe; Principios de Yogyakarta; las Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad (Reglas de Brasilia, en adelante).

En nuestro país además contamos con la Ley de Protección Integral a las Mujeres N° 26.485 a la cual adhiere nuestra Provincia con la Ley N° 13.348, con su decreto reglamentario; la Ley Micaela N° 27.499 que establece la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra las mujeres para todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías en los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial de la Nación, a la cual nuestra Provincia adhiere con la Ley N° 13891; la Ley 14.181 sobre derechos y garantías de las personas víctimas de delitos cometidos en la provincia.

En consecuencia, además de hablar

de la competencia en cuanto a la recepción de casos de violencias, nos preguntamos cómo desde la Justicia Comunitaria se puede aportar significativamente en la prevención, detección y erradicación de las mismas.

En su exposición de motivos, Las Reglas de Brasilia expresan que *el sistema judicial se debe configurar, y se está configurando, como un instrumento para la **defensa efectiva** de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad*, expresión que de alguna manera sintetiza lo que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) expresa en sus artículos 8 y 25 al hablar de las garantías judiciales y su protección judicial, respectivamente.

Como vemos, se cuenta con herramientas normativas claras de actuación en los casos de violencia por motivos de género y un imperativo constitucional de aplicación, que anteceden a la competencia y que tienen una relación directa con la función.

El motivo por el que hacemos este recorrido es para leer desde allí los

artículos 123 inciso 12² de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 21 y 22³ de la Ley de Protección Integral a las Mujeres, y el 2⁴ de la Ley Provincial N° 11.529 de Violencia Familiar: no hay dudas de la obligación de la Justicia Comunitaria (y de todo Juez/a) de recibir las presentaciones en casos de violencia por motivos de género, lo que se traduce en el deber de *protección judicial urgente y preventiva cuando se encuentren amenazados o vulnerados cualquiera de los derechos*⁵.

Ahora bien, en sintonía con la normativa citada y en clave con la protección de los derechos humanos fundamentales es que proponemos pensar nuestro accionar, no solo como jueces/zas intervinientes sino ampliando la mirada *mucho antes y mucho después* del momento en que una persona ingresa a realizar una denuncia.

El acceso a la Justicia nos da las pautas como base de la Justicia Comunitaria y Derecho Humano fundamental, para pensar estas estrategias que no solo serán en materia de prevención, (podemos pensar en la Justicia Comunitaria y su aporte a una cultura

jurídica local⁶), sino también en la *detección de violencias*.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha establecido que *un acceso adecuado a la justicia no se circunscribe sólo a la existencia formal de recursos judiciales, sino también a que éstos sean idóneos para investigar, sancionar y reparar las violaciones denunciadas. (...), una respuesta judicial efectiva frente a actos de violencia contra las mujeres comprende la obligación de hacer accesibles recursos judiciales sencillos, rápidos, idóneos e imparciales de manera no discriminatoria, para investigar, sancionar y reparar estos actos, y prevenir de esta manera la impunidad*⁷.

Los Juzgados Comunitarios son claves para la efectivización de las salvaguardas de las personas y la cercanía de los mismos brinda la posibilidad de ser partícipes activos, generando estrategias de abordaje, contención y atención en la *ruta crítica de la denuncia*.

Las Reglas de Brasilia, hacen mención a la necesidad de revisar los procedimientos y requisitos procesales para

garantizar el acceso a la Justicia⁸ y a la importancia de la colaboración del Poder Judicial con los otros Poderes del Estado⁹ para hacer a la eficacia de las mismas, en este sentido la capacitación de las personas representantes de los distintos poderes es fundamental. De la lectura conjunta de la Sección 4 de las Reglas más el principio general de colaboración desarrollado en la Regla 85 y siguientes surge un claro procedimiento a implementar.

En base a lo aquí expresado y a manera de síntesis, nos parece de fundamental importancia poner de resalto que nuestra posibilidad de acción no se circunscribe solamente a la competencia material en cuanto a la recepción de las presentaciones, sino que la Justicia Comunitaria cuenta con sustanciales herramientas para actuar de manera activa y en consonancia con las normas desarrolladas como un instrumento efectivo en la erradicación de las violencias, con un papel fundamental en la prevención de las mismas e inherente a nuestra función.

Lo verdaderamente nuevo da miedo o maravilla. Estas dos sensaciones igual-

*mente cerca del estómago acompañan siempre la presencia de Prometeo; el resto es la comodidad, lo que siempre sale más o menos bien; los verbos activos contienen el repertorio completo. Hamlet no duda: busca la solución auténtica y no las puertas de la casa o los caminos ya hechos, por más atajos y encrucijadas que propongan.*¹⁰

2. Consideraciones procesales a tener en cuenta en relación a la intervención de la Justicia Comunitaria en los casos de violencias

La ley provincial de violencia contra las mujeres¹¹, adhiere al procedimiento previsto en la ley nacional¹², indicando que resulta competente el Juez en razón de la materia según los tipos y modalidades de violencia de que se trate. O sea, cada jurisdicción determinará cuál es el Juez competente en su normativa local.

Nuestra Provincia de Santa Fe, no lo señaló, en consecuencia La Corte Suprema de Justicia de Santa Fe se posicionó diciendo que corresponde

la competencia material al Juez/a de Primera Instancia de Distrito Civil y Comercial para las denuncias generales y a los Jueces/zas de Primera Instancia de Distrito en lo Laboral cuando la violencia se diera en el marco de un contrato o relación de trabajo, involucrando trabajador y empleador.¹³

Ahora bien, es menester hacer la aclaración entre juez/a interviniente y juez/a competente a los fines de determinar las verdaderas intervenciones.

Las denuncias por motivos de género se pueden interponer ante cualquier Juez/a de cualquier fuero o instancia o ante el Ministerio Público, que son quienes podrán disponer además, las medidas preventivas que estimen pertinentes. Y luego, elevarán la causa al Juez/a Competente. Entendiéndose el/la Juez/a que recepta la denuncia en esta terminología de Juez/a interviniente.

Con lo expuesto, entendemos que el Juez/a Comunitario/a de las Pequeñas Causas actúa como juez/a interviniente. Pero el asunto no termina aquí, ya que los tribunales en distintos

fueros, se han expedido al respecto, entendiendo que la justicia comunitaria es también, además, competente para intervenir en la materia, argumentándolo de distintas formas.

Uno de los Juzgados¹⁴, remitió las actuaciones elevadas por el Juzgado Comunitario de Pequeñas Causas, entendiendo que la Justicia Comunitaria podría actuar como tribunal competente en materia de violencia de género, ya que dichos juzgados reúnen los requisitos¹⁵ enumerados en la ley de violencia contra la mujer y en las 100 Reglas de Brasilia¹⁶ para poder intervenir.

Según el mismo tribunal, los Juzgados de Distrito no responden a dicha cercanía¹⁷, postura en que compartimos, en general la víctima debe recorrer entre 100 y 150 km para poder acceder a los referidos estrados. Y por tanto, se desnaturaliza la función tuitiva de la ley frente a las mujeres.

Otro Juzgado¹⁸, entendió que el Juzgado Comunitario posee competencia originaria en materia de violencia de género, dando una argumentación procesal. Para ello, vamos a recor-

dar que la competencia funcional de los juzgados comunitarios se encuentra plasmada en el art. 123 de la Ley 10.160. En este caso, en su inc. 9, menciona la competencia de los Juzgados Comunitarios para tramitar causas laborales a opción del trabajador. Ahora bien, si el trabajador optó por tramitar la violencia de género en el marco de un contrato o relación de trabajo en estos juzgados lo convierte en competente también para los asuntos de violencia.

Otra forma de violencia es la familiar. La ley provincial de violencia familiar¹⁹ regula un ámbito de aplicación bastante amplio en lo que respecta al concepto de familia incluyendo a las personas aún no convivientes²⁰. Volviendo a las cuestiones procesales, la misma ley, en su art. 2 dice expresamente quien es el juez interviniente y quien es el juez competente. Y, que las denuncias pueden efectuarse en forma verbal o escrita, ante cualquier juez o ante el Ministerio Público.

Además, el juez interviniente podrá adoptar algunas de las medidas autosatisfactivas²¹, debiendo remitir las

actuaciones en forma inmediata al juez competente. Cuando sea el Ministerio público quien intervenga debe remitir la denuncia al juez competente.

Por tanto, el Juez Comunitario puede actuar como juez interviniente no solo por lo que acabamos de mencionar sino también por lo articulado en la Ley 10.160, donde menciona su competencia funcional. Específicamente en su art. 12, limitando la adopción de las medidas autosatisfactivas solo a los tres primeros²² incisos del art. 5 de la ley de violencia familiar.

Ahora bien, la ley de violencia familiar en su art. 2 señala como competente a los Tribunales Colegiados de Familia y en caso de no estar constituidos, al Juez con competencia en cuestiones de Familia. Esto descarta *in limine* que el juez comunitario o cualquier otro pueda ser considerado Juez competente en materia de violencia familiar.

En conclusión, para el caso de violencia de género el Juez/a Comunitario/a puede y debe ser considerado juez/a interviniente, debiendo elevar las actuaciones al juez/a competen-

te (Juez/a de Primera Instancia de Distrito Civil y Comercial para las denuncias generales y a los Jueces/zas de Primera Instancia de Distrito en lo Laboral cuando la violencia se diera en el marco de un contrato o relación de trabajo, involucrando trabajador y empleador). Existiendo criterios variados en considerarlo al Juez/a Comunitario como juez/a competente.

En cambio, para el caso de violencia familiar, el juez/a comunitario puede y debe ser juez/a interviniente, pero no así juez/a competente, atento a que la normativa específica al respecto no deja duda alguna. ■

CITAS

¹ Reglas de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana.

² Artículo 123.- Sin perjuicio de las funciones y materias que les encomiendan otras leyes, les compete:(...)12) receptor las presentaciones autorizadas por la Ley N° 11.529 y derivarlas al juez competente.

De considerarlo necesario, dispondrá previamente las medidas urgentes previstas en los incisos a), b) y c) del artículo 5 de la misma ley.

³ Ley N° 26485 Artículo 21. — Presentación de la denuncia. La presentación de la denuncia por violencia contra las mujeres podrá efectuarse ante cualquier juez/jueza de cualquier fuero e instancia o ante el Ministerio Público, en forma oral o escrita. Se guardará reserva de identidad de la persona denunciante.

Artículo 22. — Competencia. Entenderá en la causa el/la juez/a que resulte competente en razón de la materia según los tipos y modalidades de violencia de que se trate. Aún en caso de incompetencia, el/la juez/a interviniente podrá disponer las medidas preventivas que estime pertinente.

⁴ Ley N° 11.529 -Artículo 2°.- Competencia – Trámite Reservado. Las presentaciones autorizadas por esta ley, pueden efectuarse en forma verbal o escrita, ante cualquier juez o ante el Ministerio Público. El juez interviniente podrá adoptar algunas de las medidas previstas por el artículo 5° de la presente, debiendo remitir siempre las actuaciones – en forma inmediata – al juez competente.

⁵ Ley N° 26.485- Artículo 16- Derechos y garantías mínimas de procedimientos judiciales y administrativos. Los organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativo, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por la Nación Argentina, la presente ley y las leyes que en consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías:(...) e) A recibir protección judicial urgente y preventiva cuando se encuentren amenazados o vulnerados cualquiera de los derechos enunciados en el artículo 3° de la presente ley.

⁶ (26) Se promoverán actuaciones destinadas a proporcionar información básica sobre sus derechos, así como los procedimientos y requisitos para garantizar un efectivo acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. (27) Se incentivará la participación de funcionarios y operadores del sistema de justicia en la labor de diseño, divulgación y capacitación de una cultura cívica jurídica, en especial de aquellas personas que colaboran con la administración de justicia en zonas rurales y en áreas desfavorecidas de las grandes ciudades.

⁷ https://www.cidh.oas.org/women/acceso07/cap1.htm#_ftn5

⁸ Sección 4 Reglas de Brasilia.

⁹ (85) La eficacia de las presentes Reglas está directamente ligada al grado de colaboración entre sus destinatarios, tal y como vienen definidos en la Sección 3^a del Capítulo I. La determinación de los órganos y entidades llamadas a colaborar depende de las circunstancias propias de cada país, por lo que los principales impulsores de las políticas públicas deben poner un especial cuidado tanto para identificarlos y recabar su participación, como para mantener su colaboración durante todo el proceso.

(86) Se propiciará la implementación de una instancia permanente en la que puedan participar los diferentes actores a los que se refiere el apartado anterior, y que podrá establecerse de forma sectorial.

(87) Se destaca la importancia de que el Poder Judicial colabore con los otros Poderes del Estado en la mejora del acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

¹⁰ CORTÁZAR, J., “Historias de Cronopios y Famas”, Alfaguara, 1962.

¹¹ Ley 13.348.

¹² Ley 26.485.

¹³ Ver CSJSF, 23/12/2019, “FRANCOMANO, ANDREA L. C. BESSO, CARLOS A. –*otras diligencias- s. Competencia*”, Tomo 295 Pág. 181.

¹⁴ Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de la 8va. Nom. de Rosario.

¹⁵ ...“*justicia cercana que facilite un acceso rápido y de menor costo*”...

¹⁶ “*Acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad*” - adhesión por parte del Poder Judicial.

¹⁷ La Regla de Brasilia N° 42 “*Proximidad*”: “*Se promueva la adopción de medidas de acercamiento de los servicios del sistema de justicia a aquellos grupos de población que, debido a las circunstancias propias de su situación de vulnerabilidad*”.

¹⁸ Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Laboral de la 10 ma. Nom de Rosario.

¹⁹ Ley N° 11.529

²⁰ Ley 11.529: Artículo 1°. Ámbito de Apli-

cación. Quedan comprendidas en las disposiciones de la presente ley, todas aquellas personas que sufriesen lesiones o malos tratos físicos o psíquicos por parte de alguno de los integrantes del grupo familiar. A los efectos de esta ley, entendiéndose por tal al surgido del matrimonio o uniones de hecho, sean convivientes o no, comprendiendo ascendientes, descendientes y colaterales

²¹ Art. 5 de la ley 11.529.

²² Art. 5 de la Ley 11.529: Medidas Autosatisfactivas. El juez interviniente, al tomar conocimiento de los hechos denunciados, medie o no el informe a que refiere el artículo anterior, podrá adoptar de inmediato alguna de las siguientes medidas, a saber: a) Ordenar la exclusión del agresor de la vivienda donde habita con el grupo familiar, disponiendo -en su caso- la residencia en lugares adecuados a los fines de su control. b) Prohibir el acceso del agresor al lugar donde habita la persona agredida y/o desempeña su trabajo y/o en los establecimientos educativos donde concurre la misma o miembros de su grupo familiar. c) Disponer el reintegro al domicilio a pedido de quien ha debido salir del mismo, por razones de seguridad persona.

El Animal no humano. Su estatus jurídico

myf

364



myf

365

Dra. María Alejandra
Nibeyro

*Jueza Comunitaria de Pequeñas
Causas de General Lagos*

I. Introducción

Cada mañana cuando estaciono advierto su presencia, erguido en sus cuatro patas viene a mi encuentro; abro la puerta y al descender, allí está él con la boca abierta luciendo sus dientes blancos: me regala una sonrisa en señal de bienvenida. Mi fiel anfitrión acompaña mi tránsito hasta la puerta del Juzgado, ritual que incluye un desayuno en granos junto a un par de caricias que su rostro permite, mientras sus ojos buscan los míos. Me contaron que “Negrito” -así se llama-, apareció hace tiempo en la contigua dependencia policial, en un visible mal estado físico y emocional, encontrando allí, por fin su hogar; puedo decir que en la actualidad, Negrito hace uso y goce de sus innatos derechos, pero la historia, fiel testigo de los hechos, da cuenta de un justo pero postergado reconocimiento -a veces desconocido e ignorado- dado a los animales no humanos (ANH) como sujeto de derechos, ahora protagonistas de este trabajo.

II. Naturaleza jurídica de los Animales no humanos

La palabra animal es definida como *un ser orgánico que vive, siente y se mueve por su propio impulso* (Real Academia Española, s.f.), concepto que innegablemente compartimos con la especie no humana, pero a ellos la ley civil los cosificó.

Así, el Código de Vélez, definía a la persona como “*todos los entes susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones*” art. 30), concepto que sólo proyectaba la calidad de sujetos de derecho a la persona de existencia ideal (art.32) o de existencia visible, es decir aquella con signos característicos de humanidad (art.51); en contraposición, las cosas eran definidas como objetos materiales susceptibles de tener un valor (art. 2311), cuya característica era la de poder ser transportadas de un lugar a otro por una fuerza exterior o por sí mismas, siendo este último el lugar asignado para ellos, la otra especie; lamentablemente el actual Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) mantiene esa línea, plasmada en su art. 227.

Innegablemente, calificar a los animales como cosas, implica reñir con su esencia sintiente, pues la naturaleza intrínseca de la cosa radica en ser inanimada; la evidente e injusta contradicción los ubica bajo el prisma de una relación real, a la que se encuentran sometidos debido a su impostada calidad de objeto de derechos.

Sin perjuicio de lo señalado, creo que la razón muchas veces asoma en su rol iluminador, opacando y dejando en evidencia aquello que la contraría y así, concretamente el actual ordenamiento Civil y Comercial en su art. 240 regula los límites impuestos al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes, determinando que éste debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva, los cuales no deben afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de la fauna, dando así la bienvenida a una justa denominación que se proyecta de manera congruente con la protección dada por la Ley General de Ambiente y por el art. 41 de la Constitución Nacional, cuando aluden ambos a la biodiversidad, término que los comprende.

Alterini en su obra Derecho de los animales, refirió a ellos en orden a su bienestar, término este último definido como el conjunto de las cosas necesarias para vivir bien, señala además interesantes antecedentes en tal sentido y en esta línea menciona que Suiza sancionó la Ley Federal de protección animal en 1978 Alemania en 2002 incorporó el art. 20 en su Constitución que impone la protección de ellos animales a través de acciones ejecutivas y judiciales, Costa Rica sanciona la Ley de Bienestar de los animales en 1994, la Liga Internacional de los Derechos del Animal adoptó en Londres su “Declaración Universal de los Derechos de los Animales” - proclamada en París el 25 de octubre de 1978-, cuyo art. 1 dispone que todos los animales nacen iguales ante la vida y tienen los mismos derechos a la existencia (A. Alterini, 2009: 60-66).

A partir de los setenta, comienza a visibilizarse estudios y expresiones que describen la desigualdad imperante entre las especies y, en defensa del derecho de los Animales no Humanos da cuenta de ello el término

“especismo”, acuñado por el psicólogo inglés Richard D. Ryder en 1970, quien afirmó que existe una “discriminación moral basada en la diferencia de especie animal” que luego se refleja en la forma en que se legisla en relación a los demás animales (L. Bilicic 2020:28) y definida como la “discriminación de los animales por considerarlos seres inferiores” (Real Academia Española s.f., definición 1) lo cual, dicho en otras palabras, implica un trato diferente y perjudicial hacia ellos, por considerarlos especies inferiores a la humana, considerada superior al resto; se expone así la discriminación hacia otro ser vivo, solo porque no pertenece a la especie humana o pertenece a otra, alcance y sentido que se relaciona con el antropocentrismo.

Por su parte, la ciencia se expidió a través de la Declaración de Cambridge de 2012, demostrando de manera científica que los -incluyendo todos los mamíferos, pájaros y otras muchas criaturas- ,poseen también sustratos neurológicos que generan conciencia al igual que el ser humano; por lo tanto queda demostrado que

son seres sintientes con capacidad para experimentar estrés, alegría, temor, angustia, dolor al igual que nosotros los humanos y que ese sentir confirma que son innatos titulares a una integridad -como bien jurídico- que debe ser respetada.

En refuerzo, la Declaración de Toulón (Francia) proclamada oficialmente el 28 de marzo de 2019, está concebida como una respuesta, por parte de académicos jurídicos a la Declaración de Cambridge, que impone un nuevo aspecto legal al animal y así, en su preámbulo establece entre otras afirmaciones, que los animales deben ser considerados como personas físicas no humanas.

En nuestro país, la ley 14.346/54 -anexa al Código Penal y sucesora de la ley 2786/1891 conocida como ley Sarmiento- le confiere al Animales no Humanos la calidad de víctima por ser sujeto pasivo del delito de maltrato y crueldad; consecuente con ello, el bien jurídico protegido es su integridad física y psíquica, comprensiva de los animales domésticos, domesticados, silvestres o que estén en estado de libertad natural.

La ley Nacional de Conservación de la Fauna Silvestre N°22.241, la ley General del Ambiente N°25.675 y la ley Prohibición de Carrera de Perros N° 27.330 /16, son, entre otras, parte de un plexo normativo congruente con el reconocimiento dado por nuestra Carta Magna en su artículo 41 que, de manera operativa, reconoce el derecho a un ambiente sano y equilibrado, con la consiguiente obligación por parte del Estado de proteger y preservar la biodiversidad biológica -término comprensivo de la fauna-, cuyo alcance conceptual es definido en el Convenio sobre la Diversidad Biológica, realizado en Rio de Janeiro el 5 de junio de 1992, cuyo artículo 2 entiende por tal, *“a la variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos los ecosistemas terrestres y marinos y otros ecosistemas acuáticos y los complejos ecológicos de los que forman parte; comprende la diversidad dentro de cada especie entre las especies y de los ecosistemas”*, convenio aprobado por nuestro país a través de la sanción de la ley 24.375/94 .

III. Animales no Humanos como sujeto de derecho. Legitimación procesal. Acceso a la justicia

En el ámbito del Código Civil y Comercial, la persona humana por nacer, las declaradas incapaces por sentencia judicial y los menores en los casos previstos, son declarados incapaces de ejercicio (art. 24) para desempeñar por sí mismos los derechos y obligaciones que les confiere su capacidad de derecho; por tal motivo la normativa de fondo establece que aquel centro de imputación será ejercido por medio de representantes (art.100) habilitados a tal efecto.

En el ámbito penal, el ofendido por el delito de maltrato y crueldad es el ANH quien, en su rol de víctima, carece de toda posibilidad de presentarse ante la justicia, lo cual - en términos procesales- significa una absoluta incapacidad de ejercicio, que se proyecta a una necesaria y adecuada representación humana por ser el sujeto titular del derecho protegido.

A partir del bloque normativo protectorio antes referido, nuestra Constitu-

ción Nacional a través de su art. 43, también otorga herramientas operativas cuyos canales nos conducen a la acción de Amparo y Hábeas Corpus, las cuales no guiarán acerca de quiénes pueden ejercerla en orden a la representación en lo que aquí es materia de análisis; para ello es interesante destacar precedentes que dan cuenta del valioso camino recorrido.

El primero de ellos, “Kattan Alberto E. y otro c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ Amparo” (1983) otorgó a sus peticionantes, legitimación procesal para dar curso satisfactoriamente a la pretensión planteada a través de una acción de amparo que, si bien referida al derecho humano en orden a la preservación del medio ambiente, de manera secundaria -pero no menos importante- aparece vinculado el derecho de los animales, puesto que la presentación da cuenta de los actos de crueldad en el caso concreto, cometido contra numerosas toninas; lo valioso es que abrió las puertas a la legitimación de los ciudadanos para la defensa de un bien jurídico que no es de pertenencia individual sino colectiva (M. Scotto, 2020:303).

Con posterioridad, la orangutana Sandra representa un precedente emblemático y pionero puesto que ambas acciones referidas, estuvieron a cargo de la Asociación de Funcionarios y Abogados por los Derechos de los Animales (AFADA); en año 2014 denunció el mal estado en el que se encontraba Sandra en lo que era el ex zoo porteño y, por intermedio de un Hábeas Corpus solicitaron su liberación y traslado. En primer pedido fue rechazado, apelado luego, la Cámara Federal de Casación Penal manifestó que es menester reconocerle al animal el carácter de sujeto no humano, titular de derechos pero, no se expidió a favor ni en contra de la petición.

A partir del reconocimiento como sujeto de derecho -representada por la AFADA y el constitucionalista argentino Dr. Andrés Gil Domínguez, en su carácter de habitante de la Ciudad de Buenos Aires, el 15 de marzo de 2015 interponen una acción de Amparo contra el Gobierno de la ciudad de Buenos Aires y el Zoo a fin de petitionar su liberación y reubicación en un santuario cuyo fundamento radicó en que -de acuerdo al fallo de la Sala

II de la Cámara Federal de Casación Penal- Sandra dejó de ser objeto de protección del derecho y pasó a ser un sujeto titular de sus propios derechos como miembro de una especie distinta a la humana. La causa recayó en el Juzgado Contencioso, Administrativo y Tributario N° 4 de la ciudad de Buenos Aires a cargo de Elena Libertatori quien en sus considerandos establece que no existe impedimento jurídico para concluir que Sandra es una persona no humana, sujeto de derechos y consecuentes obligaciones hacia ella por parte de las personas humanas, traducidos en el respeto a la vida y dignidad de ser sintiente; novedosa categorización que ha introducido la reforma de enero de 2015 el Código Civil en Francia, dejando sentado el principio de que el bien jurídico protegido no es el interés público sino su propia vida y derechos (C. Dominguez, 2020: 283).

Sandra nació en Alemania, fue trasladada a los 9 años de edad al Zoológico de Buenos Aires; en la actualidad se encuentra en el Santuario de Grandes Simios, en Florida, Estados Unidos por orden de la Jueza de trámite. En esta línea, la acción de amparo, en

lo que aquí es de interés, autoriza a toda persona a interponerla cuando se trate de defender sus propios derechos (amparo individual) o bien derechos o intereses colectivos (amparos colectivos). Nuestra Corte Suprema de la Nación estableció en la causa "Halabi" (fallos: 331:111) criterios en orden a la legitimación procesal de incidencia colectiva en dos frentes, uno proyectado a los intereses individuales homogéneos y el otro respecto de los bienes colectivos. La noción de derecho de incidencia colectiva en general, establecido en el art.41 de la Constitución Nacional, presupone la existencia de un interés público, es decir de bienes colectivos que pertenecen a toda la comunidad y aquí anida la consiguiente protección de los derechos proyectada a la representación procesal de los Animales no Humanos, cuyos legitimados podrán ser el defensor del pueblo de la Nación (art.86), las asociaciones que concentren el interés colectivo que propendan esos fines y registradas conforme la ley (M.Scotto, 2020:300) lo cual es congruente con lo dispuesto por el art. 30 de la Ley General del Ambiente y, con base en el precedente

Kattan, a todo ciudadano que acredite un interés legítimo invocando reales intereses colectivos y difusos; como bien señala el Dr. Gil Domínguez en “La legitimación procesal animal”, la habilitación de una legitimación procesal que permitiese a toda persona humana o jurídica a interponer peticiones administrativas y judiciales sin tener que acreditar condiciones de idoneidad particular en la materia, es la máxima aspiración posible en términos de tutelas efectiva (A. Gil Domínguez A., 2022: 24-26).

IV. El rol de la justicia comunitaria en el maltrato animal. Sujeto de derecho vulnerable.

Liminarmente, corresponde señalar que todo acto de maltrato o crueldad animal previsto en la Ley 14.346 constituye un delito de acción pública, perseguible de oficio, cuya acción se encuentra a cargo del Ministerio Público Fiscal.

En cuanto a la competencia material de la Justicia Comunitaria, la ley N°10160 -modificada por la ley

13.178/11- determina nuestra jurisdicción -en lo que aquí es de interés- para entender en causas que versen sobre conflictos de convivencia, vecindad urbana, rural, causas civiles y comerciales de conocimiento incluida las acciones de responsabilidad extracontractual, que sucedan en el ámbito de nuestra competencia territorial, es decir dentro de nuestra comuna o ciudad.

Sabido es que las cuestiones de vecindad pueden tener como protagonista o coprotagonista a un Animal no Humano que, por citar algunos ejemplos pueden estar originadas en el ladrido de un perro en horario de descanso que excedan la normal tolerancia, u originada en una lesión producidas por un Animales no Humanos otro y/o a persona humana, por haber escapado de la esfera de cuidado de su responsable, conductas éstas pasibles de ser dirimidas a través de una pequeña causa que, excedida la limitación cuantitativa -\$10.000- podrán tener una respuesta en nuestro ámbito a través de una mediación, como alternativa de resolución del conflicto.

En cambio, cuando un juez Comunitario toma conocimiento de oficio o por denuncia de un tercero, acerca de un hecho de maltrato o crueldad animal que está ocurriendo o próximo a suceder en su ámbito territorial, sabemos que carecemos de competencia jurisdiccional, porque existe otro órgano asignado: la justicia penal, contravenacional o de faltas, según corresponda.

Por un instante cerremos los ojos, imaginemos y luego consideremos, las consecuencias -muchas veces irreversibles- de maltrato y crueldad a que está sometido un perro destinado a carreras (prohibidas por ley 27.330), la agonía de los gallos producto de la riña (prohibidas por ley 14.346), el sometimiento en los criaderos, hechos éstos que, a modo de ejemplo, pueden ocurrir en nuestro ámbito territorial: indudablemente la falta de competencia no nos faculta a la inacción ni nos exime de ella; el deber impuesto en orden a la prevención del daño, nos habilita y obliga como Magistrados, a adoptar, conforme a las circunstancias dadas por la gravedad y la inmediatez del hecho en cuestión, a tomar las medidas razonables para que, en lo que aquí es de

interés, el delito cese inmediatamente. Como bien señala el Dr. Lorenzetti, el deber de prevención se erige como la herramienta útil a la cual pueden recurrir los operadores jurídicos para tornar operativo el principio constitucional del *alterum non laedere* que incluye el derecho y la obligación en orden a la preservación y protección de la diversidad biológica incluida la fauna, integrada por los artículos 41, 43 de la Carta Magna y la Ley General del Ambiente.

Consecuente con ello, el ejercicio del poder de imperio que detentamos los magistrados cuyo fundamento y finalidad es hacer efectivo el respeto y la observancia de la ley en resguardo de la sociedad, nos habilita como Jueces Comunitarios a concurrir a la fuerza policial local, proceder notificar que en el ámbito territorial de nuestra competencia, se está llevando a cabo una conducta tipificada y reprimida por la ley 14.349, convocándolos para que, en cumplimiento de su deber, eviten su producción o la hagan cesar; ello sin perjuicio de comunicar hecho al tribunal de faltas local para que, en caso de corresponder, inicie

las actuaciones administrativas pertinentes, como así también al Ministerio Público de la Acusación- área animal- para que tome conocimiento a sus efectos.

V. Conclusión

Somos la justicia de cercanía, el animal no humano como sujeto vulnerable, es también merecedor de nuestra acción vigilante y protectora en orden a los derechos que les son innatos y que, paradójicamente compartimos con ellos en la sintiencia: la de una vida basada en el respeto a la integridad y dignidad, porque esta conducta hacia ellos, nos define como personas humanas. ■

BIBLIOGRAFÍA

- BILICIC, LORENA (coord.), *Protección jurídica de los animales no humanos*, Ediciones DyD, 2020.
- *Revista de Derecho Animal*, Nro.2 mayo 2023, Directora MA. DE LAS VICTORIAS GONZÁLEZ

SILVANO; http://admin-microjuris.com/revistas/animal/RevDchoAnimal_02.pdf (consulta: junio de 2023).

- PÉREZ DEL VISO, ADELA, *El nuevo concepto del animal como sujeto de derecho no humano*; <https://aldiaargentina.microjuris.com> 2017/05/16 (consulta junio 2023).

- TOVAR LUIS, *Acotaciones a la filosofía de Richard Ryder*; <http://filosofiavegana.blogspot.com/2021/05/acotaciones-la-filosofia-de-richard.html> (consulta julio 2023).

- ALTERINI ATILIO A, *¿Derecho de los animales?*; http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/707/Derechos_de_los_animales.pdf?sequence=1 (consulta julio de 2023).

- FRANZA, JORGE A. *El derecho animal dentro del nuevo paradigma del derecho ambiental*; <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/15/el-derecho-animal-dentro-del-nuevo-paradigma-del-derecho-ambiental.pdf>(consulta julio 2023).

- *Declaración de Cambridge sobre la conciencia animal* <https://es.scribd.com/document/328405686/Declaracion-de-CAMBRI-DGE-Sobre-La-Conciencia-Animal> (consulta julio 2023).

myf

372

DEFENSORÍAS ZONALES



myf

373



myf

374



Restricciones a la capacidad

Dra. Tania
Roimesser

*Defensora Zonal N° 1
de Rosario*

Dr. Carlos
Valdes Tietjen

*Defensor Zonal N° 2
de Rosario*

myf

375

Introducción

Entre la entrada en vigencia del Código Civil redactado por Vélez Sarsfield y el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación pasaron casi 150 años, tiempo más que suficiente para que algunas de sus normas e institutos quedaran obsoletos. Sin embargo, cuando se encaró la reforma del código no todos los institutos velezanos estaban igual de envejecidos. Es que no solo el tiempo imprime sus huellas en la norma, sino que los cambios sociales y culturales, los avances científicos, los sistemas de pensamiento, y hasta las modas, dejan su marca en la ley, allanando el camino de la reforma.

En el marco de ese envejecimiento dispar, pensamos que el sistema que había delineado Vélez Sarsfield en materia de restricciones a la capacidad era posiblemente uno de los más anticuados del Código. El artículo 54 inciso 3° del Código Civil establecía que los dementes eran incapaces absolutos. Adquirían derechos y con-

traían obligaciones “por medio de los representantes necesarios que les da la ley” (artículo 56 del Código Civil). La representación era extensiva a todos los actos de la vida civil del incapaz, salvo los exceptuados expresamente por la norma (artículo 62 del Código Civil).

La sola lectura de estas normas testigo deja entrever que el sistema de restricción a la capacidad que rigió las relaciones civiles de nuestro país hasta agosto del 2015 no solo se habían vuelto anticuado, sino que también se veían por demás de riguroso, y en cierta medida estigmatizante¹. Es que Vélez Sarsfield había delineado su sistema de capacidad de la persona basándose en el concepto de razón del iluminismo ilustrado que inspiró a la Revolución Francesa. Y durante buena parte del siglo XIX y la totalidad del siglo XX, ese concepto chocó con el pensamiento filosófico moderno y posmoderno, que visto retrospectivamente parece abocado expresa y conscientemente a destruir el ideal de la diosa razón que

construyó la ilustración².

Así, el sistema de capacidad de Vélez Sarsfield no sólo sufrió el paso del tiempo sino que también quedó marginado por una nueva visión filosófica del concepto de razón, de demente, y de incapaz. Dadas así las cosas, alumbrado por los instrumentos de Derechos Humanos incorporados por nuestro país con rango constitucional³, se tomaron cartas en el asunto y se revisó aquel sistema rígido que había delineado Vélez Sarsfield, incorporando al lado del curador a la figura más flexible del apoyo. Se trató, para nosotros, de una incorporación más que elogiada, que cumple el principio virtuoso de distinguir allí donde hay diferencia.

Restricciones a la capacidad en el Código Civil y Comercial

El tema sobre Restricciones a la Capacidad, se halla tratado en nuestro CCyC en su Título I, Sección 3°, partiendo de la premisa de que la

capacidad será el principio a partir del cual, eventualmente, podrán disponerse restricciones puntuales y no interdicciones generales sobre la capacidad. En el art. 31 de dicho ordenamiento se reúnen las reglas generales en la materia, no sólo de fondo sino también de forma: la participación de la persona en el proceso de restricción de su capacidad, el derecho a la asistencia letrada, el diseño de los procesos que faciliten la información y comprensión para la toma de decisiones.

Según nuestro ordenamiento jurídico, la capacidad de hecho se presume, y por tal motivo, exige un proceso en el que debe probarse rigurosamente la situación contraria a dicha presunción para declarar cualquier restricción a la capacidad, aún cuando la persona se encuentre internada en un establecimiento asistencial.

Por otra parte, la capacidad restringida supone que la persona conserva su capacidad, la cual es limitada excepcionalmente solo para determi-

nados actos. Esta concepción ubica a la discapacidad, no como una condición personal, sino como el resultado de la interacción de la persona con las diferentes barreras que ofrece y presenta el medio. En ningún caso la restricción a la capacidad puede tener otro fin que el respeto de sus derechos y la promoción de la autonomía personal.

La intervención del Estado en situaciones sobre restricciones a la capacidad, debe presentar carácter interdisciplinario, siendo aplicable este principio no sólo a la intervención judicial, sino también a las diversas intervenciones relacionadas con una situación de internamiento de la persona. Así, el eje del tratamiento en salud mental deja de ser psiquiatra y pasa a ser el equipo interdisciplinario, siendo conteste de ese modo con el modelo social de la discapacidad.

Otro de los principios enunciados en el CCyC, se refiere al derecho que tiene la persona con discapacidad a recibir información a través de medios y

tecnologías adecuadas para su comprensión; como así también el derecho a la participación de la misma en el proceso y la asistencia letrada.

Por último, dentro del enunciado de las reglas generales, el legislador refiere al deber de priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades de la persona.

El CCyC define a las personas pasibles de restricción a la capacidad, a aquellas mayores de 13 años, con padecimiento de adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad. Además exige un supuesto material, dado por las circunstancias personales y sociales de la persona y no por su pertenencia a un grupo y/o a la identificación con un diagnóstico. La declaración de capacidad restringida requiere que la persona se encuentre en situación de daño a su persona o a sus bienes consecuencia de sus actos. La incapacidad de los sordomudos que no puedan darse a

entender por escrito, es eliminada, quedando fuera de toda restricción cualquier presunta incapacidad derivada de una discapacidad física y/o sensorial que suponga solo una limitación en la comunicación o en la manifestación de la voluntad.

La restricción de la capacidad conlleva la designación de uno o varios apoyos, quienes deben promover la autonomía de la persona.

La última parte del art. 32 del CCyC prevé la incapacidad exclusivamente para el caso en que la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, siendo esto último un supuesto de excepción en el ordenamiento jurídico. Esta declaración de incapacidad trae aparejada la designación de un curador, quien representará a la persona, cuidando de la misma y de sus bienes, y procurando que recupere su salud.

En cuanto a la legitimación para solicitar la declaración de incapacidad y de capacidad restringida, el CCyC establece que la acción corresponde al cónyuge no separado de hecho y al conviviente mientras la convivencia no haya cesado; a los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad y al Ministerio Público, siendo el mayor logro de la norma, la introducción de la legitimación de la propia persona interesada.

Durante el proceso, el juez debe ordenar las medidas necesarias para garantizar los derechos personales y patrimoniales de la persona. Entre las medidas patrimoniales principales, podemos citar: inhibición general de bienes; inventario, embargo y depósito de los bienes; recaudación o secuestro de valores; apertura de cajas de seguridad; cobro de alquileres; suspensión de poderes; retención de haberes; pago de deudas; depósito de haberes. En cuanto a las medidas personales, se trata de todas aquellas dirigidas a la protección de la salud y de sus de-

rechos personalísimos, siendo una de las medidas principales, la reafiliación a la obra social de la persona con discapacidad, como así también la provisión de un lugar de alojamiento para la externación, entre otras.

Con relación al principio de inmediación en el proceso de restricciones a la capacidad, el CCyC lo prevé en su art. 35.

Por su parte la CDPD establece la obligación de asegurar “que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en condiciones de igualdad con las demás, incluso mediante ajustes de procedimientos y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares (art. 13)

Las Reglas de Brasilia, también imponen el compromiso de “establecer

las condiciones necesarias para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad al sistema de justicia, incluyendo aquellas medidas conducentes a utilizar todos los servicios judiciales requeridos y disponer de todos los recursos que garanticen su seguridad, movilidad, comodidad, comprensión, privacidad y comunicación. (Regla 8)

Volviendo a nuestro CCyC, el mismo dispone que el juez debe garantizar la inmediatez con el interesado durante el proceso y entrevistarlo personalmente antes de dictar resolución alguna, asegurando la accesibilidad y los ajustes razonables del procedimiento de acuerdo a la situación de aquél (art. 35). Este conocimiento directo, no sólo permite al juez la comprensión de la situación de la persona y de sus habilidades y necesidades; sino que también viabiliza el derecho a ser oído.

Esta audiencia de contacto con el Magistrado exige la participación del Ministerio Público en razón de su ca-

rácter de representante de los derechos de la persona con discapacidad (art. 103 CCyC), como así también la presencia de al menos un letrado que preste asistencia al interesado, constituyendo ambos recaudos garantías durante todo el proceso, que se ven reforzadas en la entrevista personal que prevé el art. 35 del CCyC.

El CCyC en su art. 36 incorpora la calidad de parte de la persona sujeta a proceso, que ya había sido reconocida tanto doctrinaria como jurisprudencialmente. Es así, que la persona cuya capacidad está siendo juzgada, debe gozar del derecho a ejercer en él las garantías propias del debido proceso legal: comparecer, acceder a la justicia, proponer defensas y pruebas, participar en verdadero carácter de parte.

Para la determinación de la competencia en los procesos de determinación de la capacidad, la norma establece dos pautas: el domicilio o lugar de internación, según corresponda, cumpliéndose de ese modo con el

principio constitucional de la tutela judicial efectiva.

La persona en cuyo interés se lleva adelante el proceso judicial tiene derecho a participar en él con asistencia letrada, como ya lo dijéramos al comienzo, la que debe ser proporcionada por el Estado si carece de medios (art. 31, inc. e CCyC). Dicho derecho deber ser garantizado por el juez en la primera oportunidad procesal; por ello si la persona comparece sin abogado, debe nombrarse uno de inmediato, a fin de que la represente y preste asistencia durante todo el proceso.

El CCyC, por su parte, y a tono con las normas de la CDPD y la ley nacional 26.657, prevé que la sentencia se debe pronunciar sobre distintos aspectos vinculados a la persona en cuyo interés se sigue el proceso. Cuando se refiere al “diagnóstico y pronóstico”, como uno de los aspectos a tener en cuenta, alude al examen interdisciplinario del que ya nos explayáramos. Otra de las circuns-

tancias a tener en cuenta al momento del dictado de la sentencia, “es la época en la que la situación se manifestó”, refiriéndose en este caso a la situación global y contextual de la persona. Debe tenerse asimismo en consideración el régimen de protección, siendo el objetivo principal del proceso, la promoción de la autonomía de la persona y el ejercicio personal de sus derechos; calificando el dictamen interdisciplinario como “imprescindible” para que el Juez pueda expedirse.

Esta sentencia debe determinar la extensión y alcance de la restricción y especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible. Asimismo, debe designar una o más personas de apoyo o curadores de acuerdo a lo establecido en el art. 32 del CCyC y señalar las condiciones de validez de los actos específicos sujetos a la restricción con indicación de la o las personas intervinientes y la modalidad de su actuación (art. 38 CCyC).

Ahora bien, de acuerdo a esta línea imperativa en el CCyC, la consecuencia de la restricción a la capacidad ya no es la designación de un curador sustituto, sino que el nuevo sistema exige que al momento de la sentencia que eventualmente involucre la restricción para la realización de determinados actos, el juez designe a la/las persona/s o redes de apoyo que posibiliten y asistan a la persona en el ejercicio de su capacidad. Hablar de apoyos implica reconocer la capacidad jurídica, la autonomía, contar con medios alternativos de comunicación, y permitir la toma de decisiones asistidas respecto a cuestiones personales.

La sentencia que se dicte debe registrarse en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, dejándose constancia al margen del acta de nacimiento. La registración se fija como el momento que determina la oponibilidad frente a terceros de los efectos de la sentencia. Asimismo se establece la obligación de solicitar la cancelación de la

anotación desde el momento en que desaparecen las restricciones.

La revisión de la sentencia puede tener lugar en cualquier momento y en el supuesto que el juez restrinja la capacidad de una persona la sentencia debe ser revisada en un plazo no superior a tres años con nuevos dictámenes interdisciplinarios y audiencia personal con el interesado siendo deber del Ministerio Público fiscalizar el cumplimiento efectivo.

El Código actual por tanto establece la revisión de la sentencia tanto como un derecho de la persona- en cualquier momento, como un deber ineludible del juez -en el plazo de tres años-.

Respecto a la internación el nuevo Código consagra la misma como un derecho y el respeto de los derechos fundamentales y sus extensiones de las personas con discapacidad.

El nuevo paradigma que concibe a la internación como un derecho para protección y mejora de la propia

persona, impone el control constante de la legalidad de la restricción y el cambio de la medida por cualquier otra que implique menor restricción para la persona siempre que sea posible.

En ese contexto, con remisión a la legislación especial, establece un piso de principios protectorios y reconoce como extensiones un abanico de derechos específicos que enfatizan un marco de legalidad inédito en favor de estas personas.

La internación institucional puede sustentarse en dos hipótesis básicas:

- La internación voluntaria, como decisión personal del propio afectado con discernimiento para decidir y sólo como medida terapéutica sugerida por expertos autorizados para ello.
- La internación involuntaria o coercitiva, como indicación terapéutica de profesionales de la salud mental, con competencias para disponerla: son los casos en los cuales la persona no está en condiciones de expresar su voluntad de hospitalizarse, o bien de

rechazar ese tratamiento. En estos supuestos y de manera excepcional y restrictiva, se le impone la internación forzosa.

Este carácter excepcional y restrictivo de la pérdida de la libertad ambulatoria halla su fundamento en el derecho humano fundamental de la autonomía personal. Cualquier privación al derecho mencionado fundada en el peligro potencial (no inminente) y no real resultaría inconstitucional e inconvencional por ser incompatible con las mandas impuestas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos en sus artículos 5°, 4° y especialmente 7° (derecho a la integridad personal a la vida y a la libertad personal, respectivamente).

El instituto de la internación ya no es el reflejo de una sanción para la persona ni un método de exclusión sino que se erige como un derecho en cabeza de la persona cuando por su situación de extrema vulnerabilidad requiere de una especial atención.

El internamiento es una medida que tiene como finalidad el bien exclusivo de la persona, aprobando el juez tal internación, no decidiéndola, atento ser su función tutelar los derechos de la persona.

El deber del sistema judicial de garantizar el debido proceso-ya no puede internarse con una simple decisión administrativa basada en un simple informe médico- el control judicial inmediato y el derecho de defensa mediante asistencia jurídica significan una importante innovación. El deber de control pone fin a los encierros sine die ya que la norma obliga a que la sentencia que aprueba la internación especifique con claridad su finalidad, duración y periodicidad de la revisión, sin perjuicio del deber de control judicial.

Se ordena un juez participante y protagonista y no un simple observador. No era tampoco infrecuente que resolviera sin siquiera conocer a la persona ni haber efectuado con-

trol alguno sobre las condiciones de internación. En definitiva se puede afirmar que ésta innovación constituye una verdadera garantía a la dignidad humana.

La privación de la libertad de una persona no puede hallar su base en caprichosos prejuicios o análisis enfebles. Debe ser el resultado de una meditada decisión que pondere todos los derechos en juego.

Estamos en condiciones de afirmar que la discapacidad tiende a no ser visualizada ya como algo impuesto por la sociedad antinatural, censurado socialmente sin una razón que lo justifique: una discriminación basada en prejuicios infundados. La legislación ha avanzado como consecuencia de una mayor aceptación social, haciendo del derecho un receptor y propulsor de los cambios sociales.

La nueva norma garantiza el reconocimiento de la autonomía de las personas y su capacidad para decidir sobre el tratamiento que deben

recibir. La norma está basada en los estándares establecidos por la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de la ONU que Argentina ratificó en 2008, ubicándola en un lugar de avanzada en la protección de los derechos de las personas con discapacidad.

Por último se propicia que las internaciones se efectúen en hospitales generales. En éstos “el rechazo de la internación de pacientes por el sólo hecho de tratarse de problemática de salud mental será considerado acto discriminatorio”.

El órgano de revisión incluirá representantes de asociaciones de usuarios y familiares, de los profesionales y otros trabajadores de la salud, de organizaciones de defensa de los derechos humanos, de las defensorías oficiales y del Poder Ejecutivo. Sus funciones incluirán supervisar de oficio o por denuncia de particulares, las condiciones de internaciones por salud mental en el ámbito público y privado.

De conformidad con la ley de salud mental el sistema de inhabilitaciones e incapacidades “no podrá extenderse por más de tres años y deberá especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea lo menos posible”.

La ley es de orden público lo cual implica que deba ser cumplida en todas las jurisdicciones del país sin requerir adhesión específica.

Respecto al traslado dispuesto por autoridad pública el antiguo Código perdía de vista la protección de las personas con discapacidad en temas tan sensibles como el derecho al debido proceso para la pérdida de la libertad. En este sentido el artículo 42 se erige como obligación de colaboración de las fuerzas de seguridad y servicios de salud para la protección de la persona pero solo habilita el traslado de la persona que se encuentre en riesgo cierto e inminente, cuando no haya algún otro medio para su protección. En definitiva el

traslado no implicaría internación hasta tanto no se realice el examen correspondiente y de admitirse deberá cumplirse con la ley especial respecto a los plazos y modalidades.

En lo relativo a sistemas de apoyo al ejercicio de la capacidad, el juez debe garantizar a la persona el acceso al apoyo que pueda requerir para facilitarle la toma de decisiones relativas a su persona, el ejercicio de derechos personales, la administración de sus bienes y la celebración de actos jurídicos en general. La función de toda medida de apoyo es promover la autonomía de la persona, y facilitarle la comprensión, comunicación y manifestación de voluntad para el ejercicio de sus derechos. Dichas medidas pueden ser de carácter judicial o extrajudicial. La persona puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza a dicho fin. El juez debe indicar los alcances de la designación y procurar las salvaguardas necesarias para proteger a la persona respecto de eventuales con-

flictos de intereses o influencia indebida. La resolución debe establecer la condición y calidad de las medidas de apoyo y, en caso de ser necesaria, su inscripción en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.

El sistema de apoyo debe ser diseñado a partir de las necesidades y circunstancias concretas de la persona. Puede ser individual o colectivo. Así, puede conformarse a través de un asistente personal, un familiar o red de familiares, un allegado o red de allegados, una asociación, una institución oficial, o cualquier otra opción que pueda propiciar al objeto de su función, que no es otra que la promoción de la autonomía y la protección y el ejercicio de sus derechos.

Si bien los sistemas de apoyo pueden conformarse a través de diferentes modalidades (asesoramiento, interpretación, contención, codecisión, o incluso en casos excepcionales representación), el elemento trascendental del modelo de apoyos radica en su filosofía subyacente, que

se materializa en el interés jurídico protegido, esto es: la autonomía y el ejercicio de los derechos de la persona. A diferencia del modelo tutelar-sustitutivo, el modelo de apoyos no tiene como principal objetivo la "protección" de la persona, sino "reconocer y garantizar sus derechos". Y eso tiene profundas consecuencias para el derecho, puesto que el foco ya no se centra en procurar tomar la mejor decisión para proteger a la persona desde parámetros externos u objetivos, sino en dotarle de las herramientas y los apoyos necesarios para que ella misma pueda tomar la decisión y ejercer sus derechos desde parámetros propios.

El objetivo principal del apoyo es el "facilitar "a la persona la "toma de decisiones". Con lo cual resulta evidente que el objetivo del apoyo no es decidir" por" la persona, sino facilitarle la toma de sus propias decisiones, pero no el único. La toma de decisión es un proceso humano, pero que de algún modo tiene un correlato jurídico donde se presentan dife-

rentes elementos individualizantes (comunicación, comprensión, y manifestación de la voluntad).

Los apoyos deben ser siempre la primera alternativa al momento de solicitar medidas judiciales relativas a la capacidad jurídica de las personas, ya que se trata de la medida menos restrictiva a la autonomía y es la que se corresponde plenamente con los estándares universales de derechos humanos.

Es por ello que el juez nunca podrá imponer una medida más restrictiva sin haber considerado, evaluado y determinado que los apoyos no resultan suficientes ni eficaces para garantizar el ejercicio de los derechos de la persona.

En relación a los sistemas de apoyo, se introduce una herramienta fundamental para garantizar el ejercicio de la capacidad jurídica en condiciones de igualdad, que se proyecta sobre todos los ámbitos de la vida, pero desde las circunstancias

específicas de la persona.

De este modo, se da un paso de vital importancia desde el modelo de sustitución (basado en la identidad de la persona) hacia un modelo de apoyo (basado en la situación de la persona).

El Código derogado concebía exclusivamente la figura del curador (aunque diferentes tipos y funciones). El nuevo Código, si bien mantiene la institución de la curatela, la ha restringido sólo para el caso de incapacidad, que se prevé excepcionalmente cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado, y siempre que el sistema de apoyos resulte ineficaz.

Asimismo el parágrafo 3° (arts. 44, 45, 46 CC) establece el régimen de nulidades de los actos celebrados por la persona que haya sido, en relación con los mismos, declarada incapaz o con capacidad restringi-

da. Se considera nulo el acto o actos posteriores a la inscripción de la sentencia que contraría lo dispuesto en su contenido. Se considera anulable el acto anterior a la inscripción de la sentencia que resulta en perjuicio de la persona y que cumple con alguno de los extremos de notoriedad, mala fe o gratuidad. Se establece la improcedencia de la acción de nulidad post mortem del acto o actos celebrados por persona incapaz y con capacidad restringida en relación con los mismos, con anterioridad a la inscripción de la sentencia, salvo que la muerte haya acontecido después de promovida la declaración de incapacidad o capacidad restringida, que sea a título gratuito, o que se pruebe mala fe por parte de quien contrató con ella.

Finalmente el cese de la incapacidad o de la restricción a la capacidad será decretado por el juez que la declaró. Si el restablecimiento no es total sino parcial, corresponde la ampliación de la nómina de actos que la persona puede realizar por sí misma

o con la asistencia de curador.

En ambos casos se requiere un dictamen de equipo interdisciplinario, que se expida sobre el restablecimiento.

Como corolario de esta reseña respecto al tema de “Restricciones a la capacidad”, relataremos brevemente un caso resuelto provisoriamente por el Tribunal Colegiado de Familia de la 4ta. Nominación de la ciudad de Rosario, en la que la Señora Jueza de Trámite, ordenó la designación de curador provisorio conjunto en favor de la persona cautelada. La Señora XX concurrió a la Defensoría Zonal N°2, a cargo del Dr. Carlos Valdes Tietjen, a los fines de promover la demanda de restricción a la capacidad de su hermano XXX, en salvaguarda de sus derechos y a los fines de que el mismo pueda ser institucionalizado. Atendiendo a los problemas de salud de la peticionante, la Señora Jueza convocó a una audiencia a los familiares que se encontraban en igual grado para ejercer la representación de la cautelada, y luego resolvió de-

signar a la Señora XX como curadora provisoria de la Señora XXX, conjuntamente con otra hermana XXXX, debiendo esta última realizar aquellos trámites necesarios para su institucionalización (es decir ésta última es designada curadora al solo efecto de realizar trámites ante el PAMI y/u otros órganos administrativos). ■

CITAS

¹ En efecto, la doctrina ha puesto de relieve rasgos estigmatizantes o discriminatorios de las palabras que llevó Vélez al Código Civil en materia de capacidad, ponderando la nueva prosa indulgente y democrática del CCCN. Claramente, el razonamiento responde al 'giro lingüístico' que domina el pensamiento posmoderno. Véase al respecto “*La capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el nuevo Código Civil y Comercial bajo la lupa de los derechos humanos*”, FERNÁNDEZ, SILVIA, *La Ley*, Revista del Código Civil y Comercial, 2015, julio, 73.

² Entre otros tantos, debemos citar en pri-

mer lugar a Freud, que con sus trabajos sobre el inconsciente incorporó una dimensión paralela a la pura conciencia y a la pura razón. Pero también ADORNO Y HORKHEIMER, con su '*Dialéctica del Iluminismo*', se propusieron expresamente desnudar los riesgos de aquella razón ilustrada que llevó al mundo al desastre del Holocausto. También Foucault, en su estudio sobre la locura en la época clásica, pretendió descubrir los tabúes de aquella relación simbiótica entre razón y demencia. Y otros tantos que, al correr del siglo XX, coincidieron en su ataque a la razón, y vieron en la locura no una enfermedad, sino una injusta marginación, y hasta incluso, una nueva forma de conocimiento.

³ Es clara la influencia que han tenido los tratados internacionales de derechos humanos en el nuevo sistema de restricciones a la capacidad que impone el CCCN, especialmente se percibe la inspiración de la Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad. Véase sobre el particular “*Bases para una relectura de la restricción a la capacidad civil en el nuevo código*”, KEMELMAJER, AÍDA y otros, *La Ley*, AR/DOC/2518/2015, www.informacionlegal.com.ar.



myf

386

Consecuencias de la identidad tardía

Dra. María Belén
Baclini

*Defensora Zonal N° 3
de Rosario*

myf

387

I. Introducción

En términos psico-sociales, se ha expresado que, el concepto de la identidad se encuentra estrechamente vinculado con el desarrollo del concepto que cada individuo tiene de sí mismo, que se manifiesta en cada persona cuando reconoce que él o ella es distinto: un individuo único. Esta percepción comienza a una edad temprana, e implica también el desarrollo de la conciencia sobre quién es uno mismo y a donde pertenece. En este sentido, la identidad de una persona está definida en función de las percepciones y valoraciones que tiene acerca de sí misma, de acuerdo a sus características físicas, su personalidad, sus habilidades, etc...

Al respecto se ha referido que: “La identidad del ser humano presupone un complejo de elementos vinculados entre sí, de los cuales algunos son de carácter predominantemente espiritual, psicológico, o somático, mientras que otros son de diversa índole, ya sea cultural, ideológica, los que perfilan el ser elementos que contribuyen al delineamiento de nuestra identidad, nuestro origen.

II. Desarrollo del primer caso. Inscripciones tardías de las personas que se encuentran privadas de su libertad.

Nos ocupamos del señor J.P. y/ o J.P.C. Es un joven que se acercó en una oportu-

nidad a la defensoría con su novia y su pequeño bebé. En aquel momento recuerdo su preocupación por tener su DNI, ya que estaba en libertad condicional, y tenía intención de comenzar una nueva vida y tener oportunidades laborales para poder formar una familia. Los trámites judiciales previos a la iniciación del expediente de “Inscripción tardía” fueron muy engorrosos. Dicha demora fue para J.P. y/o J.P.C. la excusa perfecta para volver a delinquir, ya que no podía conseguir trabajo en blanco y ni siquiera dar un beneficio social para su hijo. Lamentablemente volvió a la cárcel. Pero esta vez el ingreso al establecimiento carcelario fue con el nombre y apellido paterno y materno, distinto a su primer ingreso, que lo hizo con su apellido paterno. Las cosas se complicaron. Tuvo una nueva defensora pública penal distinta a su primera vez entre las rejas. Imposible era unificar sus legajos sin DNI, solo restaba continuar con la inscripción tardía de nacimiento. Lo llevamos con la policía a otras instituciones como por el ejemplo el médico forense. Teníamos una misma persona con dos ingresos en el mismo sistema penal, con identificaciones diferentes. Muy complicado para los sistemas y la burocracia de nuestra legislación. Finalmente cuando la defensoría zonal logra encontrar el nudo del problema y se unifican los legajos y expedientes judiciales el juez, como medida de mejor proveer, nos pide un informe en el Ministerio Público de Acusación, algo inédito. Nunca se dictó sentencia en

la sumaria información de inscripción tardía de J.P y/o J.P.C.. Al día de hoy, y luego de tres años de trabajo, con todas las dificultades que significa para una defensoría poder acercarse al vulnerable a la oficina, encontrarlos físicamente, porque no tienen lugar estable, no tienen vivienda de material, la policía no logra notificarlos y nunca tienen el mismo número telefónico, al día de hoy J.P y/o J.P.C. no tiene su DNI. Luchamos incansablemente para obtener los informes del Renaper, certificado negativo de inscripción de nacimiento, certificado oficial del médico forense, informe del Registro Nacional de las Personas, los testigos, y otras pruebas, como un informe del Ministerio Público de Acusación. Todo fue tedioso, y por sobre todas las cosas, todos los informes a las reparticiones se repitieron porque figuraban distintos nombres: J.P. y J.P.C. El resultado nunca favorable. J.P. y/o J.P.C. sigue sin DNI. Actualmente y bajo la aplicación de la ley 27611, que modifica el procedimiento de inscripción de nacimientos fuera de término, y que reemplaza el anterior artículo 29 de la ley 26413, el caso fue derivado a la Asesoría Letrada del Registro Civil de Rosario, de la Provincia de Santa Fe.

III. Desarrollo del segundo caso. Inscripciones tardías de las personas ignoradas por la sociedad y su familia

El segundo caso que se presenta en la

defensoría es el de R.L y/o R.C. Es una mujer de 18 años que fue criada por un matrimonio amigo de sus padres biológicos. R.L y/o R.C. nos cuenta que nació en Entre Ríos, una localidad con muy pocos habitantes. Tuvo contacto con su padre biológico y sus hermanos, pero todos desconocen el paradero de la madre. El pueblo donde nació era muy chico, por lo tanto, como dice el dicho, *...#pueblo chico infierno grande#*. Su madre, en aquel entonces, menor de edad, avergonzada por tener 14 años, no quiso criarla y se la dejó al padre. Su padre, conoció otra mujer, y formó una familia nueva, donde R.L y/o R.C. no tuvo entidad. Luego el padre comenzó a tomar alcohol y nunca más volvió a su realidad.

R.L y/o R.C. se presenta en la defensoría porque estaba embarazada y no quería repetir su historia. Ella nunca tuvo DNI. Los padres que la criaron, tenían miedo, ya que solo le hacían un favor a sus amigos de ocuparse de R.L y/o R.C. temporalmente. Nunca fue a la escuela, ni tuvo oportunidades sociales y culturales. Su madre biológica desapareció, nunca nadie supo de ella. Su padre biológico alcohólico, poco le importaba de su vida.

Actualmente R.L y/o R.C. lucha por tener identidad y por cambiar el apellido de su padre biológico que figuraba en el certificado de nacido vivo. Mientras tanto, nació su bebé, que figura en la partida de nacimiento sin el nombre y apellido de la madre. Una vez que la defensoría logre sus objetivos, inscribir a R.L. y/o R.C.

para que obtenga su D.N.I. Cambiar el apellido paterno que figura en su certificado de nacido vivo y por último agregar a R.L o R.C. en la partida de nacimiento de su hijo. Recién en esta instancia, lograríamos dar identidad y derechos, a quien no fue auxiliada por el estado.

Conclusión

En primer lugar debemos dejar en claro que más allá de la petición procesal en el proceso se encuentra comprometido el derecho de raigambre constitucional, como es el "derecho de toda persona a llevar un nombre" (art. 15 de la Const. Provincial; arts. 18, 75 inc. 22 y cctes de la Constitución Nacional). La trascendencia que reviste este derecho personalísimo como así también el de poseer un documento de identidad requiere, por parte del órgano jurisdiccional, un esfuerzo adicional que implique despojar al "procedimiento" de todos los obstáculos formales que lo tipifican en pos de la búsqueda de soluciones útiles, superadoras, y, fundamentalmente, adecuadas para dar una verdadera solución al problema planteado.

La identificación es dar los datos personales necesarios para ser reconocidos. La identificación es posterior a la identidad, necesariamente posterior, ya que no puede identificarse lo que no existe. Dicho de otra manera, no debe confundirse el derecho fundamental a la identidad, con los signos visibles te-

nidos en cuenta a fin de establecer una identificación. El asiento documental donde constan los datos personales plasmados para identificar, no confiere una identidad sino que simplemente, en un momento dado, frente a los datos que se le ofrecen y según criterios establecidos, delimita y plasma los rasgos que como evidentes, se le presentan. El proceso de identificación reconoce lo que es. Una persona por el solo hecho de serlo, de existir, posee una identidad, y conforme se atraviesan distintas etapas de la vida hay rasgos que pueden presentarse como más evidentes que otros. Es responsabilidad de nuestra generación exigir a los dirigentes de gobiernos, empresas y comunidades que cumplan sus compromisos y actúen de una vez por todas en favor de los derechos de los niños. *Han de comprometerse a garantizar que cada niño disfrute de todos sus derechos.* No es tan difícil, no hace falta solamente voluntad política, sino sensibilidad social.

Le damos la bienvenida a la sanción de la Ley Nacional 27611 que modifica el procedimiento de inscripción de nacimientos fuera de término, reemplazando al anterior Artículo 29 de la Ley 26413.

El Documento Nacional de Identidad (DNI) es importante para probar tu identidad y para ejercer otros derechos fundamentales. Tener tu DNI es tu derecho y tu obligación. ■



myf

390

Rectificación de Partidas: una identidad jurídica

Dra. Graciela
Fournier

*Defensora Zonal N° 4
de Rosario*

myf

391

La rectificación de partidas constituye un procedimiento judicial o administrativo, en virtud del cual se pretende a través de la realización de una serie de pasos, reformar o modificar el contenido de documentos. La corrección de omisiones o errores materiales se puede realizar sobre Actas de nacimientos, matrimonios y de defunción. Entendiendo por omisión, a la ausencia de datos exigidos en el formato del documento y por errores materiales, a aquella información que genera discrepancia entre lo consignado y lo real.

Dentro de los Derechos Humanos de primera generación, se destaca el Derecho a la Identidad, que puede ser conceptualizado como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y que comprende al Derecho a la Nacionalidad, al Nombre y a las relaciones de familia.

El Derecho a tener Nombre y Nacionalidad implica que todo sujeto debe ser registrado después de su nacimiento, constituyendo una obligación para los progenitores. Esta acción supone el reconocimiento por parte del Estado de la existencia de las personas nacidas con vida, y la formalización de dicho nacimiento ante la ley. Además, el registro de natalidad permitirá preservar los orígenes familiares, conformando un elemento imprescindible para su identidad.

La Rectificación de Partidas surge como una herramienta ante posibles casos de vulneración del Derecho a la Identidad, que implicaría estar frente a situaciones que restrinjan severamente las oportunidades para ejercer efectivamente los alcances que la ley brinda en tanto sujetos de derechos. Se trata de remover el obstáculo que impide el pleno desarrollo de sus capacidades.

La privación del derecho a la iden-

tidad o las carencias legales en la legislación interna para el ejercicio efectivo del mismo, colocan a las personas en situaciones que le dificultan o impiden el goce o el acceso a derechos fundamentales, creándose así diferencias de tratamiento y oportunidades que afectan los principios de igualdad ante la ley y de no discriminación y obstaculizan el derecho que toda persona tiene al reconocimiento pleno a su personalidad jurídica¹.

Con todo lo dicho, podré realizar un análisis de los casos que se presentaron ante la Dependencia, abordando las problemáticas actuales, atendiendo al marco normativo y al contexto.

1) M. N. B. s/ RECTIFICACIÓN DE PARTIDA. CUIJ 21-02911876-8 en trámite ante el Juzgado de Primera Instancia Civil y Comercial de la Décimo Séptima Nominación de Rosario.

La Sra. M. N. B., se presentó ante esta

Defensoría General Zonal N° 4 de Rosario para solicitar patrocinio letrado a los efectos de rectificar su partida de nacimiento a fin de que en la misma se añadiera su número de Documento Nacional de Identidad. Dicha partida se había confeccionado luego de que la señora realizara su inscripción tardía de nacimiento, también con patrocinio de esta oficina.

Junto a la demanda se acompañó copia certificada de su partida de nacimiento y de su Documento Nacional de Identidad.

En el proveído se ordenó correr vista a la Asesoría Letrada y al Sr. Fiscal. El Sr. Asesor Letrado solicitó se oficiara al Registro Nacional de las Personas a fin de que informara si dicha ciudadana detentaba el Documento Nacional de Identidad presentado en autos. Una vez recibida la respuesta de dicho oficio, que confirmó el número informado, el Sr. Asesor Letrado emitió dicta-

men considerando que correspondía ordenar la rectificación ordenada.

A continuación el Sr. Fiscal coincidió con el Sr. Asesor Letrado en cuanto a la procedencia de la pretensión, por lo que la Sra. M.N.B. solicitó, con patrocinio letrado de esta defensoría, se dictara resolución. Dicha sentencia se registró bajo el N° 2287 con fecha 07 de noviembre de 2019, ordenando la rectificación del acta de nacimiento de M.N.B. para que en la misma se agregará su número de Documento Nacional de Identidad, ordenándose se libran los despachos correspondientes, por lo que se acompañaron oficios a la firma dirigidos al Registro Civil de la Provincia de Santa Fe y oportunamente se le entregaron a M.N.B. junto con una copia certificada de la resolución a fin de que se presentara ante dicha dependencia para inscribir la rectificación ordenada.

2) L. D. S. s/ RECTIFICACIÓN DE PAR-

TIDA (CUIJ 21-02894486-9), en trámite ante el Juzgado de Primera Instancia Civil y Comercial de la Décimo Primera Nominación de Rosario.

La Sra. D.S.L. solicitó asesoramiento de esta Defensoría ya que en su partida de nacimiento se había consignado erróneamente su apellido paterno, siendo el mismo L.M; por lo que se le informó la posibilidad de iniciar una Rectificación de Partida. Se acompañó a la demanda la partida de nacimiento de la actora y el certificado de defunción de su progenitor. En el proveído de la demanda V.S. ordenó correr vista al Asesor Letrado del Registro Civil y al Sr. Agente Fiscal. La actora acompañó certificado de nacimiento de su padre, O.R.L.M, nacido en Chile. Previo a emitir dictamen, el Sr. Asesor Letrado solicitó que, salvo mejor criterio de V.S, se debía oficiar al Registro Civil de C.A.B.A. (solicitando información sobre la partida de nacimiento de L.D.S; al Registro Na-

cional de las Personas y a la Dirección Nacional de Migraciones (con referencia al Sr. O.R.L.M).

Una vez cumplido el diligenciamiento de dichos oficios, se agregaron los mismos a autos y se corrió nueva vista al Sr. Asesor letrado, quien dictaminó a favor de la pretensión deducida en autos. El Sr. Fiscal afirmó no tener nada que observar. En fecha 27 de febrero de 2019 V.S. dictó la resolución N° 286 que aprobó la sumaria información y ordenó la rectificación de partida de nacimiento de D.S.L, en el sentido que el correcto nombre del padre de la inscripta es O.R.L.M y que su número de documento nacional de identidad es XX.XXX.XXX, así como que el apellido correcto de la inscripta es L.M, ordenando se libran los despachos correspondientes. Librados que fueron los oficios para Registro Civil y la copia certificada de la resolución (todos ellos con el consiguiente sello de autenticación del

Tribunal Superior) se le entregaron a la actora para que procediera a la rectificación correspondiente.

Ambos casos obtuvieron Resolución en el año 2019, dentro de un contexto con amplia protección para los Derechos Fundamentales y un nuevo marco normativo, ya que a partir del 2015 comenzó a regir el nuevo Código Civil y Comercial. Este último, contempla en su artículo 96 la rectificación de partidas, pero simplifica la regulación a la prueba de hechos biológicos como ha de ser el nacimiento y dicha simplificación se funda en la remisión expresa que hace a la legislación especial, puntualmente refiere en este caso a la ley 26.413.

La ley 26.413, establece que todos los actos o hechos que den origen, alteren o modifiquen el estado civil y la capacidad de las personas deberán inscribirse en los correspondientes registros de las provincias, de la Nación y de la Ciudad Autónoma de

Buenos Aires. Con la sanción de dicha ley en 2008, se derogó el Decreto Ley 8204/ 63 y Argentina asumió el compromiso de evitar los Subregistros de nacimientos mediante la obligación del Estado de anotar de hecho los nacimientos que no hayan sido registrados en tiempo y forma².

Toda vez que sea necesario alterar un asiento susceptible en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, que exceda las atribuciones de dicha Dirección, es menester acudir a la vía judicial dando origen así, al proceso de rectificación de partida. Las inscripciones sólo podrán ser modificadas por orden judicial³. Todas las resoluciones judiciales que den origen, alteren o modifiquen el estado civil o la capacidad de las personas, deberán ser remitidas al Registro de origen de la inscripción para su registro. En todos los casos, los jueces, antes de dictar sentencia, deberán correr vista a la dirección general que correspon-

da⁴. Cuando éstas se refieran a inscripciones ya registradas, los oficios o testimonios deberán contener la parte dispositiva de la resolución, especificando nombres completos, oficina, libro, año, folio y acta de inscripción a la que se remiten. Se dispondrá se tome nota de la misma, consignando la parte pertinente de la resolución judicial, fecha, autos, juzgado y secretaría en que éstos hubieren⁵.

Si entendemos que a través de las partidas se deja asiento de acontecimientos que alteran la situación jurídica de las personas, ante cualquier error se torna necesaria la subsanación del mismo para evitar perturbar Derecho alguno. La rectificación puede tramitarse vía administrativa o judicial con el fin de subsanar la irregularidad obrante en el documento.

La postura de los funcionarios judiciales debe ser acorde al ordenamiento y respetuosa a los Derechos

de la persona actora. La conjugación de los arts. 1º, 2º y 3º del Código Civil y Comercial establece que los jueces y juezas deben resolver los casos que lleguen a su conocimiento mediante una decisión razonablemente fundada, la cual es producto de aplicar la fuerza normativa de la Constitución y los tratados de derechos humanos como una regla de reconocimiento plenamente operativa que ressignifica y resimboliza de forma permanente los contenidos del Derecho⁶.

Conclusión

El Derecho a la identidad es un Derecho fundamental, un Derecho personalísimo y por ello su respeto hace la dignidad de la persona, de modo que en definitiva estamos ante un Derecho Humano.

Destaco el rol fundamental de los funcionarios del Poder Judicial en la

protección del Derecho a la Identidad y en su colaboración activa para que la población que ha visto vulnerada su Garantía Constitucional conozca la verdad de sus orígenes.

Si bien los casos que llegaron a la Dependencia no fueron muchos, existen múltiples causales que den lugar a una Rectificación de Partidas, especialmente la que se destaca a raíz de la evolución en el desarrollo del Derecho es la Identidad de género. Para construir la igualdad es ineludible el combate de las desigualdades estructurales y la afirmación de la diversidad.

La rectificación de partidas constituye un procedimiento que surge por la necesidad de cumplir con la finalidad para la cual fue creada la institución del Registro, ya que las partidas son instrumentos que sirven como medios de pruebas sobre la situación jurídica de las personas.

A modo de ejemplo citaré fallos del tema en cuestión con los que se podrá hacer visible el funcionamiento de la vía judicial, el respeto a los Derechos de las personas y la aplicación de la normativa.

Núñez, Mateo Andrés s/Información sumaria: Resulta procedente incorporar a la partida de nacimiento del menor el número del documento nacional de identidad de la progenitora si se acreditó esta circunstancia, aun cuando no fue aportado al momento en que se celebró el acta, en tanto si bien la modificación solo puede hacerse por orden judicial, el órgano puede también ordenarla cuando hay omisiones o errores materiales evidentes. La ley 26.413 del Registro del Estado Civil y Capacidad de las personas en su art. 33 dispone que a los efectos de completar la identificación descrita en el art. 32, las direcciones generales deben implementar un formulario, prenumerado denominado "Certificado Médico de Nacimiento", en

el que deben figurar los datos de la madre incluido su tipo y número de documento de identidad..." y, en caso de que carecieren de estos últimos, se dejará constancia de edad y nacionalidad, circunstancia que deberá acreditarse con la declaración de dos testigos de conocimiento, debidamente identificados, quienes suscribirán el acta⁷.

Como análisis de dicho fallo, es imprescindible relacionar la normativa existente sobre protección de los Derechos de niños, niñas y adolescentes. La Convención sobre los Derechos del Niño surgida de la órbita del sistema internacional de los derechos humanos, data de noviembre de 1989, y es ratificada por nuestro país y por ende incorporada a nuestro orden normativo interno, mediante la Ley 23.849 en septiembre 1990. Y es necesario recordar aquí que desde el año 1994 con la reforma de nuestra Carta Magna, la Convención de los Derechos del Niño tiene jerarquía constitucional confor-

me lo normado con el artículo 75 inciso 22 de nuestro texto constitucional.

Por otro lado, la ley 26061 de Protección integral, en su artículo 11 regula explícitamente el Derecho a la Identidad.

No puede desconocerse que el derecho a la identidad del ser humano es mucho más profundo y complejo que el conocer sus orígenes y seguramente no basta con que el niño conozca cuál es su origen para respetar este Derecho.

B., L. M. c/ En-M Interior OP y V s/ Información Sumaria: Se presenta L. M. B. e inicia la presente información sumaria a fin de solicitar la rectificación de los datos consignados en su partida de nacimiento y en su documento nacional de identidad, requiriendo que en los mismos se refleje su real identidad de género, esto es: "femineidad travesti". Explica que luego de la entrada en vigencia de la Ley 26.743 de Identidad de Género, ante su soli-

cidad en el Registro Civil se le expidió una nueva partida de nacimiento y un nuevo documento de identidad, modificándose su nombre y consignándose como sexo “femenino”. Manifiesta que su verdadera identidad no es “masculina” ni “femenina”, por lo que estas únicas opciones del sistema binario de identificación de sexo de las personas, no son representativas de su identidad de género autopercebida.

En su minucioso escrito de inicio, sostiene, entre otros argumentos, que “la identidad de género de una persona es la que ella misma autopercebe y por ende hace a su esfera más íntima. En virtud de ello debe ser respetada dicha identidad, ya que de no hacerse lugar a su petición se estaría violando ese derecho, lo que implica una restricción al ejercicio de un derecho personalísimo como lo es el derecho a la identidad”⁸.

La ley 26.743 de identidad de género en el art. 1° reconoce a toda persona

el derecho al reconocimiento de su identidad de género; al libre desarrollo de su persona conforme a su identidad de género; a ser tratada de acuerdo con su identidad de género y, en particular, a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acreditan su identidad respecto de el/los nombre/s de pila, imagen y sexo con los que allí es registrada. Algo a destacar de la mencionada ley sancionada en el año 2012 es que significó el paso del paradigma médico al cambio de género en el registro civil sin necesidad de acreditar ningún requisito, expresamente se manifiesta la no necesidad previa de modificación corporal alguna ni certificación de ningún tipo y la autoridad pública que interviene es administrativa y no judicial. ■

CITAS

¹ Opinión aprobada por el Comité Jurídico In-

teramericano sobre el Alcance del Derecho a la Identidad (OEA); agosto de 2007; número 17.

² Derecho a la Identidad Jurídica: Estrategias de abordaje para su efectivización. Ministerio de Desarrollo Social. Presidencia de la Nación. Iadepp.

³ Art. 84, ley 26.413.

⁴ Art. 78, ley 26.413.

⁵ Art. 79, ley 26.413.

⁶ DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, “*El Estado constitucional y convencional de derecho*”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2016, 2ª ed. ampliada y actualizada.

⁷ CNCiv, Sala K, 21/3/2011, Sumario N°20734 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil, publicado en Infojus, Sumario N° Co409100.

⁸ Fallo del Juzgado Nacional en lo Civil N° 7, 01/03/2019.



myf

398

La mediación como método alternativo de solución de conflictos

Dra. Carla
Gallardo

*Defensora Zonal N° 5
de Rosario*

myf

399

¿Qué es una mediación?

Mediar es acompañar a dos o más personas que no logran ponerse de acuerdo en la solución de un conflicto que los aqueja en la búsqueda de la solución adecuada para ellos. Es un método alternativo de solución de conflictos interpersonales, conflictos que por la naturaleza humana, y la vida en sociedad que llevamos, siempre aparecen en las relaciones entre personas ya sea en ámbitos familiares, laborales, escolares etc.

Esos conflictos pueden resolverse de manera autocompositiva, cuando las partes logran llegar a una solución sin intervención de terceros o pueden resolverse por ante un tercero que dirima la contienda, como sería el caso de una sentencia judicial.

En la actualidad puede verse que el diálogo ha dejado de ser la manera

principal para solucionar conflictos, las personas en pos de la defensa de sus intereses o creencias deja de escuchar los argumentos de quien tiene enfrente y es ahí donde la mediación se vuelve eficaz y necesaria para abordar un conflicto y llegar a una solución que lo pacifique. Es una herramienta que puede aplicarse a todos los aspectos de la vida, allí donde veamos que mediante la palabra no puede lograrse un acercamiento, la intervención de un tercero imparcial puede ser de ayuda para pensar con el otro la mejor solución posible.

La mediación implica que un tercero llamado mediador, acompañe a las partes en el proceso de la búsqueda de la solución al conflicto, este acompañar implica ayudarlos a que la palabra fluya, que puedan escucharse uno a otro y que de la intervención del mediador esa charla sea encaminada a que con respeto y con una escucha

activa las partes puedan encontrar ellas mismas la solución que más se ajusta a sus necesidades.

A diferencia de una solución del conflicto impuesta por un tercero, que generalmente no logra conformar a ambas partes, ya que uno resulta "ganador" y el otro es el "perdidoso" lo que deja resentida o enojada a una de las partes, en la mediación se maneja la premisa de "ganar – ganar", esto es que ambas partes se sientan que ganan algo con la solución que se logra con la mediación. Se hace hincapié en que cediendo algo cada una de las partes pueden llegar a la solución que mejor se adapte a sus necesidades, que no es lo mismo que un tercero, que por lo general no los conoce personalmente ni sabe en detalle las particularidades de la vida de cada una de las partes, decida sobre cuestiones que para ellas son importantes.

Que la solución nazca de las mismas partes es siempre un aliciente para intentar llegar a un acuerdo a través de una mediación, sin dejar de lado que la misma es mucho más rápida que la solución que puede lograrse mediante un pleito judicial y gratuita si se realiza en la Defensorías Zonales o en el Centro de Mediación Judicial que depende el Poder Judicial de Santa Fe.

¿Es la mediación un método eficaz para resolver conflictos?

Según las estadísticas recolectadas por el Centro de Mediación del Poder Judicial, datos que son del año 2019 conforme fuera publicado en el diario La Capital en fecha 15/12/2019, la efectividad de la mediación en cuestiones civiles alcanza al 70% de los casos que llegan a dicha oficina. Resaltan los funcionarios que

están a cargo de esa oficina que “El servicio funciona desde 1999 y los últimos cinco años las intervenciones en temas civiles crecieron un 475 por ciento. El nivel de éxito en las resoluciones alcanza el 70 por ciento en promedio y se convirtió en una herramienta eficaz y creativa para salvar vínculos donde a veces sólo falta generar un espacio para que circule la palabra”.

La experiencia en las Defensorías Zonales de Rosario es que la cantidad de acuerdos que se logran, en relación a las causas que se derivan a las Defensorías Generales Civiles para la iniciación de un juicio, es altísimo. De cada diez intervenciones que se llevan adelante en la Defensoría 8/9 resultan satisfactorias, ya sea con una sola o dos o más intervenciones. Estos acuerdos suelen sostenerse en el tiempo, y en caso de nuevos conflictos las partes vuelven

por una nueva intervención que logra readecuar lo acordado a la nueva realidad que tienen.

En cuanto a las materias objeto de mediación, se puede mediar tanto en cuestiones civiles como penales. Desde las Defensorías Zonales intervenimos sólo en cuestiones civiles siendo las más comunes las problemáticas referidas al Derecho de Familia, alimentos, régimen de comunicación, atribución del hogar conyugal, problemas entre hermanos, sucesiones, etc. y por otro lado los problemas de tipo social siendo en su gran mayoría los problemas entre vecinos, referidos a la convivencia como ser ruidos molestos, goteras, basura, animales domésticos, etc.

La intervención de las Defensorías Zonales se circunscribe respecto de las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad,

teniendo como eje las Reglas de Brasilia, por cuanto dispone que las personas en situación de vulnerabilidad no se limita a aquellos que no tengan medios económicos para acceder a un abogado particular, sino que el servicio alcanza a todas aquellas personas que por cualquier motivo, sea económico, de género, de salud, de nacionalidad, etc. encuentre una dificultad en el acceso al sistema de justicia y a la protección de sus derechos. De ahí que el porcentaje de la población que se encuentra amparada en el acceso garantizado a la justicia es muy amplia.

¿Cualquier problema puede solucionarse con una mediación?

Una amplia variedad de cuestiones problemáticas que aquejan a toda la sociedad en cuanto por naturaleza

vivimos en sociedad y nos relacionamos en diversos ámbitos, familiares, escolares, laborales, etc. pueden solucionarse con una mediación.

Las cuestiones donde está comprometido el orden público, no son mediables, no pueden ser objeto de una mediación ya que la respuesta a esos casos no depende de la voluntad de las partes por estar en juego valores que se consideran que están por encima de la voluntad de las personas y el Estado les da un valor preponderante. Así, por ej., aunque ambos cónyuges estén de acuerdo en que no quieren estar más casados, y logren acordar todas las cuestiones relativas al divorcio, alimentos, plan de parentalidad si hay hijos menores de edad, bienes de la sociedad conyugal y no haya ninguna cuestión pendiente de solución, de todas formas no puede formalizarse el divorcio por acuerdo de partes. En ese caso sí o

sí es necesario iniciar un expediente judicial y que sea un Juez el que decida el divorcio mediante una Resolución Judicial. Lo mismo pasa en cuestiones relativas a la filiación de las personas, si una persona realiza un reconocimiento de un hijo y ello no coincide con la realidad biológica, no puede luego concurrir por ante el Registro Civil y dejar sin efecto dicho reconocimiento. Deberá necesariamente iniciar un juicio para que un Juez decida dejar sin efecto o no dicho acto de reconocimiento paterno filial. Estos son algunos ejemplos de las cuestiones de orden público que no pueden ser objeto de mediación.

Cuando existan relaciones personales en las que haya presencia de hechos o actos de violencia familiar, la mediación tampoco puede intentarse. En esos casos donde las partes no están empoderadas en la misma forma, donde existe una relación de

poder de una de las partes por sobre la otra, la mediación no es posible, allí se requiere indefectiblemente que una autoridad, un Juez con poder superior al de las partes, ponga equilibrio en esa relación y ajustando el resultado a equiparar dicha relación, ya que una de las partes se encuentra en una situación de inferioridad o de sometimiento respecto de la otra lo cual podría impedir que se llegue a un acuerdo que realmente contemple y proteja los intereses de la parte más vulnerable. Muchas veces sucede también que existen medidas de protección emanadas judicialmente donde se dispone una prohibición de acercamiento entre las partes, lo que hace que la reunión de mediación donde las partes interactúan en presencia del mediador no pueda llevarse a cabo.

Como mencioné anteriormente las cuestiones penales también pueden

ser objeto de mediación. Los encargados del Centro de Mediación Judicial dependiente del Poder Judicial de Santa Fe relatan respecto de la mediación penal que su experiencia la misma es satisfactoria y logra que las partes puedan acercar posiciones, pedirse disculpas y lograr una cierta paz en las relaciones víctima-victimario. Explican que trabajan con "personas que piden al poder judicial la sanción de una conducta, pero nosotros debemos convencerlos de la autocomposición del conflicto. Es un proceso doble, porque hay que lograr que la persona que exige una pena o un límite a quien le generó un daño, internalice que se puede resolver de otra manera. Eso evita conflictos que pueden escalar con consecuencias más graves." Resaltan que los casos que llegan a mediación penal son derivados en su mayoría del Ministerio Público de la Acusación.

¿Es obligatorio intentar primero una mediación antes de iniciar un juicio?

A partir del año 2011 rige la Ley 13151 en todo el ámbito provincial que establece la Mediación Prejudicial Obligatoria, esto es que para determinados casos es necesario haber intentado, antes de poder iniciar un juicio, una mediación. La finalidad de este requisito es que las partes intenten primero solucionar el conflicto con la ayuda de un mediador y de esa forma lograr un acuerdo integral de las cuestiones que los aquejan, no saturar los Juzgados con problemas que pueden solucionar las partes sin necesidad de una sentencia judicial, encontrar soluciones en forma rápida y eficiente y con gratuidad o bajo coste.

La ley establece en su art. 2 que se instituye al Mediación con carácter de

instancia previa obligatoria a la iniciación del proceso judicial en todo el ámbito de la provincia.

En el art. 4 enumera los supuestos donde esta instancia previa de mediación no es requerida, y así deja establecido que el procedimiento de mediación obligatoria prejudicial no será de aplicación en los siguientes supuestos: a) Causas penales y de violencia familiar, b) Acciones de separación personal y divorcio, nulidad del matrimonio, patria potestad, filiación, adopción y alimentos provisorios que determina el art. 375 del Código Civil, c) Causas en las que el Estado Provincial, sus municipios, comunas o sus entidades descentralizadas sean parte, d) Procesos de inhabilitación, declaración de incapacidad y de rehabilitación, e) Acciones de amparo, hábeas corpus, hábeas data e interdictos, f) Medidas cau-

telares, g) Medidas preparatorias y de aseguramiento de pruebas, h) Juicios sucesorios, i) Concursos preventivos y quiebras, j) Causas que sean de competencia de la Justicia Provincial del Trabajo, k) Procesos voluntarios, l) Convocatoria a asamblea de copropietarios prevista por el artículo 10 de la ley 13512 y m) En general, todas aquellas cuestiones en que esté involucrado el orden público o, que resulten indisponibles para los particulares.

El art. 5 dispone que en las cuestiones derivadas del derecho de familia, el requirente deberá llevar a mediación previa obligatoria todos aquellos temas que refieran a cuestiones que no estuvieran expresamente excluidas de la presente ley, y en defecto el juez, previo a todo trámite, deberá remitir estos temas a la instancia de mediación.

¿En qué consiste una audiencia de mediación?

En la audiencia de mediación, estarán presentes las partes involucradas en el conflicto, que pueden ser dos o más personas, sus abogados en el caso de que decidan tener asistencia letrada, el mediador y en algunos casos puede haber co-mediadores presentes.

El art. 14 de la ley 13151 dispone respecto de la mediación prejudicial obligatoria la comparencia personal de las partes a la mediación, estableciendo que no podrán hacerlo por apoderado, exceptuándose a las personas jurídicas y las domiciliadas en extraña jurisdicción. Además impone la asistencia letrada obligatoria, lo cual no es necesario en las mediaciones que se realizan en forma voluntaria sin tener por finalidad la iniciación de un juicio que la requiera.

El encuentro se inicia con una explicación breve de los alcances de la mediación y del desarrollo de la misma, se les hace saber el carácter de confidencialidad que rige tanto para las partes como para el mediador y se firma un acta al respecto.

Luego se le da la palabra sucesivamente a cada una de las partes, empezando por lo general por la que parte que solicitó la mediación.

La habilidad del mediador se encuentra en lograr que la palabra fluya, que las partes pueden expresar sus sentimientos respecto de la situación que atraviesa, llevándolas siempre a través de la palabra a poder decir qué expectativa tienen del encuentro, qué es lo que realmente les gustaría lograr, qué necesitan para sentirse que pudieron solucionar el conflicto y siempre tratando de evitar la escalada del conflicto.

Esta última referencia es clave a fin de lograr la pacificación del conflicto, saber hacer cesar o disminuir una escalada del conflicto que puede verse reflejada en aumento del tono de la voz, llantos, reclamos incesantes sin lograr escuchar lo que la otra parte quiere decir, etc. También es importante que el mediador pueda dilucidar sentimientos o cuestiones no verbalizadas y ponerlas sobre la mesa para que las partes puedan abordarlas, haciendo que las partes puedan volver a aquellos momentos de armonía o alegres que vivieron juntos, cuando los intereses eran comunes y resaltando las coincidencias entre ellos evocando esos momentos.

Todo lo expuesto hace que las partes puedan ver con más claridad los puntos en común que tienen entre ellos, dejar de lado rencores o enojos que pueden ser la barrera para una

solución armónica de los problemas que los preocupan.

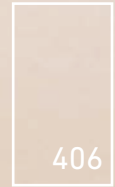
El proceso de mediación concluye una vez que se logra que las partes lleguen a un acuerdo, cuando alguna de las partes no asiste a la mediación o cuando no se logra arribar a acuerdo alguno entre las partes. En todos los casos se labra un acta, donde constan los datos de las partes, los letrados que se hicieron presentes y del mediador y en su caso del co-mediador. Todos los presentes deben firmar el acta respectiva.

El acuerdo, convenio al que lleguen las partes puede quedar como acuerdo privado válido entre partes o bien presentarse para homologar judicialmente. El art. 20 de la ley 13151 establece la homologación judicial obligatoria para aquellos casos en los que estuvieran involucrados intereses de menores o incapaces.



myf

406



El trabajo interinstitucional territorial de las defensorías zonales

Dra. Myrian
Huljich

*Defensora Zonal N° 6
de Rosario*

myf

407

El trabajo que desplegamos en las Defensorías Zonales tiene como característica primordial la de acercar la Justicia a los sectores más vulnerables de la sociedad. El emplazamiento en puntos estratégicos del ejido municipal nos permite un alto grado de inmediatez dada la proximidad geográfica que aventa obstáculos provenientes de la falta de recursos principalmente –pero no exclusivamente– económicos.

Este criterio de descentralización responde, y cada vez más, a la necesidad de dotar a sectores más vulnerables de herramientas adecuadas para la pacificación social. La dinámica formal de este objetivo se lleva a cabo mediante la realización de audiencias entre las partes en conflicto con la finalidad de arribar a acuerdos judiciales. En las mismas, no sólo se proveen recursos técnicos sino que se realiza un acompañamiento que contemple diferentes aspectos de la vulnerabilidad de los sujetos, con el objetivo de lograr una solución sustentable a mediano o largo plazo en el conflicto.

La cercanía a la Defensoría Zonal y la confianza que ésta genera y su rol, quedó evidenciado en el marco de la pandemia, en el número y diversidad de

consultas y de los trámites solicitados.

El trabajo es, además, eminentemente interinstitucional porque se articula en una red de comunicaciones con las distintas instituciones de los diferentes poderes del Estado. En especial con los Centros de Salud y CCB, Registro Civil, escuelas, instituciones religiosas, vecinales, comedores y merenderos, Centros de día, Servicio local y un trabajo conjunto con la dirección y coordinación de diferentes Centros Municipales de Distrito de Rosario. En ese marco, las Defensoras y Defensores Zonales regularmente nos acercamos en forma personal a dichas instituciones para interiorizarnos sobre problemáticas en las que podemos brindar asistencia.

Frecuentemente las consultas derivan de la recomendación directa de otro vecino o vecina que ha sido o es atendido en la Defensoría Zonal. Los temas habituales son cuestiones de familia, alimentos, régimen de comunicación, temas de capacidad, relativas al nombre, información sumaria, entre otros. No obstante, también asesoramos en casos de situaciones conflictivas entre familiares o vecinos, solicitud de documentación, servicios públicos o consumidores, cuestiones previsionales, entre otros.

Ante circunstancias particulares de vulnerabilidad, en ocasiones resulta necesario que sea el Defensor/a quien se acerque a la vivienda del vecino/a que requiere atención.

Los medios para realizar las consultas son variados y por diferentes canales que faciliten su asequibilidad por el mayor número posible de requirentes: así, pueden serlo de manera presencial, por mensajería instantánea, por videollamadas, por correo electrónico.

Mediante convenios realizados por la Procuración de la Provincia de Santa Fe, iniciamos acciones y derivamos casos vinculados a diferentes temáticas puntuales y específicas a otras instituciones. Entre ellos, podemos mencionar el caso, de una relación de consumo (contrato bancario), una persona sin acceso a la lectoescritura nos consultó a través de un mensaje de voz en nuestro celular, porque el Banco en el que percibe sus haberes - pensión por 7 hijos-, realizaba descuentos superiores al tope legal permitido, hasta el 94% de los montos a percibir. Luego de averiguaciones que nos llevaron desde concurrir al Banco indicado, hasta la recomendación de comedores para palear la extrema situación en que se encontraba ella con

sus nietos, nos comunicamos con el equipo de la Clínica de Consumidor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Tras analizar la situación, se realizó la derivación a partir de la cual la Clínica inició un proceso judicial, donde se obtuvo una cautelar que obliga al Banco al cese del mencionado descuento.

Por otro lado, con la colaboración del Consultorio Jurídico Gratuito de la Universidad (CJG), se brindó asesoramiento en un trámite de tutela de una niña de 9 años, cuyo hermano de 19 y tutor, requería cobrar la Asignación Universal por Hijo con Discapacidad.

Un número importante de las consultas que trabajamos con asiduidad con las trabajadoras sociales de los diferentes Centros de Salud, están vinculados a guardas. Por ejemplo, el caso de una abuela que tenía a su cargo sus dos nietos, y debido al consumo problemático de estupefacientes de su hija, en trabajo conjunto con la trabajadora social del Centro de Salud Municipal Santa Teresita perteneciente Centro Municipal del Distrito Sudoeste, se logró una homologación de un convenio de delegación de responsabilidad parental.

También tuvimos un caso derivado por

el Centro de Salud Municipal Itatí, de una mujer que necesitaba someterse a una importante intervención quirúrgica durante la pandemia, y que quería realizar un convenio de delegación. A tales fines, realizamos una audiencia en un espacio del Centro de Convivencia Barrial Itatí cercano al domicilio de ambas, para la firma del escrito con lo manifestado por la mamá y una referente afectiva de su hijo de 6 años.

En otro orden, una abuela solicitó ayuda a la jefa del Centro de Salud Provincial N°22 González, Loza, porque su nieto de 11 años no poseía partida de nacimiento ni DNI. Luego de anoticiarnos del pedido a través de dicha institución, requerimos a la provincia de Buenos Aires la documentación necesaria. Una vez obtenida, organizamos conjuntamente con la coordinadora del Registro Civil del Distrito Sudoeste para que la mamá del niño concurra a dicha repartición provincial para realizar el trámite administrativo. Según lo indicado por el asesor letrado del Registro Civil, en coordinación con el personal de la cárcel, también se realizó el reconocimiento por parte del progenitor, atento que el mismo se encontraba privado de la libertad. Finalmente el niño pudo contar con su partida de nacimiento y su DNI con el reconocimiento de ambos progenitores.

También intervenimos en un caso de una adopción por integración, solicitada por un joven de 19 años que desde sus primeros años de vida convivió con el esposo de su mamá, con quien siempre tuvo trato de padre e hijo. Finalmente, obtuvieron la sentencia de adopción y en consecuencia también la modificación de su apellido.

Para finalizar, quiero traer a colación lo dicho por el Dr. Roberto H. Falistocco¹. Muchas veces, la gente no tiene siquiera el dinero para pagar el boleto de colectivo para ir a los Tribunales. Además, los propios palacios de Justicia, hasta desde su arquitectura, suelen ser refractarios sobre todo con la población vulnerable. Es por ello, que el trabajo de los defensores barriales permite al vecino y vecina acceder a la justicia en la puerta de su casa y por ello se constituyen en verdaderos referentes. ■

CITAS

¹ Artículo publicado en el *Diario El Litoral* en fecha 24 de diciembre de 2019. https://www.ellitoral.com/index.php/id_um/219374-los-defensores-barriales-son-un-referente-para-los-vecinos-roberto-falistocco-politica.html



myf

410

Del “dime cómo te llamas y te diré quién eres” hacia el “dime quién eres y te diré cómo te llamas”

Dra. Agustina
Filippini

*Defensora Zonal de
Villa Gobernador Gálvez*

myf

411

"¿Cómo puede ser que no sea fácil sacarme el apellido si ese que figura ahí ni me conoce ni sabe si vivo o no?",

"¿Cómo demuestro al juez que ese que fue a reconocerme nunca me cuidó ni se ocupó de mí?",

"¿Por qué podrían decirle que no a mi pedido si no le hago mal a nadie?",
"¿Cómo le muestro al Juez mi dolor?",
"¿No alcanza que contarle que no conozco ni su cara?",

"Ahora me estoy por recibir y no quiero que el diploma tenga ese apellido, no me siento identificada",

"Yo tengo el apellido y ya me acostumbé a que no me afecte tanto pero ahora que estoy embarazada quiero sacármelo porque no quiero pasárselo a mi hija".

Todas estas preguntas, son preguntas reales.

Preguntas reales de personas reales que entran a nuestra Defensoría para

que los ayudemos a viabilizar su pedido, mejor dicho, su necesidad.

Preguntas para las cuales, en nuestra dependencia, además de efectuar una escucha activa de su problemática, les brindamos las explicaciones teóricas así como argumentos normativos y jurisprudenciales, pero que, en más de una oportunidad, todo ello no alcanza para dar la respuesta que los interesados anhelan.

Lo primero que hacemos es contarles que el nombre (formado por el prenombre y el apellido) es un derecho de jerarquía constitucional¹.

Además, les comentamos que es un atributo de la personalidad -que no quiere decir otra cosa que aquello que nos identifica-.

Sin embargo, le resaltamos que esa identificación no ocurre **sólo** en plano individual sino también en la sociedad, siendo por ese motivo que nuestro Código refiere al nombre como un derecho - deber. Y justamente por

esto último, es que la ley autoriza la posibilidad de solicitar cambios respecto al mismo pero sólo en determinados casos y luego de determinado procedimiento quedando a criterio del juez su otorgamiento.

Les referimos que algunos casos como cuando la pretensión de cambio obedece a cuestiones relacionadas a identidad de género o apropiación ilegal o supresión de identidad o estado, ni siquiera hay que solicitarlo al Juez sino que se solucionan directamente ante el órgano administrativo.

Sin embargo, se les aclara que para el resto de los casos hay que tramitar un expediente judicial.

A su vez, les indicamos que existen casos más fáciles de demostrar porque la misma ley los contempla ya como "justos motivos" -como el caso de cambio por seudónimo o nombre de raigambre cultural o étnico-, mientras que para los casos restantes, tiene que poder acreditarse que efectivamente se vea

afectada su personalidad por llevar ese nombre, para poder encuadrar en los “justos motivos” de la petición requeridos por la ley y que ello quedará “a criterio del Juez”.²

“¿Y cuánto demora eso?”, preguntan con cierta actitud desilusionada.

En este punto, no podemos obviar aclararles que deberemos –si es su deseo- comenzar con un recorrido de recolección de pruebas como testigos, informes médicos y todo otro medio posible potenciando nuestra creatividad de la mano de los relatos que nos van brindando elementos a considerar; pero que siempre será el Juez quien –según su criterio- resuelva hacer lugar o no a nuestra demanda. En este punto, tenemos que serles sinceros para no generarles falsas expectativas –lo que no implica que no se extremen todos nuestros esfuerzos para lograr el éxito de nuestra petición-.

El caso más frecuente en la Defensoría, es el caso del padre que ha

reconocido al consultante pero luego nunca ha ejercido su rol de tal.³ En otras palabras, progenitores que han abdicado totalmente su rol de padre, lo que no implica otra cosa que un abandono.

La dificultad probatoria en estos casos reside en que se debe acreditar una *no identificación con un otro generalmente ausente*. Es decir, se debe lograr probar un cúmulo de hechos negativos –con la dificultad que ello acarrea- así como intentar de demostrar *sentimientos* de abandono o dolor con la complejidad que esto implica. Máxime cuando estamos hablando de personas atravesadas por más de un factor de vulnerabilidad que, en la mayoría de los casos, no suelen tener acceso a efectuar tratamientos psicológicos que, además de proporcionar herramientas para superar las dificultades propias de las distintas situaciones que han tenido –y tienen- que sortear, permite acreditar –por medio de informes efectuados por dicho profesional- el daño causado –y que sufre- el solicitante.

¿De qué otra forma demostrar cuánto les duele y ha afectado –y afecta- la realidad vivida?

Habrán casos que, por actuaciones previas en sede judicial (casos de causas penales cuyo autor es el progenitor cuyo apellido quiere suprimirse (por ejemplo, abusos sexuales o causas de violencia) que ya constituyen en sí mismas prueba importante. Sin embargo, el abandono total y manifiesto, es complejo de probar.

Si son niños, niñas y adolescentes, constituyen prueba importante los informes de las instituciones educativas o de los centros de salud, los cuales suelen aportar datos relevantes sobre el comportamiento del niño en la escuela y/o datos médicos importantes como quienes han sido –y son- los adultos responsables de ese niño.

Asimismo, resulta imprescindible en este tipo de procedimientos, que el juez pueda escuchar al interesado.⁴ La identidad es, justamente, un tema

personalísimo, íntimo, ¿quién mejor que la misma persona para saber con quién se siente identificada o no y quién mejor que él para explicárselo al Juez?

Al ser el nombre un hecho cultural que funda la identidad y enmarca a cada uno de nosotros en un contexto de pertenencia, es lógico que quien tenga motivos para sentir que su apellido no le “pertenece” –ni él al apellido-, pueda cambiarlo.

Los nombres nos definen por lo cual cuando ello no ocurre, la justicia tiene que ser el instrumento para ajustar la realidad jurídica a la realidad fáctica.

Ley y costumbre se relacionan dialécticamente: muchas veces cambian primero las tradiciones y luego la ley se aggiorna y, otras veces, la ley da el puntapié inicial y las personas van detrás acomodando sus costumbres a las nuevas normas.

En este sentido, si se compara la Ley 18.248 (vigente con anterioridad a

la sanción del Código Civil y Comercial) y la normativa actual dentro del cuerpo del Código Civil y Comercial, se puede visualizar cómo se ha flexibilizado el principio de inmutabilidad del nombre⁵ autorizando el cambio cuando existan “*justos motivos*” (como ya establecía el art. 15 de la ley hoy derogada) pero avanzando un paso más: efectuando el detalle de algunos casos que constituyen “*justos motivos*” por sí mismos, así como desjudicializando otros casos en los cuales directamente deben dirigirse directamente al Registro Civil.⁶

En este sentido, podemos concluir que nuestro Código Civil y Comercial proporciona la herramienta para que los Defensores seamos los que acompañemos el proceso de cada persona que ingresa con un asunto como los detallados.

Ya luego, dependerá de que el Juez que resuelva cada caso que planteemos, luego de cumplir con el procedimiento normado⁷, ejerza su labor con la responsabilidad que su cargo

conlleva pero, más que nada, con la empatía que todo cargo de funcionario público debe tener.

Es que, si el principio de inmutabilidad en materia de nombre tiene como fin evitar posibles intereses sociales comprometidos, de demostrarse en autos la inexistencia de posibles vulneraciones⁸, no cabría otra solución que darle acogida al planteo efectuado por el interesado.

Esta conclusión no hace más que efectivizar el derecho constitucional y convencional de identidad, la cual, como todos sabemos abarca no sólo una faz estática (genética, biológica) sino también la dinámica (lazos afectivos, etc.)⁹

En otras palabras, si se demuestra que no existen intereses sociales vulnerados, deberá privilegiarse el interés individual.

De lo contrario, estos últimos sufrirían una doble victimización¹⁰, no dando cumplimiento a uno de las di-

rectrices de las “100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de personas vulnerables” a la cual todos los miembros del poder judicial (entre otros) estamos nos debemos.¹¹ ■

CITAS

¹ Art. 18 de San José de Costa Rica, art. 7 y 8 de la Convención de los Derechos del Niño, art. 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Opiniones Consultivas de la CIDH 5 y 17, etc. Por su parte, el artículo 62 de nuestro CCCYC regula este derecho deber.

² Recordemos que el artículo 69 del CCCN refiere a que existan acreditados “*justos motivos*” y “*a criterio del juez*”.

³ Numerosas consultas cotidianas refieren a cambio de nombre, más puntualmente a la supresión del apellido paterno. Generalmente, la mayoría de los casos que se consultan versan sobre padres ausentes que han abandonado a los hijos desde que nacieron. Es decir, casos de total abando-

no. Casos: MJ –JU –M-127256-AR, MJ-JU-M-87927-AR

⁴ Ello resulta imperativo cuando se trata de un niño, niña o adolescente quien posee derecho a ser oído y que su opinión sea considerada en cuestiones que versen sobre su interés, en cumplimiento con los postulados de la Convención de los Derechos del Niño y demás normativa internacional y nacional vigente (Art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño, art. 3 de la ley 26061 (idem provincial), art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 706, 707 y numerosas normas dentro del CCCN.)

⁵ El mismo significa que después de asentados en la partida de nacimiento el nombre y apellido, los mismos no podrán ser modificados.

⁶ También se ha flexibilizado el modo de elección del apellido no siendo más una imposición legal sino delegando la elección a la voluntad de los progenitores. (Art. 64)

⁷ El artículo 70 del CCCN regula el procedimiento estableciendo el trámite más

abreviado, con intervención del Ministerio Público, publicación de edictos, pedido de medidas precautorias.

⁸ Por ejemplo, existencia de acreedores u oposición fundada del progenitor.

⁹ FERNANDEZ SESSAREGO, CARLOS, LALEY 1990_D, 1248.

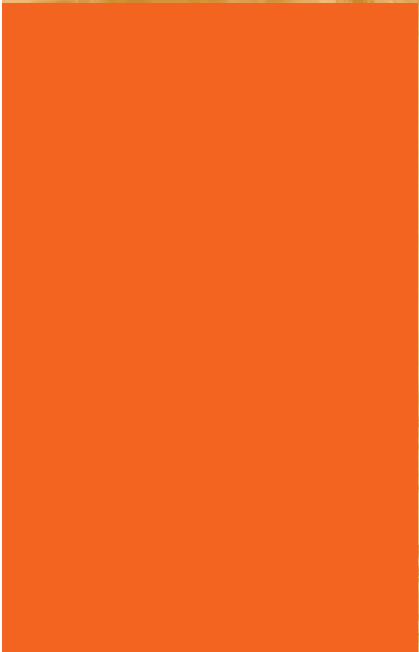
¹⁰ Es decir, que además de haber sido víctima de abandono con todo lo que ello implica, se los vuela a victimizar -en muchos casos- requiriendo pruebas como por ejemplo pericias psicológicas -con el transcurso del tiempo que ello implica- cuando ya se ha acreditado que no existen posibles perjudicados con el cambio solicitado.

¹¹ XIV Cumbre Judicial Iberoamericana celebrada en marzo de 2008, y actualizadas en la XIX edición de la Cumbre que tuvo lugar en abril de 2018 en San Francisco de Quito, Ecuador y tienen por objetivo garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas que se encuentren en situación de vulnerabilidad (La CSJSF adhirió a las mismas por Circular 23/2011).

POR LOS FUEROS

myf

416



myf

417




Dra. María
del Carmen
Musa

*Jueza del Juzgado de Primera Instancia de Distrito
de Menores de la 1ª Nominación de Rosario*

myf

418



Hablemos de Justicia Restaurativa

myf



419

Crear una nueva teoría no consiste en destruir el viejo granero y levantar un rascacielos en su lugar.

Es más bien, escalar una montaña, ganando perspectivas nuevas y más amplias, descubriendo contactos inesperados entre nuestro punto de partida y el rico paisaje que se revela a su alrededor.

Pero el punto de partida del que partimos sigue existiendo y puede ser visto, aun cuando aparezca más pequeño y haya pasado a ser una parte pequeña de nuestra más amplia perspectiva que hemos ganado al superar los obstáculos de nuestro camino, pleno de aventuras, hacia la cumbre.

Albert Einstein

“Espero que se porten bien, que trabajen, que no se droguen, que sean buenas personas, que tengan buenos valores, que piensen en sus hijos, que como madre no hay dolor más grande que ver a tu hijo en un cajón; él se fue a divertirse a un partido de fútbol y me lo

mataron; que siempre piensen en su familia y en sus hijos; los perdono”; dice Rosa G. en audiencia previa al dictado de sentencia de cesura en el Juzgado de Niñez, Adolescencia, Violencia Familiar y de Género y Penal Juvenil de la 5ta. Circunscripción Judicial, San Francisco, Córdoba.¹

“...durante estos meses estuve realizando un proceso para que yo pueda cambiar y esto no vuelva a pasar” escribe B.M.A a su víctima y la lee en audiencia celebrada en el Juzgado Penal del Niño y el Adolescente N°1 de la 1ª circunscripción judicial de Neuquén.²

“Algo tenemos que ver con este modo de actuar de nuestros hijos. Algo hemos hecho mal. Tal vez, fuimos indiferentes. Los dejamos solos. Al menos, yo me lo pregunto así”, manifiesta N., padre de J, en un círculo de paz en el Juzgado de Menores 1ª de Rosario.³

Expresiones genuinas de víctimas, ofensores y personas en quienes impactó el delito, aunque no hayan sido los protagonistas⁴. Sin la par-

ticipación de todos los afectados no podemos hablar verazmente de Justicia Restaurativa.

La Justicia Restaurativa es definida por Naciones Unidas como: *“todo proceso en que la víctima, el infractor y, cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito participan conjuntamente de forma activa en la resolución de las cuestiones derivadas del acto ilícito, por lo general con la ayuda de un facilitador. Entre los procesos restaurativos se puede incluir la mediación, la conciliación, la celebración de conferencias grupales y las reuniones para decidir sentencias”⁵.*

La Justicia de las tres R: Responsabilización subjetiva - Reparación a la víctima - Reconciliación (del latín *re-concilium*: volver a la asamblea, a la unión y al acuerdo con otros. El origen griego de la palabra refiere a intercambio –el que no puede asimilarse a pedir perdón/perdonar sino, más bien, a ofrecer sinceras

disculpas más allá de la reacción del destinatario—).

Encuentra sus orígenes en las prácticas ancestrales e indígenas empleadas en las culturas en todo el mundo, desde los nativos americanos y la primera nación canadiense hasta las culturas sur americanas, centro americanas, africanas, asiáticas, celtas, hebreas y árabes. Ciertas comunidades ancestrales aplicaban procedimientos que obligaban a quien había ofendido a alguien de la comunidad a reparar el daño, bien fuera trabajando durante un tiempo para la familia o devolviendo lo que había robado.⁶

En estos pueblos la aplicación de justicia, así como la resolución de conflictos eran de interés comunitario, de forma que cuando uno de los miembros del grupo cometía una infracción al orden establecido, se utilizaba prácticas de diálogo y sanación, ofreciendo un espacio de encuentro a todos los relacionados con el hecho para que tomen parte como sujetos

actores en la solución del conflicto.⁷

En 1974, Mark Yantzi, un oficial de libertad condicional, media entre dos jóvenes delincuentes y sus víctimas. La respuesta positiva de éstas llevó al primer programa de reconciliación víctima-agresor en Kitchener, Ontario (Canadá), con el apoyo del Comité Central Menonita y en colaboración con el departamento de libertad condicional local.

La justicia restaurativa moderna se amplió para incluir también a las comunidades afectivas, participando las familias y los amigos de las víctimas y de los agresores en procesos colaborativos, llamados reuniones y círculos. Y amplió sus ámbitos de aplicación, allende el delito penal. De ahí, las prácticas restaurativas.⁸

Según sea el grado de participación de los afectados, estas prácticas serán parcial o íntegramente restaurativas.

(Ver gráfico 01 al final del artículo).

La justicia restaurativa es una filosofía, un modo de responder al delito que puede sustituir al proceso penal tradicional tanto como complementarlo. Esto último, por ejemplo, cuando se proponen círculos restaurativos de personas privadas de libertad, o condenadas por algún tipo de delito en particular, círculos de mujeres padecientes de violencia, encuentros entre quien cumple condena y su víctima y/o allegados de ésta, etc.

Y, por su parte, sus prácticas son herramientas eficaces de prevención.

De modo que la Justicia Restaurativa no puede ser vista sólo como una alternativa a la que recurrir cuando delitos leves, ni confundírsela con los principios de oportunidad⁹ o con la *probatión*¹⁰.

¿Por qué el fuero penal juvenil es un campo propicio para la Justicia Restaurativa?

. Porque para los/las adolescentes la ley puede resultar muy abstracta.

Es más fácil para un/a adolescente entender las consecuencias de su acto cuando puede apreciar la aflicción de la víctima.

. Porque ser encausado judicialmente o verse privado de su libertad, puede resultar estigmatizador.

. Porque la reparación tiene efectos educativos y resocializadores. La reparación puede ayudar al/a la adolescente a comprender las consecuencias de su acto, pero también le da la oportunidad de reivindicarse y de restituirse él/ella mismo/a como persona.

. Porque trabajar sobre la base de la responsabilidad del/de la adolescente es clave para su educación como ciudadano/a, por cuanto se le considera sujeto de derechos, capaz de responder por sus actos.

. Porque no importa tanto la sanción en sí como la forma de aplicarla. Debe elegirse una sanción que signifique para el/la adolescente algo nuevo y distinto, que tome en cuenta sus in-

quietudes y preguntas, que lo/la motive y sea un reto para querer cambiar.¹¹

El Comité de los Derechos del Niño sustituyó la Observación General N° 10 (2007) por la N° 24 (2019) relativa a los derechos del niño en el sistema de justicia penal, fundando la novación en *“los cambios que se han producido desde 2007 como resultado de la promulgación de normas internacionales y regionales, la jurisprudencia del Comité, los nuevos conocimientos sobre el desarrollo en la infancia y la adolescencia, y la experiencia de prácticas eficaces, como las relativas a la justicia restaurativa”* (Introducción) a las que recomienda entre las medidas extrajudiciales. El Comité incentiva a los Estados partes a *“aprovechar”* la experiencia de quienes las han puesto en práctica *“desde que se entra en contacto con el sistema judicial, antes de que comience el juicio... y disponibles durante todo el proceso”* (73).

Esto, en aras de actuar en serio el objetivo que plantea la Convención sobre los Derechos del Niño en el art. 40.1:

que se fomente en el niño el sentido de su dignidad y valor para que respete los derechos y libertades fundamentales de terceros y asuma una función constructiva en la sociedad.

El aporte de las disciplinas del comportamiento es recogido por el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General N° 20: *“La adolescencia es una etapa del desarrollo humano única y decisiva, caracterizada por un desarrollo cerebral y un crecimiento físico rápidos, un aumento de la capacidad cognitiva, el inicio de la pubertad y de la conciencia sexual, y la aparición de nuevas habilidades, capacidades y aptitudes. Los adolescentes experimentan un aumento de las expectativas en torno a su papel en la sociedad y entablan relaciones más significativas con sus pares a medida que pasan de una situación de dependencia a otra de mayor autonomía.*

A medida que atraviesan su segundo decenio de vida, los niños empiezan a explorar y forjar sus propias identidades personales y sociales sobre la

base de una compleja interacción con su propia historia familiar y cultural, y empieza a aparecer en ellos un sentido de la propia identidad, que suelen expresar mediante el lenguaje, el arte y la cultura, tanto individualmente como en asociación con sus pares. Para muchos, este proceso se desarrolla en torno a su participación en el medio digital y está considerablemente influenciado por ella. El proceso de constitución y expresión de la identidad es particularmente complejo para los adolescentes, ya que estos abren una vía entre las culturas minoritarias y la cultura dominante.”¹²

Por otra parte, la Regla de Beijing N° 6¹³, otorga un margen suficiente para el ejercicio de facultades discrecionales en las diferentes etapas de los juicios y en los distintos niveles de la administración de justicia de menores, incluidos los de investigación, procesamiento, sentencia y de las medidas complementarias de las decisiones. Dispendio que, en los márgenes de la razonabilidad, nos permite regular el proceso conforme la necesidad del

sometido a él, condicionarlo e, incluso, finiquitarlo anticipadamente.¹⁴

En el Juzgado de Menores Primera Nominación venimos intentando desde 2018 lo que he dado en llamar algo así como “proto prácticas restaurativas” las que, las más de las veces, apenas son un lugar para la mirada que separa al perpetrador de su delito; para la escucha atenta, esa que no aconseja, ni armoniza, ni supone; para el sentir del cuerpo y del alma, muchas veces disfrazando de enojo océanos de dolor, de miedo y de vergüenza.

Hemos ensayado círculos, con eficacia dispar.

Aquél donde participó la abuela Lila nos impactó fuertemente¹⁵. Sabemos que de los adolescentes que transitan el fuero, un porcentaje muy elevado plantea consumo problemático de sustancias. Algunos –muchos– son adictos. Agustín lo es. Lo dramático y absolutamente imprevisible es que su mamá –embarazada en el momento de investigarse el delito– también es

adicta. Y esta característica se replica en todo su continente: Consanguíneos y afines, actuales y pretéritos. La única “limpia” es la abuela Lila, una mujer que se percibe anciana, aunque es joven y que venida al círculo confiesa estar cansada y lanza una pregunta a su grupo como si quienes facilitamos no estuviésemos: “¿Quién los va a levantar de la calle cuando yo no esté?” Lila goza del cariño de la tribu y aunque pretende demarcar un orden, la realidad la desborda desprolija y amenazante. Ella también necesita ordenarse. Direccionamos dos o tres pautas de buena no-convivencia: no provocarse, no “clavarse la mirada”, permitirse mutuamente compartir espacios públicos (aunque guardando distancia), luego de explicar reiteradas veces que el decurso del proceso está en manos del juzgado y que el retiro de las denuncias cruzadas y superpuestas no hace cosa juzgada.

Partieron del tribunal en alegre comparsa juramentándose intencionar la paz. La que, exigua, se descuartizó a la semana.

En otras oportunidades nos fue mejor:

Así el caso de Lautaro que vive con sus tres hermanos varones. El mayor de todos ejerce sobre él la tutela ad hoc. También vive con ellos una hermana de 15 años, pero ella duerme en la casa de una vecina, recato que evidencia la asunción de una axiología. Ambos padres fallecidos. A Lautaro se le imputó: *“Haber lesionado gravemente a su hermano Alex, el día ... de 2021 alrededor de las 23.30 h en circunstancias en que el mismo se encontraba en la esquina de... cuando comenzaron a discutir problemas personales, siendo que Ud. le pegó, defendiéndose Alex de dicha agresión, por lo que Ud. extrajo un cuchillo de cocina con mango plástico de unos 15 cm de hoja y le asestó dos puñaladas, una de ellas en la zona del pecho y otra en la pierna izquierda, debiendo ser trasladado de inmediato al Hospital donde fue intervenido quirúrgicamente”*. Momento en que pidió la palabra y explicó: *“Ese día estábamos con mi hermano como siempre, estábamos tomando alcohol y empezamos*

a discutir. De un momento a otro estábamos peleando, me tiró algunos piedrazos, me pegó en la espalda, me lastimó un poco, me enojé y agarré un cuchillo. Como se me acercaba, no pude pararlo y le tiré a rozarle en la pierna. No lo quise lastimar. Después de eso no me acuerdo nada más. Vino un amigo, lo sentó a Alex yo me fui al quiosco, compré un Fernet Capri, agarré ni lo abrí y me acerqué para ver a mi hermano cómo estaba, y estaba perdiendo un poco de sangre. En ese momento vino la policía y me subieron al móvil. De ahí me llevaron a la comisaría... Mis hermanos no quisieron firmar ninguno de los dos, así que les dije a los policías que me lleven a la casa de mi abuela y me dijeron que me iban a llevar. Fueron a un lugar a entregar unos papeles y después cuando vinieron me llevaron a la cárcel. Yo no sabía que me llevaban ahí...”

Luego de varias conversaciones por separado con Lautaro, con Alex quien reconoció que “se les fue la mano”, y con los otros hermanos, se encontraron todos en mi despacho. Mientras

escribo, revivo la emoción del abrazo que se prodigaron. Sumé a su pudor el mío y me retiré un momento (de paso, me sequé las lágrimas. Ni los varones ni los jueces podemos llorar en público). El hermano mayor no había podido acercarse porque estaba trabajando. Sus emisarios manifestaron la voluntad de aquél para recibir a Lautaro nuevamente en la casa. Acordaron: *“PRIMERO: Propondrán los temas de su interés para discutirlos entendiendo que discutir no implica pelear. Asumen el compromiso de no plantear discusión si han bebido. SEGUNDO: los hermanos asumen el compromiso de no beber en exceso y de no consumir drogas (no consumían drogas, pero, para evitar malos entendidos...) TERCERO: Lautaro pide disculpas a Axel. Este último las acepta y toma su parte de responsabilidad en la pelea que desembocó en el delito que se investiga. Por su parte, Lautaro adhiere a lo acordado e integra su voluntad al Acuerdo”*.¹⁶ Durante varios meses, la Auxiliar Social se mantuvo disponible para los hermanos sin que se presentara nuevo altercado.

Entre otros casos, elijo la situación generada a partir de un mensaje de WhatsApp: *"Atención. Este jueves..., Los Monos, el grupo de delincuentes más temido y conocido de la ciudad de Rosario, producirá balaceras por las zonas de las siguientes instituciones escolares... Sumado a eso, este grupo armado buscará los siguientes sospechosos:..."*¹⁷. Amenaza que se advierte sin esfuerzo como no proveniente de la banda mencionada en tanto los vocablos empleados les son completamente ajenos a sus integrantes. Pero que, habiéndose radicado denuncia, obligó al MPA a erogar tiempo en una investigación que desembocó en el descubrimiento de la viralización de un mensaje jocoso por parte de quien tomando la palabra en el círculo asumió la responsabilidad de la zozobra no planificada y de la incomodidad a que estaba sometiendo a sus amigos, todos cursantes del último año del secundario en distintas escuelas. Las madres y padres presentes en el círculo, ofuscados al comienzo, les mostraron reconocimiento y elogio y nos agra-

decieron la instancia. Como cierre, compartimos una golosina.

En un segundo círculo con los adolescentes solos, pensamos entre todos cuál podría ser una estrategia reparatoria siendo que no había una víctima particular. El protagonista ofreció a las autoridades de su colegio un encuentro de concientización sobre el uso responsable de las redes sociales. Merced a su insistencia logró –sobre el final del cursado– que le autorizaran una alocución a sus compañeros de primer año. Siempre y cuando la charla hiciera palanca en su accionar nefasto y criminal, aderezado con el lamento de no haber sido izado junto con la bandera patria en el mástil del patio principal para el escarnio público. Me pidió que lo acompañara. Lo hice y centré mi conferencia en la estrategia. Nos felicitamos por vencer el desinterés de la escuela. Logramos desilusionarla, al menos.

Le agradecí a Enzo –ése es su nombre– su madura disposición, su coraje, su redención. Vuelvo a agradecerle hoy. Y con él, a los compañeros y com-

pañeras del Juzgado que crean y sostienen estas *proto prácticas*.¹⁸

En lo que respecta a ofensas contra la integridad sexual, las que han crecido exponencialmente¹⁹, y más allá de lo políticamente correcto, estamos convencidos de que cuando los implicados son adolescentes vinculados afectivamente, estas prácticas se erigen muy propicias.

La ley provincial N° 14.181²⁰ sobre derechos y garantías de las personas víctimas de delitos no nos encuentra desprevenidos. Celebro el reconocimiento que se les hace, sin dejar de percibir el aprovechamiento demagógico de su situación en tanto se las entretiene en "audiencias de impacto" no vinculantes para nosotros, magistrados/as, enquistándolas, además, en un lugar nada saludable.

La JR reclama Programas, Dispositivos, Talleres, Cursos, cualquiera sea el nombre que quiera dárseles, con los que contar a la hora de formular remisiones²¹ y/o derivaciones.

En lo atinente al Recursero, las Auxiliares Sociales llevaron a cabo en 2021 cinco encuentros con modalidad Taller en torno a la temática “Masculinidades plurales. Violencias” para adolescentes varones de entre 16 y 19 años con proceso penal en curso en el Juzgado de Menores 1ª Nominación, corolario de los intercambios realizados con el equipo de la Secretaría de Género y DDHH de la Municipalidad de Rosario, al que acudió el Juzgado en pleno para recibir orientación en la temática. Se plantearon como objetivo general abordar diversas dimensiones de la vida de los adolescentes y jóvenes para facilitar en ellos –a través de juegos, dibujos, canciones– la elaboración de estrategias que les permitiera identificar la violencia en sus contextos cotidianos con el fin de disminuirla hasta erradicarla. Propusieron a los usuarios revisar la creencia sobre que los hombres no pueden expresar sus emociones, promoviendo en ellos el cuidado de la salud y del propio cuerpo, instalando la idea de igualdad de derechos y respeto recíproco entre hombres y mujeres y

animándolos a pedir ayuda a la hora de gestionar los conflictos.

Sin soslayar que durante los encuentros sobrevoló la idea de obtener alguna ventaja por la participación en el Taller, se evaluó de modo positivo la experiencia. Reiterarla requiere de una logística que cuesta articular.

Una golondrina no hace al verano

No basta con las buenas intenciones y las exhalaciones de creatividad de algunos.

El Colegio de Magistrados, la Procuración General, la Presidencia de la Cámara de Diputados de la Pcia. de Santa Fe y el Centro de Capacitación Judicial coorganizaron este año 2023 un Seminario de Sensibilización “Hacia una Justicia Juvenil Restaurativa”, con miras a una capacitación rigurosa en la materia.

Raúl Calvo Soler, experto en la materia, nos plantea algunos retos.

“No se trata de armar estructuras “parcheadas” por la visión restaurativa: para los no imputables, sí a lo restaurativo; para los imputables, no. Para los que están previos al juicio, sí; para los que tienen sentencia, no. Para los que ya han sido juzgados, sí; para los condenados, no. La propuesta restaurativa debe pensarse como una filosofía que informa de todos los ámbitos del sistema... No son restaurativos los programas pilotos que duran años ni el uso y abuso de la buena voluntad y compromiso de los profesionales... No son restaurativos los programas que desplazan la responsabilidad hacia las entidades intermedias sin siquiera apostar a la creación de estructuras coordinativas que permitan a todos trabajar con un objetivo común... Necesitamos profesionales formados y capacitados en el trabajo restaurativo.”²²

Hacemos votos porque la capacitación se ponga en marcha.

Percibo nuestra disposición a revisar creencias, a abdicar viejas añoranzas,

a descubrir-nos humanos errantes e inmaduros. También resilientes.

Curiosos. Inexpertos. Ávidos.

Como los niños, niñas y adolescentes en cuyas vidas intervenimos. ■

CITAS

¹ “P., A. D. - P., B. C. - CAUSA PEN/JUV. CON NNA PUNIBLE” (SAC N° 8272270); Sentencia N° 54, 15/9/2022.

² Revista *Pensamiento Penal* (ISSN 1853-4554), Julio de 2023, No. 475 - www.pensamientopenal.com.

³ NN s/ Intimidación pública CUIJ 21-17196890-6.

⁴ Si bien se sustantiva a quien causó el daño y a quien lo padeció “perpetrador/a”, “ofensor/”, “agresor/a”, “infractor/a”, “víctima”, “damnificado/a”, los que a veces pueden reunir en sí ambos roles según el despliegue de los hechos, la persona que facilita el diálogo se refiere a cada uno por su nombre.

⁵ Resolución 2002/12 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas: Principios básicos para la aplicación de programas de justicia restaurativa en materia penal. E/RES/2002/12, artículo 5.

⁶ <http://focorojomx.blogspot.com/2015/09/la-justicia-restaurativa-origen.html>

⁷ “Todo conflicto grande busca apartar algo del camino y llegar a aniquilarlo. Detrás de estos conflictos actúa el deseo de aniquilar. ¿Cuáles son las fuerzas o temores que alimentan ese deseo? Se alimenta, por sobre todo, del deseo de sobrevivir... Por un lado, los conflictos aseguran la supervivencia mientras, por el otro, la amenazan. Es por esto que, desde el comienzo, el hombre también ha intentado solucionar sus conflictos en forma pacífica. Ha establecido acuerdos y definido fronteras; ha formado grupos más pequeños que se rigen por leyes y comparten la conducción. De este modo, un orden legal mantiene a los conflictos mortales dentro de ciertos límites, en especial mediante el monopolio del poder de un gobernante quien limitará la acción de individuos o subgrupos cuando éstos busquen solucionar los conflictos de forma violenta... Si estos límites no son respetados, como ocurre en la guerra o cuando colapsa el orden legal, entonces el deseo primario de aniquilar estalla, y

sus consecuencias son desastrosas”. HELLINGER, BERT; *Después del conflicto, la paz*. Ed. Alma Leptik, Bs.As. reimpresión 2013, págs. 17/8.

⁸ *Procesos y procedimientos de Justicia Restaurativa, en Familia e Infancia en Santa Fe 3. Procesos y Procedimientos*. MUSA, M.- DAVINI, O., DIRECTORES, MOSCARIELLO, A., Coordinador. JURIS, Rosario, p. 219.

⁹ En su acepción más restringida, se entiende por principio de oportunidad a la facultad que posee el órgano público encargado de la persecución penal de prescindir de ella por motivos de utilidad social o razones de política criminal (ERBETTA, D, ORSO, T., FRANCESCHETTI, G., CHIARA DÍAZ, C.; *Nuevo Código procesal penal de la Pcia. de Santa Fe comentado*. Ley 12.734, pág. 93).

CPPSF. ARTÍCULO 19.- Criterios de oportunidad. El Ministerio Público de la Acusación podrá no promover o prescindir total o parcialmente, de la acción penal, en los siguientes casos: 1) cuando el Código Penal o las leyes penales especiales lo establezcan o permitan al Tribunal prescindir de la pena; 2) cuando se trate de hechos que por su insignificancia no afecten gravemente el in-

terés público, salvo que fuesen cometidos por un funcionario público en el ejercicio o en razón de su cargo o que se hubiesen utilizado armas de fuego para la comisión. 3) cuando las consecuencias del hecho sufridas por el imputado sean de tal gravedad que tornen innecesaria o desproporcionada la aplicación de una pena, salvo que mediaren razones de seguridad o interés público; 4) cuando la pena en expectativa carcelaria de importancia con relación a la pena ya impuesta por otros hechos; 5) cuando exista conciliación entre los interesados, y el imputado haya reparado los daños y perjuicios causados en los hechos delictivos con contenido patrimonial cometidos sin violencia física o intimidación sobre las personas, salvo que existan razones de seguridad, interés público o se encuentre comprometido el interés de un menor de edad; 6) cuando exista conciliación entre los interesados y el imputado, en los delitos culposos, lesiones leves, amenazas y/o violación de domicilio, salvo que existan razones de seguridad, interés público, se encuentre comprometido el interés de un menor de edad, se hubiesen utilizado armas de fuego para la comisión, o se tratase de un hecho delictivo vinculado con la violencia de género.

7) cuando el imputado se encuentre afectado por una enfermedad incurable en estado terminal, según dictamen pericial, o tenga más de setenta (70) años, y no exista mayor compromiso para el interés público. En los supuestos de los incisos 2, 3 y 6 es necesario que el imputado haya reparado los daños y perjuicios ocasionados, en la medida de lo posible, o firmado un acuerdo con la víctima en ese sentido, o afianzado suficientemente esa reparación. Cuando el hecho delictivo cuya persecución se prescindiera o limitara, tuviere una pena máxima de reclusión o prisión de seis (6) años o más, se requerirá el consentimiento del Fiscal Regional respectivo.

¹⁰ Código Penal. ARTICULO 76 bis- El imputado de un delito de acción pública reprimido con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años, podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba. En casos de concurso de delitos, el imputado también podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba si el máximo de la pena de reclusión o prisión aplicable no excediese de tres años. Al presentar la solicitud, el imputado deberá ofrecer hacerse cargo de la reparación del daño en la medida de lo posible, sin que

ello implique confesión ni reconocimiento de la responsabilidad civil correspondiente. El juez decidirá sobre la razonabilidad del ofrecimiento en resolución fundada. La parte damnificada podrá aceptar o no la reparación ofrecida, y en este último caso, si la realización del juicio se suspendiere, tendrá habilitada la acción civil correspondiente.

Si las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable, y hubiese consentimiento del fiscal, el Tribunal podrá suspender la realización del juicio. Si el delito o alguno de los delitos que integran el concurso estuviera reprimido con pena de multa aplicable en forma conjunta o alternativa con la de prisión, será condición, además, que se pague el mínimo de la multa correspondiente. El imputado deberá abandonar en favor del estado, los bienes que presumiblemente resultarían decomisados en caso que recayera condena. No procederá la suspensión del juicio cuando un funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, hubiese participado en el delito. Tampoco procederá la suspensión del juicio a prueba respecto de los delitos reprimidos con pena de inhabilitación. Tampoco procederá la suspensión del juicio a prueba respecto de los ilícitos re-

primidos por las Leyes 22.415 y 24.769 y sus respectivas modificaciones. En el CPPSF la suspensión del juicio a prueba está regulada en los arts. 24 y 25.

¹¹ SCHMITZ, JEAN, *El origen y las herramientas básicas de las prácticas restaurativas en la prevención y la gestión de las discrepancias*, en Manual de Prácticas Restaurativas Escuela española de Mediación y Resolución de Conflictos-Universidad a distancia de Madrid-Logos Media; SCHMITZ, J, VALL RIUS, A, RUIZ SÁNCHEZ, G., CANTO OLIVER, P., 2023, pág. 37/38.

¹² Observación Gral. N° 20 (2016) sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia, Nos. 9 y 10.

¹³ Reglas mínimas de Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (1985). A/RES/40/33.

¹⁴ “La paradoja de evitar la violencia con violencia y que fundara el principio de mínima intervención como principio central de toda la política criminal es el trasfondo valorativo de cada uno de los instrumentos normativos de gestión de conflictos

y de los organismos a cargo de su utilización. Los jueces adquieren en este nuevo paradigma un rol de árbitro que no sólo asegura la igualdad de armas y efectiviza la garantía de los derechos del imputado y de la víctima en el transcurso del proceso sino que también ejercen un control de la adecuación de los principios de la política criminal democrática a las exigencias del estado de derecho en el caso concreto... Binder identifica a las sentencias entre los modelos de referencia para la gestión de los conflictos 'existen productos estatales (normas, decisiones, mensajes) que establecen modelos que pueden seguir los ciudadanos para orientar la solución de los conflictos tanto en lo que se refiere a sus mecanismos formales (no puede actuar intempestivamente, no puede desconocer su palabra, no puede reinterpretar sus actos maliciosamente, no puede desconocer al otro, etc.) como estableciendo criterios sustantivos, es decir, modelos de repartos de bienes y posiciones, que orientan la solución de los conflictos estableciendo prima facie a quién se le otorgará la razón o podrá contar con el apoyo del propio Estado. Lo que se busca con este mecanismo, donde el manejo del conflicto está en los propios involu-

crados, pero el Estado orienta e interviene en esa conflictividad, es que en todo caso se vaya gestando una cultura no abusiva ni violenta, una razón normativa, que evite la arbitrariedad sin desconocer el derecho que tiene cada persona de luchar por sus propios intereses” KOSOVSKY, DARÍO; adversarial pionero en la Argentina del siglo XXI. Publicación del Instituto de Derecho Penal y Procesal Penal del Col. de Abogados y Procuradores de Neuquén; LUCERO, G.- Dirección-, OSSA, D.- “Las costas del proceso penal en el sistema adversarial neuquino” en Apuntes sobre el modelo penal Coordinación-, cap. XXI, parágrafo 225 y siguientes.

¹⁵ CUIJ 21-17195591-9 21/8/2019.

¹⁶ CUIJ 21-17196314-9. N° 549, T° 52, F°150/3.

¹⁷ CUIJ 21-17196890-6 (ídem nota 3).

¹⁸ Sumariantes TERESA BARCELÓ (psicóloga) y MARTÍN LANESE (abogado); Auxiliares Sociales TANIA MASFERRER Y FERNANDA OJEDA. Por fuera: FABIOLA PIEMONTE (ex co Directora del Programa Filosofía y Prácticas Restaurativas, FDER UNR) y MARTA VITA (ONG La Casita de todos).



GRÁFICO 01

myf

430

¹⁹ MUSA, M.- COCOMAZZI, R; *Abuso sexual infantil. Entre las pretensiones de las partes y las posibilidades reales de abogados y abogadas en la justicia penal juvenil*; Revista del Colegio de la Abogacía, en prensa.

²⁰ Promulgada el 7/12/2022.

²¹ Entraña la supresión del procedimiento ante la justicia penal y, con frecuencia, la reorientación hacia servicios apoyados en la comunidad. Esta práctica sirve para mitigar los efectos negativos de la conti-

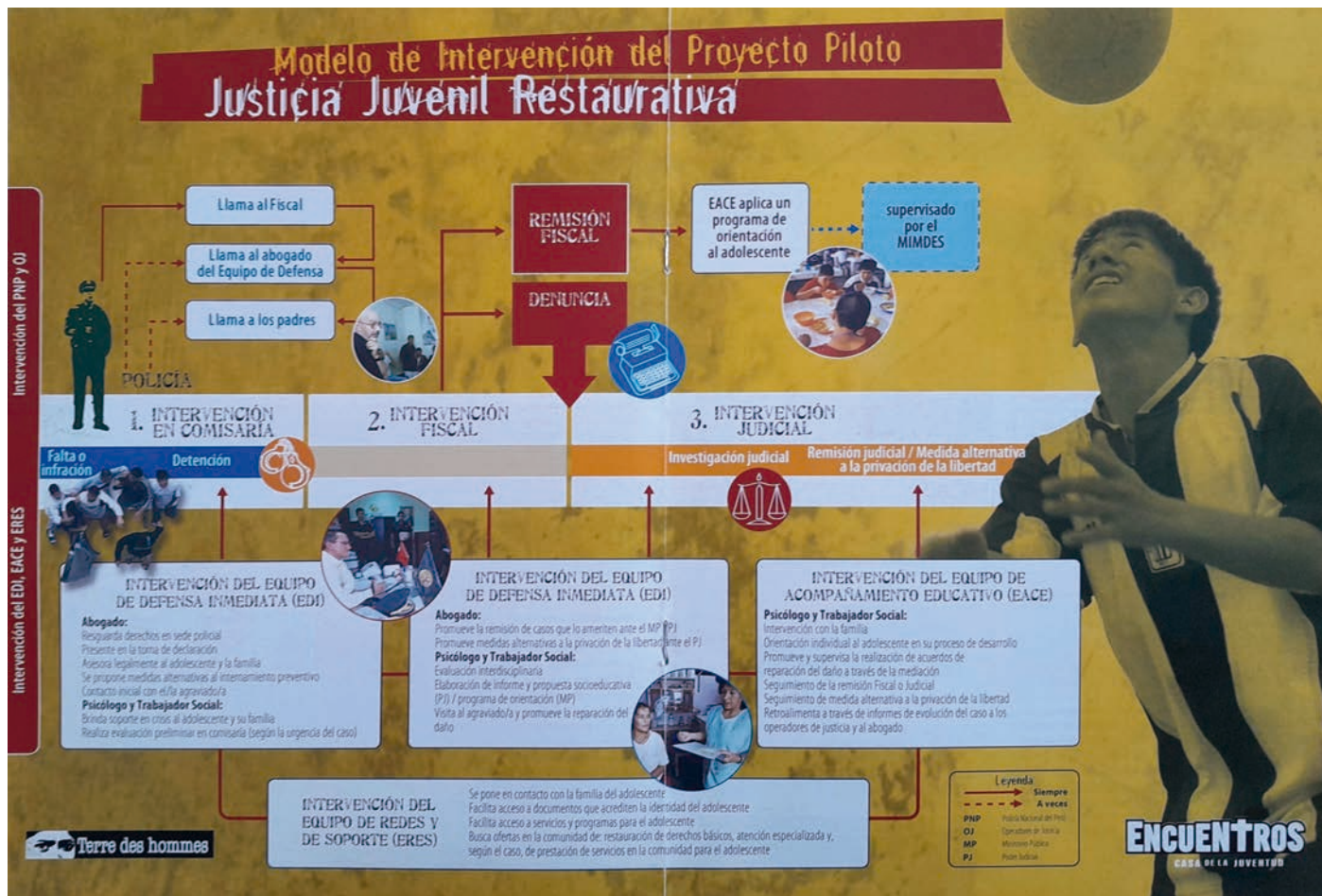
nuación del procedimiento en la justicia de menores. En muchos casos, la no intervención sería la mejor respuesta. Sobre todo, cuando la escuela, la familia y otras instituciones de control social oficioso han reaccionado ya en forma adecuada y constructiva o es probable que reacciones de ese modo.

A esta práctica alude la ya famosa frase de la magistrada Renate Winter (alguna vez presidenta del Comité de los Derechos del Niño) “*El arte de no matar gorriones con cañones*”.

A modo de ejemplo, reproduzco un modelo de intervención en el Proyecto Piloto Justicia Juvenil Restaurativa en Perú (Fuente: www.justiciapararecer.org, n° 2, Revista especializada en Justicia Juvenil Restaurativa, abril-junio, Terre des hommes y Encuentros, Casa de la Juventud, 2006) (ver gráfico 02).

²² CALVO SOLER, RAÚL; *Justicia Juvenil y Prácticas Restaurativas. Trazos para el diseño de programas y para su implementación*; Ed. NED, España, 2018, pag.202/4.

GRÁFICO 02





Dr. Marcelo C. **Quaglia**

*Juez de Primera Instancia de Distrito en lo Civil
y Comercial de la 14ª Nominación de Rosario.*

myf

432

Herramientas
de protección
al consumidor
hipervulnerable en el
marco del proceso: una
aplicación concreta de
la siempre necesaria
tutela judicial efectiva

Resumen

A través del presente trabajo se busca analizar algunas de las herramientas procesales a las que pueden recurrir los operadores jurídicos a fin de restaurar la relación de desequilibrio que puede generarse durante el trámite un juicio donde una de las partes (en su rol de actor o demandado) detente la calidad de consumidor hipervulnerable.

I. A modo de introducción

Cuando se proyectó el Encuentro Nacional de la Federación de Ateneos de Estudios de Derecho Procesal que se desarrollaría el presente año, el eje temático propuesto fue “La Vulnerabilidad en los Procesos Judiciales”.

La cuestión, directamente vinculada con el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva¹, abarca numerosas e interesantes cuestiones para analizar y debatir, todas ellas en busca de nuevas

y mejores soluciones en el ejercicio de funciones que diariamente desarrollan los diversos operadores jurídicos.

Dada la amplia extensión de la temática procuraremos circunscribirnos en estas líneas a un sujeto vulnerable en particular y, dentro de este ámbito a lo que puede denominarse una subespecie dentro de dicho género: el llamado consumidor hipervulnerable².

II. Una breve noción de consumidor hipervulnerable

La noción de consumidor y su especial protección se fundamentan en la vulnerabilidad o debilidad estructural de éste frente al proveedor en el mercado; ello impuso la necesidad de equilibrar a las partes mediante normas y principios de derecho positivo³. En esta línea, la Res. Mercosur 36/2019 (ratificada en nuestro derecho interno por la Res. SCI 310/2020) determina expresamente en su art. 1 que existe una “*vulnerabilidad estructural de los*

consumidores en el mercado...”

Ahora bien, en determinadas circunstancias esta situación de vulnerabilidad se ve acentuada o incrementada debido a una condición o particular situación de hecho o derecho que detenta el consumidor. De tal forma, a la vulnerabilidad estructural propia, se adiciona una vulnerabilidad funcional que acrecienta su debilidad en el marco de la relación (una discapacidad física o intelectual; la condición de adulto mayor; de analfabeto -digital o analógico-, de niño niña o adolescente, etc.⁴). La idea fue adoptada receptando y adecuando el concepto de interseccionalidad⁵ que detenta el régimen de tutela de los Derechos Humanos⁶, al derecho del consumo.

La cuestión ha sido abordada por varios autores⁷, y actualmente ya fue receptada normativa (a nivel de hard y soft law)⁸ y jurisprudencialmente⁹, considerando la vulnerabilidad agravada como un criterio diferencial de protección, un supuesto de discriminación positiva¹⁰.

Ahora bien, ya adentrándonos en el tema que nos convoca, consideramos que nada impide que la vulnerabilidad del consumidor (y más aún la del consumidor hipervulnerable) que se constituye en el entorno del mercado¹¹, se vea trasladada al marco del proceso judicial.

Lo reseñado conlleva a la necesidad de una regulación que tutele y ampare a estos débiles jurídicos, no sólo en materia de fondo, sino también en el ámbito procesal¹². Nuestro legislador ha reconocido esta circunstancia, estableciendo la regulación del Capítulo XIII de la ley 24.240 (“De las acciones”, arts. 52 y ss.), específicamente vinculado con las cuestiones procesales (aunque contenido en una ley de fondo¹³), así como algunas normas dispersas como el art. 36 del mismo cuerpo normativo (vinculado a cuestiones de competencia en operaciones financieras de consumo). Entendemos que todo ello conforma un régimen de presupuestos mínimos que procura garantizar un cimiento o

base de tutela sobre el cual las provincias pueden construir sus propios regímenes de protección.

Dicha solución no hace más que efectivizar el mandato del 3er. párrafo del art. 42 de la Constitución Nacional, norma que demanda la implementación de “procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos”. Entendemos que, en esta referencia amplia y comprensiva se impone la necesidad de determinar soluciones que protejan al consumidor (y con mayor razón aún al consumidor hipervulnerable) en el acceso y tránsito del proceso (sea como actor o demandado), respondiendo a los principios de tutela judicial efectiva y el acceso a la justicia, los que se tornan operativos y de goce directo¹⁴ a partir de la premisa del Preámbulo de nuestra Constitución que impone “afianzar la justicia”¹⁵ y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 CN¹⁶).

De tal forma, el principio protectorio

(expresamente consagrado en los arts. 42 CN, 1094 CCyC y 3 LDC y calificado como identitario y fundante del Derecho del Consumo¹⁷), impone la necesidad de tutela también en el marco del proceso judicial. Como ha señalado nuestro Máximo Tribunal, la igualdad no se ve afectada cuando el legislador elige a un grupo de sujetos para protegerlos especialmente, por su vulnerabilidad y con fundamento en el amparo de los consumidores¹⁸.

Procuraremos seguidamente determinar algunas aplicaciones concretas de dichas conclusiones a fin de procurar proveer herramientas a los operadores jurídicos en el marco del proceso de consumo...

III. Algunos supuestos de tutela diferenciada del consumidor hipervulnerable en el ámbito del proceso

Como se señalara en el marco del XXXI Congreso Nacional de Derecho

Procesal (desarrollado en Mendoza en septiembre de 2022), las novedosas dimensiones del derecho a la igualdad y no discriminación (igualdad material, vulnerabilidad, discriminación múltiple, discriminación interseccional, discriminación estructural, hipervulnerabilidad), derivan en la necesidad de adoptar un enfoque diferencial del derecho a la protección judicial en aquellos casos en que se ventilan derechos de sujetos vulnerables, que reciben tutela preferente constitucional o convencional (conclusiones de la Comisión 2 - Civil: "Reformas a las estructuras procesales", punto 4 "Perspectiva de vulnerabilidad").

De tal forma, la presencia de un consumidor hipervulnerable en el marco del proceso podrá demandar la configuración de mecanismos especiales o diferentes de amparo o tutela. Sin ánimo de exhaustividad, y a mero título enunciativo (ya que la cuestión dependerá de los planteos de los operadores jurídicos

y de la inventiva y criteriosidad de cada juez), enumeraremos algunos de estos mecanismos...

III. a) Prevención

La prevención se ha evidenciado como una seria preocupación en el marco de las relaciones de consumo desde sus orígenes. Es así como fue receptada ya al momento de la sanción de la ley 24.240 en 1993¹⁹ (y obviamente antes de su recepción en el CCyC).

Actualmente el estatuto de defensa del consumidor le proporciona al sujeto protegido, una suerte de jurisdicción preventiva²⁰, una modalidad de tutela inhibitoria sustancial²¹ que se vio apuntalada a partir del art. 42 de la Carta Magna²² (evidenciándose numerosas sentencias que, aún de oficio -y con anterioridad a la sanción del nuevo Código²³⁻, consagran medidas tendientes a prevenir los daños²⁴) y finalmente consolidada a través de la filosofía del CCyC. Este

último cuerpo normativo contiene disposiciones que priorizan el deber de prevención en el marco de la responsabilidad civil; algunas específicamente vinculadas al régimen de tutela del consumo²⁵.

Corresponde intensificar estos criterios ante un consumidor hipervulnerable y así se ha consagrado en otras jurisdicciones, como la última parte del art. 95 del Código Procesal de la Justicia en las Relaciones de Consumo de la CABA, el cual subraya la preeminencia del principio de prevención, especialmente cuando se trate de "consumidores hipervulnerables", para lo cual conecta aquel dispositivo con los arts. 1710 a 1713 del CCyC.

Yendo a una aplicación concreta de estos criterios Podemos remitir a lo resuelto por la CFed. de Rosario, sala B, en la causa "UCU c/ Enacom" el año pasado²⁶. La Cámara, en aras de la prevención del daño, dispone que Enacom bloquee las páginas web del

proveedor “Procash” que contraríen el régimen vigente en materia de publicidad vinculada a las operaciones financieras. La solución se relaciona con la llamada acción de cesación del art. 1102²⁷ del CCyC (sancionado en el contexto referido precedentemente), sindicada como una herramienta preventiva efectiva y apta para evitar las publicidades ilícitas que, como en el caso se emiten hacia eventuales consumidores que pueden o ya se encuentran en una situación de sobreendeudamiento, categoría que se considera comprendida dentro del espectro de los llamados consumidores hipervulnerables²⁸.

III. b) Deber de colaboración probatoria.

El art. 4 de la Resolución 139/2020 SCI, aplicable al procedimiento administrativo nacional, determina que en caso de “hipervulnerabilidad” media una exigencia de acentuar el deber de colaboración probatoria. Con fundamento en el principio de progresividad

y no regresión (expresamente reconocido en la Res. Mercosur 36/2019 ya referida) consideramos que corresponde extender esta exigencia al ámbito judicial²⁹. Asimismo, cabe ponderar en aras de su aplicación en el proceso la plena efectividad del principio de igualdad ante la ley que debe regir en ámbito de las relaciones de consumo (art. 16 CN).

Aunque no son estos los únicos argumentos a considerar. Debe también considerarse que dicho deber se desprende del principio procesal de colaboración³⁰ y, en última instancia, de la “fundamentalidad” que irradia el art. 42 CN, buscando equilibrar la relación entre las partes, permitiéndole al juez ampliar sus poderes ordenatorios, instructorios y cautelares³¹.

Justamente en esta línea, en el marco de las Conclusiones de XXXI Congreso Nacional de Derecho Procesal (Mendoza, septiembre de 2022), en la Comisión Nro. 3- Civil (“Principios procesales: estado actual y visión crí-

tica”), en el punto 5 se manifestó expresamente la posibilidad de vincular el principio de transparencia con el deber de colaboración con relación al accionar de las partes, cuestiones directamente vinculadas con el deber de colaboración probatoria.

Numerosos son los ejemplos de su aplicación en nuestra jurisprudencia: a) la sanción por omisión del banco de poner a disposición documentos que tenía en su poder (que respaldarían la calificación en la base de deudores del sistema financiero del BCRA a la que fue sometido el actor)³²; b) la procedencia de la acción instaurada contra la empresa de telefonía que no acreditó haber brindado información respecto de la modalidad del aumento de precio del servicio, ni del cambio de plan³³; c) la requisitoria de prueba al banco acerca de la inexistencia del dinero en el sobre depositado por el actor en el cajero automático de propiedad y bajo vigilancia de la entidad bancaria³⁴; d) la ausencia (por des-

trucción voluntaria del proveedor) de los registros filmicos que habrían arrojado luz sobre los hechos alegados³⁵; e) la falta de conservación de muestras del alimento supuestamente contaminados con la bacteria *Escherichia Coli*³⁶; etc.

III. c) Imposición del Daño Punitivo.

La aplicación de los daños punitivos y la especial vulnerabilidad de los consumidores se vinculan en una relación calificada como “simbiótica”³⁷, entendiéndose que los primeros constituyen un mecanismo de prevención especial para los consumidores con vulnerabilidad agravada³⁸. Así es como se ha planteado en el marco jurisprudencial que “la especial vulnerabilidad del consumidor es un parámetro para la cuantificación de la sanción a imponer”³⁹.

En tal sentido la sala I de la Cám. Civ. y Com. De Rosario ha ratificado la imposición de la sanción puniti-

va ante la ausencia de un trato digno y equitativo hacia una niña que se encontraba en clara situación de hipervulnerabilidad: una menor que viajaba separada de sus padres y ante un evento dañoso no se le brindó al contención prometida por parte de la empresa de viajes estudiantiles. Reseña expresamente el Tribunal (en cita a la sentencia de primera instancia) que “existió una grosera violación a la especial confianza depositada en los proveedores, quienes al lidiar con una niña debieron considerar que esta es un consumidor hipervulnerable, es decir extremadamente frágil, situación que reclama una protección más intensa, en consonancia con la que establecen los Tratados Internacionales... con la consiguiente consecuencia de la aplicación del instituto previsto en el art. 52 bis LDC”⁴⁰.

Asimismo, y dada la particular situación de confluencia de vulnerabilidades (que conlleva a la calificación de hipervulnerable de estos consumi-

dores), resulta relevante no sólo considerar las eventuales situaciones de trato indigno o inequitativo (como la reseñada en el párrafo precedente), sino también las relativas a prácticas abusivas⁴¹ a las que puede ser sometida esa persona, lo que conllevará también a la imposición del daño punitivo.

III. d) Flexibilidad del principio de congruencia

El Proyecto de Código Nacional de Defensa del Consumidor dispone que, al dictar sentencia, el juez podrá flexibilizar la congruencia en aras a una mayor tutela y efectividad de los derechos fundamentales de los consumidores que no hayan sido parte en el proceso, pero que puedan verse afectados por la conducta obrada por el proveedor, especialmente cuando se trate de consumidores con “hipervulnerabilidad”⁴². Una norma idéntica encontramos en el penúltimo párrafo del art. 95 del Código Procesal de la

Justicia en las Relaciones de Consumo de la CABA⁴³.

Si bien el texto pareciera conferir una facultad discrecional para el juez (al utilizar el término podrá), entendemos que, configurada la necesidad del flexibilizar el referido principio, se impone un deber en cabeza del juzgador de realizar tal tarea, especialmente en supuestos en que otros bienes o derechos de relevancia entren en juego (vg. salud, integridad física, etc.).

En dicho contexto, por ejemplo, el Tribunal Colegiado de Responsabilidad Extracontractual Nro. 2 de Rosario, en el marco de un juicio de daños y perjuicios planteado en virtud del lamentable fallecimiento de un niño al trepar a un árbol que se encontraba electrificado dado que sus ramas estaban en contacto con líneas de media tensión y, verificando que varios años después del hecho el perito constata que la situación no había variado, advirtiendo la situación

de peligrosidad existente, en función de la tutela de los intereses generales, el interés superior del niño y el concepto de mandato preventivo, dispuso de oficio tomar medidas tendientes a prevenir futuros daños respecto a otras personas que circulen por el lugar. La medida fue oportunamente acatada por las demandadas (EPE y Municipalidad de Rosario)⁴⁴.

Ahora bien, la cuestión no sólo puede referir a sujetos ajenos al proceso, sino que, ante determinadas circunstancias y siempre velando por la tutela del derecho de defensa, el principio también puede ser flexibilizado con relación al vínculo procesal existente entre las partes.

Así, en el marco de un proceso de amparo donde se requería que la obra social demandada autorice y provea una órtesis a un niño con discapacidad (la que fue otorgada cautelarmente), ya en la etapa de producción de pruebas la actora denuncia como hecho nuevo que la órtesis provista cautelarmente

le quedaba chica a la criatura, siendo necesaria la provisión de nuevas en forma sucesiva durante todo el período de su crecimiento.

El Tribunal en su sentencia (hoy firme y consentida) consideró efectuada una reformulación de la pretensión, de la cual se corrió oportunamente traslado a la demandada (sin que ella se opusiera) y, con sustento en el principio de economía procesal y la satisfacción del interés superior del niño (art. 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño), efectuando una interpretación dialógica de los principios en juego con miras en los derechos humanos contenidos en Tratados Internacionales y la Constitución Nacional y ponderando los principios de solidaridad familiar, la aplicación de normas supranacionales, el derecho constitucional a la salud y el argumento pro homine, hizo lugar a la pretensión, destacando además que la decisión redundaba en una mejor calidad de vida del niño, permitiendo un mayor desarrollo e interacción

con el contexto social en que se relacionaba, en consideración de su edad y la necesidad del mismo de perfeccionar sus habilidades sociales y desarrollo individual⁴⁵.

III. e) Implementación de Procesos Especiales

Más allá de lo dispuesto por el art. 53 LDC (disposición que se limita a establecer que en las causas iniciadas por ejercicio de los derechos establecidos en la ley se regirán por las normas del proceso de conocimiento más abreviado de la respectiva jurisdicción), se ha evidenciado la necesidad de implementar procesos específicos, adecuados a determinadas necesidades de los consumidores y hasta fueros especializados en la materia (así se planteó en las Conclusiones de XXXI Congreso Nacional de Derecho Procesal - Mendoza, de septiembre de 2022- en la Comisión 2 – Civil -“Reformas a las estructuras procesales”-, punto 2).

En tal sentido se han proyectado, por ejemplo, procedimientos de Saneamiento del Sobreendeudamiento del Consumidor⁴⁶, buscando la implementación de procesos rápidos, simples, económicos y accesibles a favor del consumidor sobreendeudado⁴⁷.

Asimismo, se advierte la necesidad de establecer procesos breves y específicos con relación a deberes u obligaciones puntuales del proveedor de fácil cumplimiento, como por ejemplo la de informar, la cual podría hasta demandarse, bajo determinadas condiciones, a través de una acción autosatisfactiva⁴⁸.

De tal forma, y hasta tanto los diversos proyectos sean sancionados los operadores jurídicos deberemos determinar en cada caso, e independientemente de lo dispuesto por el ya citado art. 53 LDC, conform eel objeto de la pretension, cuál puede ser la vía más idónea para encauzar el proceso, no dejando de lado institutos específicos como puede ser el amparo para determinados su-

puestos y sin dejar de ponderar las bonanzas que un proceso ordinario puede aportar en, por ejemplo, la tramitación de una acción colectiva.

Tal es el desafío planteado.

IV. Consideraciones finales

Como destaca Berizonce, la operatividad del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva impone al legislador la obligación de diseñar técnicas orgánico funcionales y procesales que actúen como verdaderas y propias instituciones equilibradoras de las posiciones concretas de las partes en litigio⁴⁹.

Advertimos que tal es el camino que transita actualmente el régimen de protección de los consumidores y usuarios, encontrándonos hoy, tanto a través de las normas de fondo como de forma con un piso mínimo de tutela a partir del cual cada jurisdicción determinará un amparo más o menos

concreto y específico, conforme sus particularidades propias.

Lamentablemente, a la fecha nuestra provincia no cuenta con una regulación propia en la materia⁵⁰, pero ello no debe impedir a los operadores jurídicos y especialmente a los jueces, procurar mecanismos, interpretaciones y adecuaciones de principios generales que conlleven a lograr la solución más justa al caso concreto.

No debemos dejar de recordar (como señalan mejores voces que las nuestras) que, “por fortuna ha habido siempre respuesta de jueces y juristas ante situaciones novedosas. En su momento el amparo... la reingeniería procesal supone precisamente eso, que por vía de interpretación normativa, con imaginación y creatividad, se abra cause a nuevos tipos procesales o a mecanismos procesales simplificadores... o se atienda más enfáticamente a lo que sucede durante el actual proceso común de conocimiento para permitir salidas

satisfactivas previa al demorado desenlace final... Ni los jueces ni los abogados pueden escudarse en las trabas resultantes de las normas procesales inferiores, meramente reglamentarias del debido proceso para justificar la ineficiencia del servicio que prestan... Más concretamente, si las normas procesales, por acción u omisión, bajo ciertas circunstancias se convirtiesen en obstáculos rituales, impedientes de un servicio de justicia eficiente y de duración razonable, deberán ser soslayadas por los jueces...”⁵¹

Es así como hoy, como siempre, los nuevos tiempos demandan nuevos desafíos. Ya en el siglo pasado se planteaba la necesidad de Jueces no neutrales en el sentido clásico pero si imparciales por su independencia, preservando los bienes y el interés general, con una marcada impronta social⁵².

Esperemos que estas líneas nos acerquen más a ese objetivo... ■

CITAS

¹ Ya ha señalado nuestro Máximo Tribunal que todos los habitantes de la Nación gozan de los derechos de acceso a justicia y de tutela efectiva (arts. 18 y 43 CN, instrumentos internacionales con jerarquía constitucional -Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículos 8 y 25.2a.; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14.1- y jurisprudencia de este Tribunal -Fallos: 339:1077, 1483, 1683; 343:103, 156, 637 -CSJN “BERTUZZI, PABLO DANIEL” 29 de septiembre de 2020-).

Cabe recordar que entre el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva media una relación especie-género ya que estos postulados no se satisfacen con la sola previsión legal de la posibilidad de acceder a la instancia judicial, sino que requieren de la tutela jurisdiccional de los derechos en cuestión durante todo el tránsito del proceso para que, finalmente, la cuestión sometida a conocimiento se resuelva mediante una respuesta judicial idónea, oportuna, efectiva y eficaz en el amparo de los derechos que se aleguen comprometidos (CSJN, Fallos: 337:530; 339:652; 343:103, entre otros).

Para profundizar la temática puede consultarse QUAGLIA, MARCELO C.; “Eficacia e Implementación del Derecho del Consumidor más allá del Diálogo de Fuentes: la necesidad de nuevos diálogos e interacciones”, Revista Académica del Instituto de Estudios Sociales, Política y Cultura de la Universidad de San Pablo (Tucumán), N°12–Año2022-2, ISSN2525-1600, Diciembre 2022, p. 1 (<https://uspt.edu.ar/uspt-revistadigital/index.php/iespyc/issue/view/7>).

² También hemos desarrollado esta temática en QUAGLIA, MARCELO C. Y SAHIAN, JOSÉ H.; “Desafíos que nos impone la tutela del consumidor en el marco del proceso” en la obra colectiva “Relación de Consumo. Tomo 4”, dirigida por CARLOS E. TAMBUSI, ED. HAMMURABI Y QUAGLIA, MARCELO C.; “La incidencia del consumidor como sujeto vulnerable en el marco del proceso”, LL 15/O3/2023, p. 1 (TR LALEY AR/DOC/529/2023).

³ GARZINO, M. CONSTANZA; “La protección del consumidor hipervulnerable a través del “diálogo de fuentes” y la necesidad de una previsión equilibrada”, ponencia presentada en el marco del XVII Congreso Argentino de

Derecho del Consumidor (www.derechouns.com.ar/wp-content/uploads/2018/05/01-Garzino-Consumidores.hipervulnerables.pdf).

⁴ Determina la Resolución 139/2020 de la SCI en su art. 1 que “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, la norma extiende el concepto a las personas jurídicas sin fines de lucro que orienten sus objetos sociales a los colectivos comprendidos en la enunciación precedente.

⁵ Se entiende por interseccionalidad la confluencia respecto de una misma persona o grupo de personas de la violación de diferentes tipos de derechos, como víctimas de discriminación. La primera en abordar este concepto fue Kimberle Crenshaw al plantear que las mujeres afrodescendientes sufren una doble discriminación debido al racis-

mo y al género, generándose por tanto una situación de mayor vulnerabilidad (KIMBERLE CRENSHAW, «Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics», University of Chicago Legal Forum 1, n.o 8, 1989, pág. 149. Disponible en:

<https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1052&context=ucfj>.

⁶ Justamente, varios autores, entre los que nos alineamos consideran que el Derecho del Consumo queda comprendido y/o amparado en el marco de los Derechos Humanos (MARTINEZ, MA. LAURA Y QUAGLIA, MARCELO C.; “La protección al consumidor desde la óptica de los derechos humanos: en busca de una tutela judicial efectiva”, Dossier “Derechos humanos en acción; su concreción en la tarea judicial”, Revista del Colegio de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe, Año 8 Nro. 8, p. 265 (<https://www.magistrados-santafe.org.ar/revistas/>).

⁷ Entre otros GARZINO, M. CONSTANZA; “La protección del consumidor hipervulnerable a través del “diálogo de fuentes” y la necesidad de una

previsión equilibrada”, ponencia presentada en el marco del XVII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor (www.derechouns.com.ar/wp-content/uploads/2018/05/01-Garzino-Consumidores.hipervulnerables.pdf); SAHÍÁN, JOSÉ H.; “Tutela especial diferenciada de consumidores hipervulnerables: discriminación positiva”, Suplemento especial del diario La Ley del 8 de noviembre de 2021 XXII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor “Hacia el Código nacional de defensa del consumidor”, p. 46 y ss; HERNÁNDEZ; CARLOS A.; “La tutela de la dignidad de los consumidores hipervulnerables. A propósito de la respuesta judicial frente a las consecuencias del abuso sexual padecido por una niña en un establecimiento educativo”, RCyS 2021-I, 91; BAROCELLI, SEBASTIÁN –director-, “Consumidores Hipervulnerables” (obra colectiva), El Derecho, Buenos Aires.

La cuestión fue materia de tratamiento por la doctrina en las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, desarrolladas en Mendoza el año pasado. De esta manera en la Comisión 5 “Derecho de los consumidores”, se sostuvo en forma unánime que “En el estadio evolutivo actual del Derecho del Consumidor nacional, los contenidos del principio protectorio se ven resignificados por su interacción

con los principios de respeto de la dignidad, no discriminación y tutela acentuada en situaciones de vulnerabilidad o desventaja (hipervulnerabilidad). Estas líneas rectoras de matriz constitucional operan una transformación de los perfiles patrimonialistas para centrarse en la protección de la persona humana y sus derechos fundamentales. Los despliegues axiológicos de estos principios humanistas resultan guías ineludibles para la construcción de las respuestas jurídicas a los problemas planteados por la irrupción de las tecnologías emergentes en las relaciones de consumo” (Conclusión 1.A.2.).

⁸ Cabe destacar la ya citada Res. Mercosur 36/2019 (que sienta el principio de protección especial para consumidores en situación vulnerable y de desventaja); las Directrices de la ONU para Protección del Consumidor: 5.b) protección de consumidores en situación vulnerable y de desventaja; el art. 75 inc. 23 CN (referido a la igualdad de oportunidades y trato para niños, mujeres, ancianos y ps. con discapacidad); las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las ps. en condición de vulnerabilidad; la Res. SCI 139/2020 (vinculada al procedimiento administrativo)

y la Res. Mercosur 11/2021 (internalizada por Res. SCI 1015/2021) que determina ciertas medidas básicas en la materia.

⁹ Como por ejemplos más relevantes podemos citar CSJN, “E., R. E. c/ Omint S. A. de Servicios”, 13/03/2001, Considerando 13, Fallos 324:677; SCJ Mendoza, “BLOISE DE TUCCI, CRISTINA c/ Supermercado Makro S.A.”, 2002/0702, La Ley Gran Cuyo, 2002-726; CNCom., Sala E, “Asociación Coordinadora de Usuarios, Consumidores y Contribuyentes (ACCUC) c. Despegar.com.ar S.A. s/ Amparo”, 26/08/2020, La Ley cita Online AR/JUR/34616/2020; Cám. Fed. Apel., Sala I, Bahía Blanca, “REIMONDI, JOSÉ ANTONIO vs. Banco Nación Argentina s. Ley de Defensa del Consumidor - Incidente de apelación”, 27/05/2021; Rubinzal Online; 10716/2020 RC J 3795/21; Juzgado Contencioso, administrativo y Trib. CABA, Nro 11, “ZAVOLINSKY, DIANA MIRTA PATRICIA c. Banco Supervielle S.A. s/ Relación de consumo”, 09/08/2021, La Ley cita Online AR/JUR/121820/2021; entre otros.

¹⁰ AZAR-BAUD, MARÍA J.; “Discriminación positiva y negativa en la Ley de Defensa del Con-

sumidor”, La Ley, Buenos Aires, La Ley, t. A, 2015, pp. 462 y siguientes.

¹¹ Si bien conforme el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico mercado es definido como espacio físico o virtual en el que tiene lugar transacciones económicas (<https://dpej.rae.es/lema/mercado>), entendemos que en una interpretación economicista amplia el proceso judicial o el procedimiento administrativo forman parte del análisis del proveedor en su operación económica y por tanto podrían integrar el mercado. Sin embargo, como veremos seguidamente, dicho debate deviene abstracto a partir del análisis que desarrollamos.

¹² Así lo destaca SAHÍAN, JOSÉ H.; “Tutela especial diferenciada de consumidores hipervulnerables: discriminación positiva”, Suplemento especial del diario La Ley del 8 de noviembre de 2021 XXII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor “Hacia el Código nacional de defensa del consumidor”, p. 46 y ss.

¹³ Tanto la CSJN como la CSJSF se han expedido sobre la legitimidad de esta clase de disposiciones (ya que que el fenómeno

no es exclusivo del derecho del consumo y podemos encontrar situaciones similares en el art. 118 de Ley de Seguros, el art. 20 de Ley de Contrato de Trabajo o la propia LCyQ), siempre y cuando no se vea afectado el orden público y sean una herramienta de implementación de los derechos sustanciales que se regulan (CSJN, Fallos: 181:288; 306:1223 -La Ley, 11-829; 1984-D, 499- y 1615 y CSJ Santa Fe, “INSERRA, PATRICIA contra Bar El Luchador y otros” -Expte. CSJ n°. 276/2006- del 29/11/2006, A y S t 217 p 120-124).

¹⁴ CSJN, 23/07/2020, “Usuarios y c/ Secretaría de Energía de la Nación”, Id SAIJ: FA20000057 y; “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros el Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo”, 18/08/2016.

¹⁵ CSJN “BERTUZZI, PABLO DANIEL” 29 de septiembre de 2020.

¹⁶ Tales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XVIII), la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 8 y 10) y la Conven-

ción Americana de los Derechos Humanos (art. 8 y 25).

¹⁷ Conclusión 1.A.1 de las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Comisión 5, Mendoza 2022 (<https://www.jornadasnacionalesderechocivil.org/conclusiones>).

¹⁸ CSJN, 15/3/2007; “Rinaldi y otro c/ Guzman y otra”, consid. 21, LL 2007-B, 415.

¹⁹ El art. 52 LDC tutelaba la prevención en el ámbito del consumo, otorgando legitimación activa a los consumidores y usuarios cuando sus intereses simplemente se vieran amenazados (CSJN, Zubeldía c/ Municipalidad de La Plata, 07/02/2006, LA LEY 2006-B, 630).

²⁰ PEYRANO, JORGE; “¿Qué es y qué no es una tutela diferenciada en Argentina?”, Revista de Derecho Procesal, 2008-2: “Tutelas procesales diferenciadas I”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, pp. 32-34; citando a BARACAT, EDGAR, “Tipos de tutela jurisdiccional que puede reclamar el consumidor en defensa de sus derechos”, Tutela procesal del consumidor y del usuario, obra colectiva del Ateneo de

Estudios del Proceso Civil de Rosario, Panamericana, Santa Fe, 2000, p. 21.

²¹ CALVO COSTA, CARLOS; “La pretensión preventiva en el derecho de daños”, La Ley, 19/O2/2018, pp. 1 y ss.

²² MOLINA SANDOVAL, CARLOS; “Función preventiva de la responsabilidad civil”, diario La Ley del 10 de Diciembre de 2019, p. 2; quien cita a LLAMAS POMBO, E., “La tutela inhibitoria del daño -la otra manifestación del derecho de daños-”, RCyS 2002-181.

²³ QUAGLIA, MARCELO C.; “La prevención del daño: una breve revisión de la situación actual en la materia”, Rev. El Derecho Rosario Digital (<http://www.elderecho.com.ar>), diciembre 2012 y ARIAS, MA. PAULA Y QUAGLIA, MARCELO C.; “La prevención del daño y el mandato preventivo, con especial consideración a las relaciones de consumo”, Revista de Derecho del Consumidor - Número 6 - Febrero 2019, IJ-DXLII-522.

²⁴ A modo de ejemplo pueden citarse CCyC de Rosario, Sala II; 18/06/2021, “T., M. A. c/ Telecom Argentina S.A.”, El Derecho 24 de diciembre de 2021, p. 1 (donde se dispone la

revisión de la disposición del cableado telefónico y de internet a fin de evitar el robo de líneas y la ausencia de servicios); Juzg. de Distrito Civ. y Com. de Rosario de la 14^a Nom., “CFN SA C/Arce, Valentina”, CUIJ 21-02890188-4, Sentencia 2179/2018 (tendiendo a evitar abusos en el otorgamiento del crédito) y CCyC de Azul, sala II, 11 de noviembre de 2015, “BIORDO, MIGUEL ÁNGEL c/ Rutas Al Sur Concesionario Vial”, RCyS 2016-X, 78 (donde se dispone la elaboración de un informe sobre las condiciones del entorno de una estación de peaje donde acaeció el accidente).

²⁵ Como por ej. el art. 1102 CCyC.

²⁶ <https://www.diariojudicial.com/public/documentos/000/104/077/000104077.pdf>

²⁷ “Acciones. Los consumidores afectados o quienes resulten legalmente legitimados pueden solicitar al juez: la cesación de la publicidad ilícita, la publicación, a cargo del demandado, de anuncios rectificatorios y, en su caso, de la sentencia condenatoria”.

²⁸ FRUSTAGLI, SANDRA A.; “Hipervulnerabili-

dad del consumidor por causas socioeconómicas, interseccionalidad y preservación del mínimo existencial”, RCCyC 2022 (diciembre), 26.

La identificación entre consumidores “sobrendeudados” e “hipervulnerables” reivindica tecnologías idóneas a la luz del art. 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que reconoce el derecho a un recurso efectivo. Por tanto, un consumidor “sobrendeudado” goza de derecho a procedimientos rápidos, transparentes, justos, poco costosos y accesibles).

²⁹ SAHIÁN, JOSÉ H.; “Principios de progresividad y no regresión en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor”, Sup. Especial Comentarios al Anteproyecto de LDC, 27/03/2019, 111, Cita Online: AR/DOC/596/2019. SAHIÁN, JOSÉ; “Principios de progresividad y no regresividad en los derechos de los consumidores”, LA LEY 2018-A, 545, Cita Online: AR/DOC/3067/2017.

³⁰ MÉNDEZ ACOSTA, SEGUNDO; “El derecho de defensa en los procesos de consumo”, en Proceso y constitución, Número Especial de Jurisprudencia Argentina, dirigido por ROSALES CUELLO, RAMIRO, t. II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2018, p. 88.

³¹ TAMBUSSI, CARLOS; “Responsabilidad de la empresa de telefonía celular por modificación unilateral del plan contratado. Daño moral y punitivo”, La Ley, 18/09/2017, p. 6.

³² CNCom., Sala B, 08/10/2003, “CARUSO, PABLO D. c. Banco Francés”. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca, Sala I, 20/04/2017, “P., D. A. c. Banco Supervielle S.A. y otro s/ daños y perjuicios”.

³³ C6aCiv. y Com. Córdoba, 09/03/2017, “GALLARDO QUEVEDO, JESICA P. c. Movistar de Telefónica Móviles Argentina SA s/ ordinario - cobro de pesos - recurso de apelación”.

³⁴ Cámara Civil y Comercial Común de Tucumán, Sala I, Sentencia n° 75 del 20/03/2014, “LÓPEZ GUZMÁN TIBURCIO vs. City Bank N.A. Argentina s/ Sumarísimo”.

³⁵ Cámara Civil y Comercial de Rosario, Sala I, Acuerdo 161 del 11 de mayo de 2020, “SALIN, JUAN CARLOS y Otros c/ City Center Rosario, s/ Sumarísimo”.

³⁶ SCBA, 01/04/2015, “G., A.C. contra Pasema SA y otros sobre daños y perjuicios”.

³⁷ Así MENDIETA, EZEQUIEL, COLAS, LUCAS Y SANSONE, SANTIAGO; “Los daños punitivos como mecanismo de protección de los consumidores hipervulnerables”, en Barocelli, Sebastián -director-, Consumidores Hipervulnerables, El Derecho, Buenos Aires, p. 285.

³⁸ Baste recordar que el leading case en la materia se plantea ante un consumidor que padece una discapacidad motriz (o sea, un hipervulnerable): CCyC de Mar del Plata, 27 de mayo de 2009, “MARCHINANDIARENA HERNÁNDEZ, NICOLÁS c/ Telefónica de Argentina S.A.”, LL 2009-C, 647; confirmado por la SCJ BA Ac. 2078, sent. 6/11/2012.

³⁹ Cámara Civil de Córdoba, Sala V, del 31 de octubre de 2019, “QUIROGA CRESPO contra Banco Itaú”.

⁴⁰ CCyC de Rosario, sala I; 28 de diciembre de 2022, “PINEDA BEE, VIRGINIA SOLEDAD C/ Nueva Chevallier S.a. Y Otros S/ Demanda De Derecho De Consumo”, CUIJ 21-02882146-5, Acuerdo 374/2022. En el caso una niña que estaba en su viaje de estudios de primaria, separada de sus progenitores -y evidentemente sin la contención nece-

saria, que se le había prometido- se lesiona (fractura de un pié) y no es atendida debidamente por el proveedor. Destaca la sentencia la alta vulnerabilidad del segmento de consumidores de corta edad y escasa experiencia, la separación de sus padres y el hecho de estar lesionada, calificando a la actora como hipervulnerable. En dichas condiciones se la hizo transitar por eventos y actividades programadas del viaje sin la debida atención médica, evidenciando una conducta desaprensiva y violando la confianza depositada el el proveedor, todo lo cual encuadra el supuesto en el art. 8 bis LDC, que apareja como consencuencia la aplicación del art. 52 bis LDC.

⁴¹ Juzg. Civ. y Com. de Salta, 8va. Nominación, 21 de octubre de 2022, “CASTAÑO, ESVELTA GALATA c/ ICBC Bank Commercial of China Argentina S.A.”, TR LALEY AR/JUR/161635/2022. En el caso la actora es calificada como hipervulnerable por ser una adulta mayor (80 años) que además padecía asma y era analfabeta digital (lo que le impedía acceder a la información sobre su crédito). Habiendo adquirido un vehículo que fuera garantizado con una

prenda sufre el secuestro del bien a altas horas de la noche, no brindándosele con posterioridad información precisa sobre la deuda que se le reclamaba (a pesar de sus esfuerzos para interiorizarse de una situación que no llegaba a entender ya que depositaba el valor de lo que creía era la cuota adeudada en forma periódica). Se condena por daño punitivo considerando acreditado el total desinterés de la entidad financiera por la condición de su cliente y con fundamento en el art. 1096 CCyC (prácticas abusivas).

⁴² Art. 164 del Proyecto de Código de Defensa del Consumidor, expte. 5156-D-2020.

⁴³ *“Al dictar sentencia el juez resolverá en base a las pretensiones de las partes de manera razonablemente fundada, ajustándose a una solución más eficaz del litigio. Igualmente, podrá flexibilizar la congruencia en aras de una mayor tutela y efectividad de los derechos fundamentales de los consumidores que no hayan sido parte del proceso, pero que puedan verse afectados por la conducta obrada por el proveedor, especialmente cuando se trate de consumidores hipervulnerables, con los alcances de los*

arts. 1710 a 1713 del Código Civil y Comercial de la Nación”.

⁴⁴ Sentencia Nro. 960 del 11 de Agosto de 2022 (<https://www.magistrados-santafe.org.ar/wp-content/uploads/2023/06/Fallo-EPE-y-Municipalidad-Resp-Extracontractual-Nro2.pdf>).

⁴⁵ Jug. de Distrito Civ. y Com. Nro. 14 de Rosario, “SIMON, EDUARDO RAÚL y Otros c/ IAPOS s/ Recurso de Amparo”, CUIJ 21-02837308-9, sentencia 899 del 8 de mayo de 2017.

⁴⁶ Un completo tratamiento del tema puede verse en: JAPAZE, MARÍA B.; *Sobreendeudamiento del Consumidor*, Bibliotex, Tucumán, 2017.

⁴⁷ Según el Modelo de Ley de Insolvencia Familiar para América Latina y el Caribe de 2011 de Consumers International, agregados en las Directrices de Naciones Unidas para la Defensa de los Consumidores de 2016.

⁴⁸ La regulación del Anteproyecto de Código Provincial de Implementación de los Derechos de las Consumidoras y los

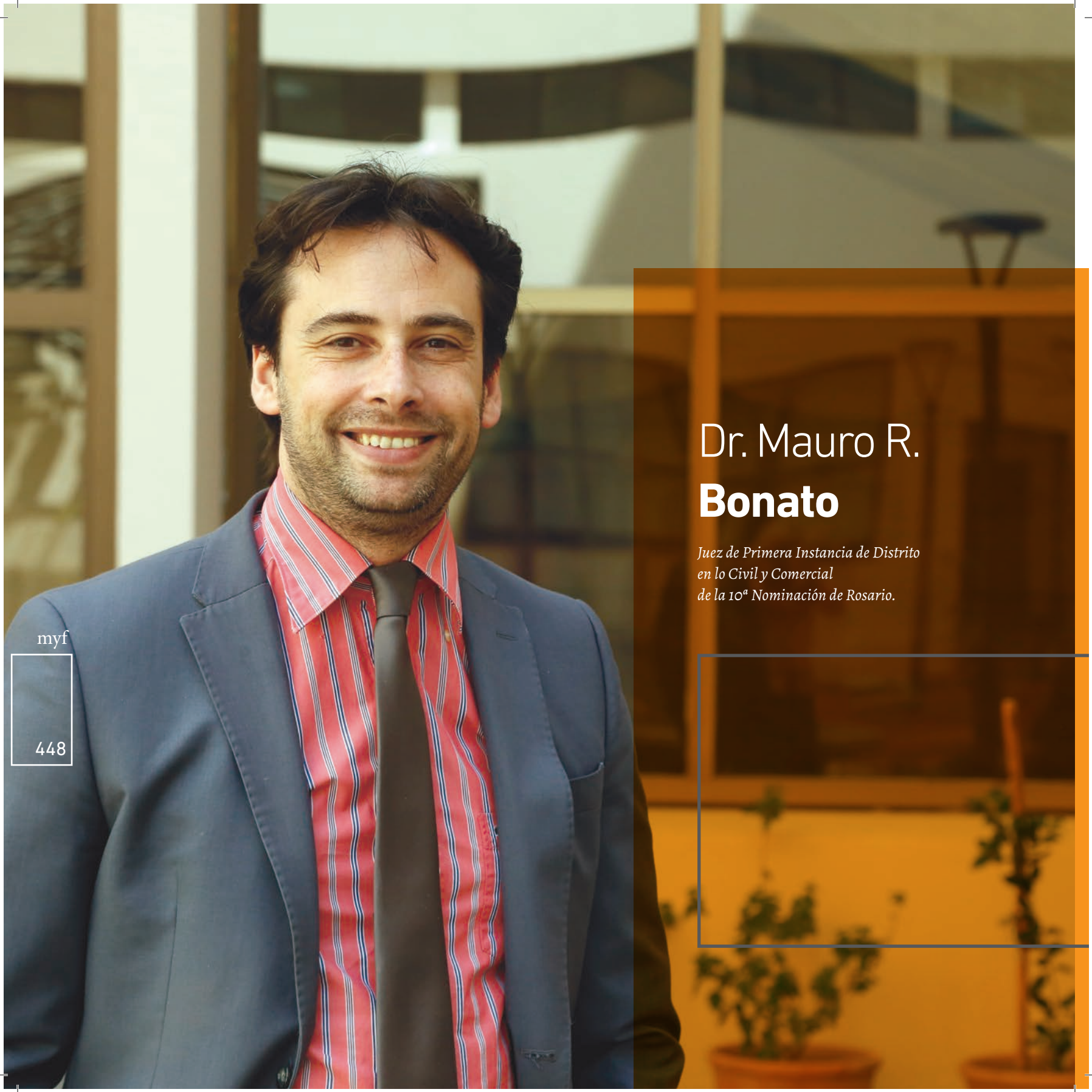
Consumidores de Santa Fe establece un procedimiento especial en esta materia (puede consultarse en <https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=3fo4bbf-ba32617776c7e51270a7cbd10>).

⁴⁹ BERIZONCE, ROBERTO O., “Fundamentos y confines de las tutelas procesales diferenciadas”, *Revista de Derecho Procesal, Tutelas procesales diferenciadas I*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, n° 2, 2008, pp. 36 y 37.

⁵⁰ Actualmente sólo dos provincias argentinas no cuentan con una regulación local: Santa Fe y La Pampa. Con el aditamento que nuestra provincial (a diferencia de La Pampa) carece además del reconocimiento de los derechos del consumidor a nivel constitucional local.

⁵¹ SOSA, TORIBIO ENRIQUE; “*Reingeniería Procesal*”, Librería Editora Platense, La Plata, 2005, pág. 53 y ss.

⁵² Así lo destacan MORELLO, AUGUSTO Y STIGLITZ, GABRIEL, “*Tutela procesal de derechos personalísimos e intereses colectivos*”, Platense, La Plata, 1986, pp. 151 y 154.



myf

448

Dr. Mauro R. **Bonato**

*Juez de Primera Instancia de Distrito
en lo Civil y Comercial
de la 10ª Nominación de Rosario.*

Ser juez en España: apuntes sobre una fugaz experiencia

myf

449

I. A modo de introducción

En el decurso del pasado mes de junio de este año 2023 quien suscribe estas líneas tuvo el grato honor de haber sido seleccionado para formar parte de la comitiva argentina de funcionarios judiciales a los que le cupo el desafío de intervenir activamente en el “VII Curso de Capacitación Intensiva e Intercambio para Jueces y Fiscales de la República Argentina”, celebrado en las ciudades de Barcelona y Madrid, República de España.

La esencia del Curso ha consistido en una nutritiva y elocuente exposición del sistema judicial español en sus rasgos más destacados con más la constante, metódica y recurrente comparación de las ideas base de la plataforma judicial ibérica con las notas más salientes de nuestro marco judicial argentino.

La variopinta conformación de nuestra comitiva puso en alerta más de una vez al disertante español, pues fácil es coleccionar el galimatías de conceptos jurídi-

cos que se diluyen cuando 24 personas de diversos cargos (fiscales, defensores, secretarios y jueces), de todas las instancias (desde Primera Instancia hasta Ministras de Superiores Tribunales), tratan de explicitar su singular problemática en relación a su especialidad (Derecho civil, comercial, de familia, laboral, contencioso administrativo, y penal en el sentido más amplio del término), y lo buscan hacer desde su exclusivo y particularizado ordenamiento jurídico (en el caso, leyes locales de Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Santa Fe, Córdoba, Entre Ríos, Provincia de Buenos Aires, y Mendoza). Así y todo, la pertenencia a un ordenamiento jurídico global anclado en sólidos fundamentos constitucionales que parten del ser humano y sus derechos elementales como pilar han podido, a juicio de este cronista, fortalecer un diálogo fluido, productivo, catedrático de a momentos, y decididamente útil en un balance final del asunto.

Del debate y el intercambio de ideas surgen, pues, las siguientes reflexiones.

Para finalizar este proemio quisiera postular de inicio un agradecimiento fundante, que quizás el buen rigor en la escritura aconsejaría postergar para las últimas letras de cierre: al Colegio de Magistrados de la Provincia de Santa Fe, o en rigor de verdad a sus autoridades, por creer como un dogma de fe y con incansable recurrencia en la capacitación de sus asociados.

II. Los jueces a la Escuela

Tras perseguir un camino serpenteante, empinado, algo rocoso en las laderas de la montaña y bastante coqueto en las sombras de las casas que lo flaquean, va elevando sobre el Monte Tibidabo, en la finca “L'Esperança”, dentro de la montaña de Collserola, la silueta de nuestro destino inicial: la Escuela Judicial de España, un edificio soberbio que hace de base a 80.000 tupidos metros cuadrados sitios en las afueras de la preciosa ciudad de Barcelona y que significa, ni más ni menos, la cuna de las mentes

que han de juzgar los conflictos que el porvenir suscite en toda España.

Este palacio majestuoso, de difícil acceso, con atinadas medidas de seguridad, que supiera ser en su hora un centro de protección de menores, se convierte entonces hoy, y desde el año 1997, en el paso obligatorio de todo juez español, cualquiera fuera su jerarquía. En España, entonces, no existen jueces que antes no hayan ido a la Escuela Judicial, al compás de una tesitura tendente a que para acceder al rol de juez se precise de una larga preparación previa que se asoma como global, al menos en la Europa occidental¹.

La apariencia de sosiego que puede despertar su pileta de natación en pleno funcionamiento, su cancha de basketball, y la imponente vista del paisaje citado que se consigue en cualquiera de sus plácidas terrazas no debe engañar ni confundir al visitante: lejos de una estancia de lujo, esta Escuela, fundada en el año 1944², aparece en el panorama de la

justicia española como el as de espada en que se apoya la legitimidad, tanto de inicio como de ejercicio, del sistema judicial español.

Pareciera que la dignidad intrínseca de la magistratura se magnifica aun más, si cabe, cuando cualquiera de nuestros solidarios anfitriones aseguran que, además de jueces, fueron parte de la Escuela Judicial, y el orgullo alcanza su paroxismo cuando en la elocuencia del discurso algún orador nos detalla con precisión exacta el año de promoción de su aventura por la "Escuela".

Geográficamente la ubicación de la Escuela es una sola, es decir, el imponente edificio que se eleva sobre la ciudad de Barcelona, de modo tal que todo aspirante a juez, o alumno, debe residir algunos años frente al mar Mediterráneo como condición casi ineludible para lograr sus aspiraciones vocacionales. Ahora bien, institucionalmente³ la ubicación de la Escuela se inserta dentro de la órbita del "Consejo General del Poder

Judicial" de España, un órgano de gobierno externo a los tres departamentos clásicos en que se reparte el Poder, que trata de un órgano autónomo que no ejerce funciones jurisdiccionales, pese al simbolismo que su sugerente nomen iuris "Poder Judicial" podría significar. Se trata de un órgano colegiado, constitucional, compuestos por juristas, autónomo y con presupuesto propio⁴, destinado a garantizar la independencia del Poder Judicial y que, en lo que ahora más interesa, se encuentra a cargo de la Escuela Judicial de España.

Para ser aspirante a juez o, dicho de otro modo, para ser alumno de la Escuela Judicial el sistema exige como plataforma de inicio ser graduado o licenciado en Derecho. Cada año⁵ existe una convocatoria de alcance nacional para que cientos de jóvenes de toda España presenten sus solicitudes en búsqueda de una vocación que aparece definida en las edades más tempranas de muchos de los aspirantes: ser juez, jueza, magistrado, o magistrada⁶. El examen inicial

consta de unas 100 preguntas tipo test, con múltiples opciones,⁷ sobre Derecho en el más amplio sentido del vocablo y unos 1300 aspirantes de un total de 4000 inscriptos en términos aproximados supera entonces el primer obstáculo de origen. Ese grupo de 1300 aspirantes que han logrado avanzar pasa a la segunda parte del sendero de ingreso, una serie de exámenes que se extienden de abril a junio y que, en general, conducen al tercer y definitivo paso⁸, es decir, un último examen final que significa, para quienes finalmente logran los méritos necesarios, la posibilidad de optar por las dos variantes posibles de la Escuela: o ir a la Escuela de Jueces, o bien concurrir al “Centro de Estudios Jurídicos”, es decir, a la Escuela de Fiscales.

Existe una alternativa al cursado y aprobado de materias y asignaturas durante dos años para convertirse en juez o jueza. En efecto, el sistema admite la existencia del “Cuarto Turno”, o sea, un espacio reservado para abogados o juristas⁹ de reconocida experien-

cia y trayectoria laboral o académica que han decidido, una vez acaudalado ese bagaje experimental, dedicarse a la noble función de juzgar. Ahora bien, este espacio reservado para profesionales del Derecho de reconocida solvencia intelectual y moral no ocupa más del 17% de las plazas y, así y todo, el tránsito escolar es igualmente insalvable para ellos en tanto deben estudiar en la Escuela durante al menos 4 meses y rendir, también, las pruebas y exámenes necesarios para la esperada promoción final.

La Escuela de Jueces, variable en la cual hemos profundizado, dura 2 años¹⁰. El presupuesto de más de 20 millones de euros anuales permite que nuestros informantes califiquen como “de lujo” a la asignación, un presupuesto que “les permite hacer de todo”, leyenda que debe interpretarse en el contexto al cual se refiere, es decir, a la administración de la Escuela en sí misma.

Los alumnos de jueces, o aspirantes, reciben un sueldo como retribución por

su permanencia y cursado que alcanza aproximadamente el 80% del sueldo del cargo de juez de primer grado durante los dos años de estudios, con más un suplemento para gastos generales, transporte y alimentos.

III. La composición del alumnado

Si esta crónica tuviera que calificar con dos adjetivos a los aspirantes a jueces y magistrados de las 25 promociones que han pasado por las aulas de la Escuela desde una conclusión a simple vista que luego fuera confirmada por estadísticas oficiales se podría afirmar, sin titubeos ni ambages, que los aspirantes a jueces y magistrados son, en su amplia mayoría, jóvenes y mujeres.

Jóvenes en tanto el promedio de edad es de 27 años, circunstancia que significa que los cargos vacantes de la primera instancia de la judicatura española son cubiertos por personas en promedio de algo menos de 30 años de edad¹¹.

Mujeres en tanto el 73% de los alumnos de la Escuela son, en la actualidad, mujeres¹², en el marco de una tendencia que parece ir creciendo cada ciclo, todo según estadísticas y datos oficiales puntualmente elaborados al efecto.

A su vez, otro rasgo común del alumnado es la falta de experiencia previa, derivado si se quiere forzoso de su preciada juventud. En efecto, el 64,67 por ciento de los jueces en prácticas que han pasado por la Escuela no había trabajado anteriormente y, de quienes sí lo habían hecho, sólo un 14,42 por ciento había ejercido una profesión jurídica, generalmente la abogacía.

La procedencia geográfica del alumnado es por demás heterogénea¹³, corolario esperable si se piensa en que, como veremos, los egresados se encuentran habilitados para ejercer en todo el territorio de España. Así y todo, si bien para luego ejercer activamente en determinados lugares puede ser considerado un requisito

necesario -formal o de hecho- el dominio de la lengua autóctona (Catalán, Euskera, Andaluz, etc.), lo cierto es que hasta donde hemos podido comprobar el cursado y los exámenes se realizan con el auxilio sólo y exclusivo del idioma español.

Los alumnos perciben un salario, como vimos, aproximado en un 80% al de un Juez en ejercicio de primera instancia. De tal coyuntura es posible concluir que el sistema de la Escuela no necesita como recurso ineluctable de un sólido esquema de becas o bonificaciones para permitir así el ingreso de las clases sociales menos favorecidas a la Carrera Judicial. Es cierto que, según nuestras fuentes, los estudiantes que aspiran a rendir el examen de ingreso precisan de años de preparación e incluso acuden a solventar con sus propios recursos la enseñanza de profesores especialmente formados para preparar a estudiantes en tren de superar el ingreso, escenario que podría significar en el marco de una rápida mirada del asunto que las clases más

pueriles pudieran arribar al estadio germinal pero definitivo del asunto en mejores condiciones de preparación¹⁴. Así y todo, no aparece como menos certero que, una vez superado el ingreso, parecería que las posibles desigualdades económicas o sociales se relativizan con el sencillo expediente de proporcionar el mismo salario a quienes se ubiquen en las mismas circunstancias.

Por último, las estadísticas oficiales ayudan también a desterrar falsos mitos, afirman desde la Escuela, en una alusión entendemos nosotros a la arraigada tendencia a considerar que existe una suerte de familia o casta judicial que sellaría la suerte adversa de quienes no la integren para lograr el acceso: el 74,72 por ciento de los alumnos que se han formado en la Escuela Judicial no contaban con ningún familiar que ejerciera o hubiera ejercido una profesión jurídica, y entre quienes sí tenían uno, no llegaban al seis por ciento los que declaraban una relación familiar con un juez o magistrado¹⁵.

IV. Las tareas del alumno-juez

La capacitación presupone que sus integrantes conocen Derecho, tanto de forma como de fondo, presunción amparada en los requisitos iniciales para su ingreso. Siendo ello así, la primordial función¹⁶ de la Escuela gira en torno a un único eje, según explican con claridad y solvencia nuestros interlocutores: el “hacer”¹⁷.

La praxis no se circunscribe solamente al dictado de sentencias y resoluciones.

El razonamiento en base al análisis de casos reales, luego comparado con las soluciones que los Tribunales han alcanzado en la realidad de las cosas con las conclusiones que han propuesto los alumnos se presenta como un modo de formación solvente, eficaz, práctico, y sobre todo, constructivo¹⁸.

Tal formación práctica, base del sistema, también remite a las afamadas “simulaciones”. A través del sistema

de “simulaciones” la Escuela contrata actores profesionales que generan las escenas más disparatadas o inesperadas para evaluar la reacción espontánea del futuro juez, como que un borracho irrumpa en una audiencia, la eventualidad de una pelea o agresión física dentro de la audiencia o del despacho del juez, o la advertencia del juez hacia los letrados por el uso de un lenguaje soez, agresivo, agravante, o descalificativo. Finalmente, las “simulaciones” permiten el simulacro de alegatos o etapas procesales con la participación de abogados reales inscriptos en la matrícula que, con el concurso del Colegio de Abogados, participan de la faena y buscan importunar al magistrado en las hipótesis de mayor dificultad para el juez actuante.

Por otra parte, se busca lograr la “experiencia” del juez a través del contacto real con el caso. A través del método de la “experiencia”, por ejemplo, al futuro juez se lo manda a “prisión”, es decir, pasa unos días en una penitenciaría real, y debe rea-

lizar todo el recorrido que formula un recluso, desde el inicio de su cautiverio hasta unos cuatro o cinco días siguientes. Los futuros jueces de todos los fueros están obligados a participar de la “experiencia”. Los prisioneros saben que son jueces o futuros jueces y han construido, según se asegura, fructíferos diálogos con quienes luego podrían ser sus juzgadores y no existe trato privilegiado para el alumno-juez, ni siquiera en las raciones de alimentos. Otro de los aspectos de la “experiencia” pasa por obligar a futuros jueces a participar en controles de alcoholemia o similares en el tránsito vehicular, en ir a la unidad de urgencias de los hospitales y pernoctar alguna noche a la espera de las posibles coyunturas, en participar en operaciones quirúrgicas ordenadas judicialmente, o en observar y formar parte del equipo que realiza la autopsia de algún cadáver, por citar algunos ejemplos.

La capacitación insiste en que el futuro juez no se encierre en una

perspectiva unívoca del mundo perfeñada desde su despacho y, por lo tanto, obliga a los alumnos a salir al exterior y, así, deben concurrir a despachos de abogados para observar cómo en el día a día llevan adelante sus causas, cruzan experiencias con las fuerzas de seguridad, y asisten a notarías o escribanías, tanto como a registros oficiales de la propiedad en tren, en suma, de aquilatar un dominio más cercano del verdadero y concreto orden de situaciones con el que deberán interactuar.

Por lo demás, la enseñanza propicia también un activo modelo de comunicaciones del aspirante a Juez, de modo tal que se lo entrena con singular cuidado para lograr una relación comunicacional de excelencia tanto puertas adentro del sistema judicial (comunicación con inferiores jerárquicos, con superiores en la escala jerárquica judicial, con Oficinas o Gabinetes Especializados, etc.) como hacia afuera, es decir, hacia la ciudadanía (comunicación con los abogados y sus colegios, con la prensa, con las

Universidades especializadas en Derecho, con Organizaciones no Gubernamentales, etc.).

Al hilo de la misma lógica, la capacitación también entrena a los educandos en el manejo interno de un Juzgado u Oficina, con especial hincapié en la sólida conducción de diversas técnicas de gerenciamiento, gestión operativa, y correcta optimización de recursos humanos, escapando así a la vetusta tradición de considerar al Juez un mero Jefe de Oficina limitado a las tradicionales competencias de potestad de mando y una menguada potestad disciplinaria¹⁹.

Para concluir, la etapa de aprendizaje se profundiza en los últimos estadios del curso, pues en el segundo año se pasa a una fase eminentemente operativa, que se divide en un período no inferior a cuatro meses en un Juzgado bajo la supervisión de magistrados tutores (fase de prácticas) y una fase de sustitución y refuerzo, que remata la tarea en un período no inferior a cuatro meses.

V. La promoción

Pareciera, luego, que el filtro más sugerente se consolida en las etapas más primigenias del sistema de capacitación pues, según se nos informara, una vez dentro de la Escuela Judicial el 95% de los aspirantes promueven y egresan con éxito de la Escuela.

A la colación final no le falta pompa ni decoro. En efecto, en el acto conocido como “La entrega de despachos”, presidido por Su Majestad el Rey de España²⁰, se produce el ingreso simbólico a la Carrera Judicial en tanto reciben los aspirantes, por fin, el título que les habilita para el pleno ejercicio de sus funciones jurisdiccionales.

El destino del juez dependerá del orden de mérito que se confecciona cada año y que supone, en esencia, que a mejor lugar en el escalafón del orden meritorio le corresponderá una mayor libertad de decisión o apreciación para escoger la plaza en la cual desarrollará finalmente sus funciones.

Ese primer lugar de ejercicio de la magistratura liga al juez por espacio de al menos un año, finalizado el cual puede aspirar para otra plaza o destino diferente.

Desde nuestra perspectiva, el sentirse partícipe de una promoción concreta o, en términos más generales, de la “Escuela” viste a los egresados de un espíritu de pertenencia rayana a la camaradería y va de suyo, luego, que dentro del casi infinito abanico de consecuencias que pueden extraerse de ese lugar común de origen o identificación se puede nombrar, entre las más rimbombantes ypreciadas, la de fortalecer, en definitiva, la independencia judicial²¹.

VI. Juez de España para todo el Derecho Español

Pues bien, una nota fundamental que contrasta quizás con nuestro acceso a la judicatura, y luego con la evolución de la carrera judicial, parte de recordar que, en el sistema español, quie-

nes egresan de la Escuela Judicial están habilitados para ejercer según el orden de mérito y las vacantes disponibles en todo el territorio español.

Este enfoque que nos parece un tanto extraño pues alerta la inteligencia del más perezoso pensar que, en nuestro país, alguien que nunca haya habitado, ni siquiera conocido aisladamente la Provincia de Salta pueda, de repente y sin más, ser Juez que entiende en cuestiones ordinarias en la ciudad de Salta, desde una mirada más profunda del asunto sugiere que ese desconcierto inicial se diluye cuando se recuerda que, en esencia, el Poder Judicial Español es uno, es decir, el Poder Judicial de España, sin que quepan divergencias o distinciones –y menos autonomías– por parte de las distintas Comunidades Autónomas, Municipios, Provincias, o Partidos Judiciales²².

Desde una mirada sesgada por nuestra propia idiosincrasia la primera advertencia de un sistema tal puede fundarse en el temor al desconoci-

miento por parte del Juez del derecho local, es decir, de aquellas esferas de derechos relacionadas en Argentina con competencias no delegadas por las Provincias al Estado Central o Federal²³. Sin embargo, a poco que se profundiza la cosmovisión se advierte rápidamente que en España, en cambio y como regla, el Derecho de Forma es unívoco para todo el país (un único Derecho Procesal, un único Código de Procedimientos, un único sistema recursivo, etc.) dejando, por el contrario y en franca contradicción con la base de nuestro régimen jurídico, que algunas parcelas del Derecho de Fondo sí puedan ser reguladas de forma diferente por cada Comunidad Autónoma (por ejemplo, dentro del Derecho Sucesorio la disposición de la legítima, o dentro del Derecho de Familia el régimen de división de bienes).

De ello se sigue, en suma, que el Juez que egresa de la Escuela Judicial con sus debidas estancias en Barcelona y Madrid puede ser designado de inmediato en cualquier rincón de España. Seguramente precisará de un

conocimiento más técnico y concreto para el detalle de las cuestiones que cada región habrá regulado a su modo pero, en líneas generales, podrá manejarse con solvencia y seguridad por los conductos procesales para llevar adelante el proceso sin reparar en una suerte de derecho procesal local o regional, inexistente por aquellos lares.

Una segunda nota, también fundamental, parte de recordar que el Juez egresado de la Escuela Judicial puede ser designado para cualquiera de las materias en las cuales se divide el mapa judicial español.

En España existe, luego, un único Poder Judicial, que se divide en líneas generales en cinco grandes aéreas o esferas de conocimiento: a) civil; b) penal; c) contencioso administrativo; d) social (nuestro Derecho Laboral); y e) militar²⁴. Y si bien se regulan exámenes especiales para los aspirantes a fueros especializados, como contencioso administrativo o social, aun así, dentro de este esquema el

axioma general reza que quien ha egresado de la Escuela tiene tanta competencia para desarrollar su labor en la materia que más se adapte a sus gustos, habilidades o preferencias, como en la esfera en que la vacancia lo precise.

La Escuela entonces no perfila -al menos en el plano teórico- a sus aspirantes para la creación de “Jueces Especializados” en las variopintas temáticas que se dictan en la carrera sino, antes bien, se prepara a los alumnos para el cargo de “Juez”, a secas.

VII. Un día en la vida del Juez

La experiencia vivida por quien escribe estas líneas en una visita personalizada a la “Ciudad de Justicia”, es decir, al Palacio de Justicia de Barcelona, con más los nutridos relatos de colegas de grupo permiten, así sea con el margen lógico del yerro de toda perspectiva fugaz y volátil, extraer algunas impresiones del quehacer cotidiano del Juez o Jueza español.

Una primera impresión que se destaca es el ingreso al recinto de Justicia, un palacio moderno y fulgurante, de vidrios con lentes espejados a modo de fronteras y de varios pisos de estatura que se elevan en sentido vertical hacia el cielo atravesando todas las asignaturas en que se divide el escenario judicial español: penal, civil, contencioso-administrativo, etc.. Ese ingreso destaca, entonces, además de por su vistosa fachada, por las estrictas medidas de seguridad que complementan la necesaria identificación y acreditación para acceder a la “Ciudad”.

Una vez acertado el piso y la numeración del Juzgado que se trate, la segunda impresión que se asoma se desnuda en la bifurcación entre el personal administrativo, por un lado, y los Jueces, por el otro. Se podría replicar que nuestros Juzgados mantienen una similar línea divisoria. Sin embargo, lo que resulta llamativo a nuestras costumbres y nuestra inteligencia es que la primera parte del personal -administrativo- no per-

tenece al Poder Judicial, es decir, el cuerpo de empleados administrativos que llevan adelante su prosaica orden de funciones día a día se encuentra bajo la órbita del Poder Ejecutivo -Comunidad o Estado-²⁵, a diferencia de los Jueces que sí forman parte del Poder Judicial. Y ese diferente posicionamiento significa entonces, entre otras tantas cuestiones, una reducida o muy limitada posición jerárquica del Juez o Jueza sobre el personal, desde que si bien tiene a su cargo la asignación de tareas y hasta la calificación del personal, carece por principio, en cambio, de potestad disciplinaria directa²⁶, y tampoco participa, siquiera de modo tangencial en la selección, traslado o remoción de su propio personal. Más todavía, la optimización de recursos humanos y la organización del trabajo administrativo suele estar en cabeza del “Letrado”, es decir, de un funcionario -también administrativo- con competencias muy similares a aquello conocido entre nosotros como la figura del “Secretario”²⁷. Ese disímil orden de circunstancias se refleja hasta en la vestimenta, pues no

es extraño observar al personal con sus modernos jeans, remeras o camisetitas de vestir, con más sus calzados deportivos de conocidas marcas internacionales y, de reflejo, la infinitamente más formal presentación de quienes juzgan o llevan adelante con sus firmas y decisiones el desarrollo de las causas.

En tercer orden de ideas, también vale resaltar que en España, al menos en sus ciudades más importantes, el recurso del papel escrito parece haber ingresado en el aura de las colecciones históricas que se reservan para los museos. El proceso ha sido desde finales de la Pandemia Covid-19 en adelante totalmente digitalizado. Esto significa, en aras a la claridad, que no existe más no solamente el expediente físico como sostén de la causa sino tampoco el tradicional Protocolo o Archivo de Resoluciones y Sentencias, o, en rigor de verdad, existe, aunque solamente en su versión digital. Para ponerlo en las palabras más sencillas posibles: los jueces en general, al menos en Madrid y en Barcelona, ya no

precisan tinta para las obsoletas herramientas de trabajo denominadas lapiceras o bolígrafos. Así y todo, pudimos observar una suerte de “cuaderno de prueba” improvisado, es decir, carátulas muy similares a nuestro tradicional expediente con papeles impresos en su interior que sirven de apoyo o ayuda al funcionario cuando la digitalización de la causa no permite su escrutinio con la misma claridad que lo logra la impresión papel del archivo adjuntado.

Superadas tales reflexiones generales, tuvimos el agrado de presentar una “vista”, es decir, el común y reiterado acto judicial al que aludimos entre nosotros con el más familiar vocablo referido a “audiencia”. Varios pensamientos campean en derredor de tal experiencia. Para empezar, la puntualidad exacta según lo convenido, en tanto la vista o audiencia ha tenido comienzo con dos minutos y cuarenta segundos de retraso. Luego, el retrato del Rey de España que domina la Sala, y a sus pies la ubicación del Estrado con los espa-

cios reservados para las partes y los abogados cuyos sitios se perfilan enfrentados entre sí y mirándose directamente, a diferencia del sistema americano más corriente y usual entre nosotros según el cual las bancas o asientos se ubican de modo tal que todos sus ocupantes observen de frente al juez director del proceso. Al mismo tiempo, y como custodiando la pulcra imagen real del titular de la Corona, las banderas de España y Cataluña, a una misma estatura y distancia, complementan el escenario en que tendrá lugar la exposición y el debate. El atuendo o vestimenta de todos los integrantes del acto no puede pasar desapercibido para nuestras atentas miradas latinoamericanas en tanto, al igual que en gran parte de Europa y en los Estados Unidos de América, tanto la jueza como los abogados de las partes visten la formal “toga” negra característica en los procesos orales. A modo de agregado puede percibirse que así como en nuestras latitudes no todo ropaje o vestuario es igual, tampoco lo es cualquier tipo

de “toga”, apareciendo la obligación del cronista de destacar la elegancia y pulcritud de la túnica oscura que porta desde lo alto la magistrada que lleva adelante el acto, finitud coronada luego en el pecho por la “estrella” o distintivo que señala la jerarquía del juez o magistrado respectivo. La voz pausada, apenas audible, serena y eficaz de la jueza nos conduce a dos reflexiones más: la primera, la seguridad en sus dichos, seguramente, y pese a su juventud, en virtud de la experiencia acumulada en los años de Escuela Judicial a través de cientos de simulacros de este tipo de situaciones, por un lado; la segunda, la conclusión del potente sistema de micrófonos y videograbación existente pues solo así será posible, imaginamos nosotros, la reproducción final del acto a la hora de volver a oír cada uno de los dichos. La audiencia finaliza como ha comenzado y ha tenido su desarrollo, es decir, con amabilidad, decoro, y respeto.

La labor así sucintamente descripta pareciera que la jueza la desarrollará

durante un considerable espacio de su tiempo, y durante gran parte de su vida.

Durante un considerable espacio de su tiempo si se recuerda que los jueces, si bien no tienen obligación horaria específica, se encuentran aunados a la rendición y eficacia de su labor, circunstancia que sin lugar a dudas insume una ingente cantidad de horas de trabajo en un mundo donde la judicialización de cada conflicto pareciera asumirse como una tendencia. Al mismo tiempo, notable es el horario del personal administrativo, que si bien están obligados a una prestación de tareas semanales de cerca de 37 horas, la obligación de permanecer físicamente en el recinto se limita a la permanencia en el lugar de trabajo de lunes a viernes desde las 09.00 h, a las 14.00 h, horario a partir del cual quedan liberados, pudiendo entonces administrar el tiempo que les resta para alcanzar las 37 horas semanales del modo que mejor consideren.

Durante gran parte de su vida, decíamos, aunque no toda, especial-

mente si se recuerda que no existe ningún Juez o Magistrado en España con más de 72 años de edad. Es que, en efecto, el régimen jurídico vigente obliga a los jueces y magistrados a cesar en sus actividades a los 67 años²⁸. Sólo excepcionalmente puede pedirse una prórroga de la duración de sus funciones que en todo caso podría llegar al tope o techo de los 72 años de edad, mas nunca, ni tan siquiera tratándose del Tribunal Supremo, podría superarse tal limitación etaria²⁹.

VIII. Capacitación continua

Con referencia a la necesidad de capacitación constante de los agentes públicos en Argentina hemos sostenido en su oportunidad que “la idoneidad no sólo debe ser de origen, sino también de ejercicio. Vale decir, una falta de idoneidad sobreviniente atentaría contra la relación de empleo. Por un lado, y desde lo individual, significaría plasmar y premiar la pereza intelectual, el ocio

académico, y la falta de motivación hacia cualquier atisbo de mejora del agente; por otro lado, más grave aún y desde el ángulo colectivo, la falta de idoneidad sobreviniente podría implicar una matriz de agentes incapaces e ineptos que vivirían de la reminiscencia del ingreso que una vez, allá en el tiempo, los juzgó idóneos, con serio menoscabo para el funcionamiento de la Administración Pública y, en definitiva, con evidente perjuicio para el interés público al que deberían servir”³⁰.

Sostenía Escola que la “idoneidad no es sólo un requisito necesario para el ingreso a la Administración Pública, sino que debe ser mantenida y acrecentada por cada funcionario o empleado, durante todo el curso de su carrera administrativa. De ahí la importancia, ya indiscutida, de las escuelas de funcionarios públicos, en la que los agentes puedan, mediante la realización periódica de cursos y seminarios, desarrollar permanentemente la idoneidad inicialmente acreditada”³¹.

Se inscribe en el marco de lo superfluo y se acerca a lo evidente concluir que tal orden de consideraciones se extiende a los jueces.

Es así que una de las prioridades del Consejo General del Poder Judicial alude, también, a la capacitación constante y continua de quienes ya han accedido al cargo.

La formación continua, afirman desde la Escuela Judicial, a pesar de no ser obligatoria salvo en determinados supuestos, como el cambio de orden jurisdiccional, la especialización y, en casos concretos, para Jueces de Adscripción Territorial, constituye *un auténtico deber profesional*, al ser garante de la independencia judicial y de una mayor eficacia y calidad en la administración de justicia³².

Un primer estímulo en función de tal loable propósito parte de considerar a los dos años de formación inicial como un “master oficial”, distinción que tiene acreditación directa para el acceso al Doctorado.

Por otra parte, cada Juez tiene derecho a que al menos se le otorgue una actividad de capacitación por año, en un contexto en que los organismos oficiales suelen organizar al menos 180 actividades de capacitación por cada año calendario. La misma Escuela Judicial sigue en efecto acompañando al alumno juez en toda su carrera, poniendo a su disposición una amplia y adecuada oferta de formación continua, habiendo realizado durante este último cuarto de siglo en torno a 8000 actividades formativas que suman en total más de 120.000 plazas para la Carrera Judicial³³.

Aunque parezca una verdad de Perogrullo innecesaria de ser resalada, en España se halla pacíficamente clarificada la cuestión de las licencias que se otorgan al efecto, "licencias por estudio"³⁴, pues no es posible lograr una suerte de "bilocación", es decir, estar al mismo tiempo y sin grueso quiebre al elemental principio aristotélico de no contradicción, capacitándose en

algún evento y ejerciendo funciones judiciales en otro espacio distinto en el mismo intervalo temporal. Es así que las licencias son especialmente dispuestas para "capacitación" judicial, con sus justas limitaciones, claro está, sin que quepa obligar al juez o magistrado a recurrir a otro tipo de justificaciones, como por ejemplo "motivos particulares", para conseguir aquello que precisamente el sistema, con buen criterio, le obliga a realizar, o sea, capacitarse.

La capacitación, además de un derecho y una obligación, es celosamente buscada por los magistrados para lograr luego sus respectivos ascensos dentro de la estructura. No obstante, no es ocioso resaltar que no existe un sistema de puntaje técnico que discrimine con claridad y precisión de qué modo el jurado evaluador de algún concurso para el acceso a cargos superiores deba merituar esa necesaria y permanente capacitación.

Para concluir, resta agregar que, según nuestra visión del asunto, la

necesaria capacitación constante de jueces y magistrados no podría implicar una suerte de obligación de rendir exámenes periódicos a fin de validar sus cargos sin atacar frontalmente la independencia judicial. Al menos así lo ha entendido la más prestigiosa doctrina en nuestro país. Barraza ha explicado que la situación jurídica de los jueces -inamovilidad en sus cargos- naturalmente diferente a la de los restantes empleados públicos -estabilidad en el cargo-, lo que implica una protección especial y distinta³⁵, y Gelli, de su lado, ha sostenido que "El requisito de validar los cargos mediante exámenes periódicos de conocimiento por parte de los jueces federales y nacionales que contiene un proyecto de ley con estado legislativo, resulta de tal modo incompatible con el sistema establecido expresamente en la Constitución Nacional, a fin de asegurar la independencia y eficacia en la prestación del servicio de justicia, que el destino factible de ese proyecto sería el olvido"³⁶.

IX. A modo de colofón

El sistema judicial español quizás no sea una panacea saturada de virtudes ni un impoluto santuario de perfecciones divinas pues es, ante todo, una obra humana³⁷.

Así y todo, nuestro juicio se inclina por sostener que por enorme distancia son más sus luces que sus diminutas sombras.

Por un lado, en tanto la Escuela Judicial, deuda que la República Argentina aun arrastra como lastre³⁸, se erige en el mejor salvoconducto que ha inventado nuestra especie hasta el momento para lograr la más acabada preparación posible del alumno para juez y, al mismo tiempo, luce como la herramienta adecuada en aras de lograr que la designación de magistrados se encuentre lo más lejana posible de las previsibles y a veces mezquinas coyunturas políticas³⁹.

Por otro, en cuanto el sistema pareciera no abandonar nunca a su precia-

da criatura sino que el apoyo al juez o magistrado en el quehacer diario se vislumbra como constante, recurrente, catedrático, y hasta necesario para lograr una suerte de fortaleza común de los integrantes del cuerpo judicial.

Por último, en función de que un serio y consciente manejo de datos y estadísticas permite augurar, sin demasiado esfuerzo intelectual, que el mismo aparato va generando como una constante sus propios mecanismos de metamorfosis y actualización sempiterna, docilidad especialmente necesaria si se piensa en que asistimos, quizás, a unos tiempos donde los cambios han adquirido una velocidad sin precedentes en la turbulenta historia de esta humanidad.

Españoles y españolas, gracias y felicitaciones. ■

CITAS

¹ Ha destacado Fontan que con la reforma de

la Ley Orgánica de 1994 y con la creación y puesta en funcionamiento de la Escuela Judicial, España entró de lleno en la corriente Europea que, incluso en los países de derecho continental, considera que no basta la mera preparación teórica para el ejercicio de funciones jurisdiccionales. Así, en Alemania el segundo examen de Estado va precedido de una etapa de formación práctica de dos años y, además, el candidato ha de pasar por una etapa de tres a cinco años de juez a prueba tras la cual es nombrado juez vitalicio. En Holanda el examen de acceso va seguido de una etapa de formación, principalmente práctica, de seis años. En Portugal el período de formación inicial es de dos años posteriores a la prueba de acceso. En Francia la formación inicial posterior a las pruebas de acceso es de 31 meses. En Italia, el nuevo sistema establecido por el Decreto Legislativo de 17 de noviembre de 1997 incrementa la formación inicial de 15 a 18 meses [Cfr: FONTAN, CARMEN, “La escuela judicial en Tucumán”, en La Ley Noa, LLNOA 2015 (marzo), 129].

² En rigor de verdad la Escuela se fundó en 1944, pero no empezó a funcionar hasta 1950. Su sede estaba en Madrid y dependía del Ministerio de Justicia y se pretendía su

integración en la Universidad. En 1985 pasó a llamarse "Centro de Estudios Jurídicos". En 1994 se atribuyó finalmente al Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) la competencia para la formación de jueces y desde 1997 la Escuela Judicial tiene su sede en Barcelona. El Centro de Estudios Jurídicos sigue existiendo en Madrid y se ocupa de la formación inicial y continua de, entre otros, Fiscales, Letrados de la Administración de Justicia, y Abogados del Estado.

³ Sagüés nos ha enseñado que, en cuanto a la ubicación institucional de una Escuela Judicial en términos generales puede ubicarse inserta dentro de: "a) Poder Ejecutivo. Es el caso español y francés, como el instrumentado en la ley de escuela judicial de la Provincia de Santa Fe; b) Poder Judicial. Así ocurre en Japón, y en la Provincia del Chaco, con su "Centro de Estudios Judiciales"; c) Asociaciones profesionales. La Escuela Judicial puede depender, asimismo, de colegios de abogados o de magistrados judiciales. Encuentranse antecedentes, al respecto, en Brasil y EE. UU; d) Universidad. Dicho sistema es adoptado en Chile, como detallaremos más abajo. De seguirse tal criterio, la escuela judicial pasa a ser dependencia de una Fa-

cultad de Derecho, que asume entonces, a más de la tarea de capacitar abogados, la de formar y entrenar, o perfeccionar, aspirantes a la magistratura o al ministerio fiscal" (SAGUES, NÉSTOR P., *"Las facultades de derecho y su rol como escuelas judiciales"*, en *Jurisprudencia Argentina*, cita online TR LA LEY 0003/1001451-1).

⁴ Sobre los alcances de la autonomía, al menos entre nosotros en Argentina, nos hemos explicado en BONATO, MAURO R., *"Breves notas sobre autonomía municipal"*, en *Ius in Fieri DDA*, www.iusinfieri.com.ar, de libre acceso.

⁵ Si bien la convocatoria se repite todos los años, es cierto que las plazas de alumnos disponibles se modifican según las necesidades del servicio de justicia. En efecto, el número de alumnos de cada promoción depende de las plazas incluidas en cada convocatoria. Como desde el año 2001 la convocatoria es conjunta para las Carreras Judicial y Fiscal, al hacerse pública la convocatoria ya se anuncia cuántas de esas plazas serán para cada una de ellas. En una de las últimas convocatorias, por ejemplo, se convocaron 139 plazas para jueces y 101 para fiscales (25 Aniversario de la Escuela Judicial, Edición de

la Oficina de Comunicación del Consejo General del Poder Judicial de España, pág. 51).

⁶ En Argentina utilizamos los vocablos "Juez" y "Magistrado" como sinonimias. En España, en cambio, el "Juez" pareciera ser aquél judicante de primer orden o grado, por lo general los más jóvenes o recién graduados. Luego de un cierto intervalo de tiempo, no tasado ni estipulado específicamente, según el devenir de cada carrera, el "Juez" pasa a convertirse en "Magistrado", lo que supone entonces en esencia un ascenso en la posición jerárquica de la estructura. Aun así, la afirmación puede contener en sus premisas un cierto simplismo, pues podría darse el excepcional caso que un "Juez" revisara decisiones de un "Magistrado" y, por otra parte, no siempre la remuneración de un "Magistrado" es superior a la de un "Juez". Por último, la categoría que sirve de faro o cúspide en la pirámide jerárquica la ocupan los "Magistrados del Tribunal Supremo", es decir, quienes sirven de juzgadores en el Tribunal Supremo.

El ingreso a la categoría de "Magistrado" o "Magistrada" se produce mediante la superación de un concurso entre juristas de reconocida competencia y con más de diez

años de ejercicio profesional, y de un curso de formación en la Escuela Judicial. Por esta vía de acceso se provee una de cada cuatro plazas vacantes en la categoría. De las plazas convocadas, a su vez, una tercera parte está reservada a miembros del Cuerpo de Letrados de la Administración de Justicia de primera o segunda categoría. Las pruebas se han venido convocando con una cadencia aproximadamente bianual.

⁷ Con auténtica apertura democrática y verdadera vocación de transparencia el Consejo General publica las preguntas que se han formulado en los exámenes inmediatos anteriores a cada convocatoria, según puede accederse sin dificultad y verse en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Servicios/Acceso-a-la-categoria-de-Juez-a/Informacion-general/>.

⁸ Los aspirantes que superan el test se enfrentan, en primer lugar, a un examen oral que incluye las materias Derecho Constitucional, Derecho Civil y Derecho Penal. Quienes superan este ejercicio pasan a un segundo examen oral que incluye Derecho Procesal Civil, Derecho Procesal Penal, Derecho Administrativo, Derecho Mercantil y

Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Todos los ejercicios son eliminatorios.

⁹ En realidad, desde la Escuela se prefiere la utilización de la locución "juristas", pues por este cauce pueden acceder no solamente abogados, sino también profesores de universidad, Letrados de la Administración de Justicia y, además, podrían acceder otros funcionarios de cuerpos jurídicos del Estado o de las Comunidades Autónomas (Inspectores de Hacienda, Abogados del Estado, etc., aunque no sea lo habitual).

¹⁰ El artículo 307.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de España establece que, para complementar el conocimiento jurídico demostrado en la fase de oposición, quienes aspiran a ingresar a la Carrera Judicial deben superar un curso que incluirá necesariamente tres fases: un programa teórico-práctico de formación multidisciplinar, un período de prácticas en diferentes órganos de todos los órdenes jurisdiccionales, y un período final en el que los jueces y juezas en prácticas desempeñarán funciones de sustitución y refuerzo.

¹¹ La franja etaria que domina al alumnado

se desprende fácilmente de las estadísticas oficiales, donde consta que menos del diez por ciento de los jueces en prácticas tenían menos de 25 años de edad cuando llegaron a la Escuela Judicial, y un porcentaje aún menor, apenas el 1.51 por ciento, superaba los 41 años.

¹² Informa la Escuela Judicial que "En una profesión mayoritariamente femenina desde hace tiempo -las mujeres ya suponen casi el 55% de la Carrera Judicial- la promoción por mayor porcentaje de juezas en prácticas fue la número 61 (2009-2011), en la que suponían el 74,07%. Le sigue la promoción que actualmente realiza su formación en la Escuela, la número 72, con un 73,91% de mujeres" (Cfr: 25 Aniversario de la Escuela Judicial, Edición de la Oficina de Comunicación del Consejo General del Poder Judicial de España, pág. 24).

¹³ Algo más de un tercio de los alumnos han tenido como lugar de nacimiento a las regiones de Andalucía o Madrid. Estas dos Comunidades Autónomas son las que más jueces en prácticas han aportado a la Escuela Judicial en 25 años. Les siguen Castilla y León, la Comunidad Valenciana, y Cataluña. En el

otro extremo, La Rioja es la Comunidad de origen con menos alumnos, en similar posición con los jueces en práctica españoles que hayan nacido en el extranjero.

¹⁴ “Se trata sin dudas de una cuestión muy polémica. El sistema de acceso a la carrera judicial (y en general, a los cuerpos funcionariales de alto nivel) es muy cuestionada en algunos sectores, precisamente, porque consideran que el largo tiempo de preparación del examen puede ser un problema para aquellos que no tienen recursos para cubrir los gastos necesarios para atender sus necesidades durante el tiempo de preparación. Un aspirante a juez estudia entre 4 y 5 años de media a tiempo completo, como si fuese un trabajo. Es difícil hacerlo si no tienes un núcleo familiar que te sostenga durante ese tiempo” nos ha asegurado alguna de nuestras fuentes. Así y todo, actualmente, existe un programa de becas que intenta paliar la situación (Cfr: <https://www.mjusticia.gob.es/es/ciudadania/tramites/ayuda-economica>).

¹⁵ 25 Aniversario de la Escuela Judicial, Edición de la Oficina de Comunicación del Consejo General del Poder Judicial de España, pág. 67.

¹⁶ En líneas generales, Sagüés recuerda que una Escuela Judicial puede asumir distintas

funciones: a) Formación profesional especializada de futuros jueces. Tal es su misión primordial; pero con frecuencia se les añade también la capacitación de candidatos a ocupar plazas en el Ministerio público, o en las secretarías de tribunales. Ocasionalmente, se les ha adosado a las escuelas judiciales el entrenamiento del personal no diplomado del poder judicial, y hasta de abogados (Japón); b) Perfeccionamiento de los actuales cuadros de jueces, funcionarios y miembros del ministerio público, a través de cursos de profundización y de actualización en materias que hacen al quehacer forense; c) Preselección de los aspirantes a desempeñarse en la judicatura o el ministerio público, mediante la aprobación de los programas de estudio de las escuelas judiciales. En algunos casos, el diploma de egreso de las citadas escuelas es condición indispensable para acceder a las plazas vacantes; en otros, es valorado como un antecedente importante (Cfr: SAGUES, NÉSTOR P., “Las facultades de derecho y su rol como escuelas judiciales”, cit.).

¹⁷ Entre nosotros, ROBERTO FALISTOCCO en un elocuente trabajo ha hecho especial hincapié en la creación de una Escuela Judicial con sustento esencialmente en la praxis jurídica,

incluso por sobre las cuestiones académicas o dogmáticas y, en este sentido, ha sostenido: “Es que a veces opera como un quiste que nos impide concretar esas metas—quizá por un efecto de arrastre—, aquella lógica academicista decimonónica donde solo se ponía el foco en conocimientos teóricos enciclopédicos para ejercer la función judicial sin explicar nada de dicha tarea, sin transmitir los modos de operar con el derecho en orden a los casos concretos, sin considerar las otras funciones adyacentes o idoneidades tales como la ‘gerencial’, la ‘psicológica’, la ‘ética’ y la ‘tecnológica’” [FALISTOCCO, ROBERTO H., “La Escuela Judicial Santafesina (E.J.S.). Un debate pendiente”, en La Ley Litoral, LLLitoral, 2020, (agosto), 1].

¹⁸ La práctica del “método del caso” se divide, en rigor de verdad, en tres tipos de análisis de casos: a) El caso cerrado, en el cual el trabajo se centra en expedientes judiciales reales ya resueltos en toda España. La asistencia informática permite recrear el “Juzgado Virtual” y, luego, facilitar la simulación de resolver un caso prácticamente en igualdad de condiciones respecto de como fuera resuelto en la realidad de las cosas; b) El caso secuenciado, que consiste en la recepción progresiva de la información, y se inicia mediante la entrega del tipo de comunicación

con la que un ciudadano acudiría a un abogado. Con ella los alumnos preparan la minuta de una demanda, que luego comparan con la demanda real, para ir avanzando paso a paso en el desarrollo del caso, resolviendo, por ejemplo, medidas cautelares o cualquier otro incidente procesal y, finalmente, en el último día de la práctica -que suele durar una semana- deben dictar sentencia; y c) el caso abierto, en estrecha colaboración con varios Juzgados, se tramitan y resuelven en forma simultánea con los casos reales los juicios paralelos simulados por los alumnos. Los jueces y juezas en práctica siguen la tramitación e incidentes del procedimiento y asisten a distancia al desarrollo de los actos programados, generalmente juicios verbales y audiencias previas a juicios ordinarios. Este método permite a jueces y juezas en práctica comprobar la importancia de un buen manejo de la agenda de señalamientos y vivir en directo las incidencias -incluidas las suspensiones- que se producen normalmente en un Juzgado.

¹⁹ La referencia a una potestad disciplinaria menguada alude a que, en la mayoría de los regímenes argentinos, la potestad disciplinaria sobre los agentes judiciales se halla en

cabeza del máximo órgano Judicial, es decir, del Superior Tribunal o Corte de Justicia, limitándose entonces las potestades del Juez sobre los empleados con los cuales trabaja al carácter de denunciante o instructor de sumario, según corresponda. Si bien es cierto que las leyes orgánicas de cada Provincia suelen regular algún tipo de potestad disciplinaria directa -como el apercibimiento, llamado de atención, o amonestación-, no es menos cierto que, en definitiva, la verdadera potestad de disciplina se encuentra fuera del Juez titular del Juzgado, en la inmensa mayoría de los casos.

²⁰ No parece superfluo, en nuestro contexto tradicionalmente arraigado en el marco de Repúblicas Presidencialistas, recordar que, según la Constitución Española, “El Rey es el Jefe del Estado, símbolo de su unidad y permanencia, arbitra y modera el funcionamiento regular de las instituciones, asume la más alta representación del Estado español en las relaciones internacionales, especialmente con las naciones de su comunidad histórica, y ejerce las funciones que le atribuyen expresamente la Constitución y las leyes. 2. Su título es el de Rey de España y podrá utilizar los demás que correspondan

a la Corona” (artículo 56, párrafos uno y dos).

²¹ Entre nosotros, y en similar orden de reflexiones, Battaini y Name han recordado que uno de los objetivos centrales de la Escuela Judicial en Tierra del Fuego transita por contribuir a la conformación de una “comunidad de pertenencia” (Cfr: BATTAINI, MARÍA DEL CARMEN - NAME, JESSICA, “La Escuela Judicial de Tierra del Fuego al servicio de los operadores judiciales abierta a la comunidad”, en La Ley, Suplemento Gestión Judicial, 2020, octubre, 7).

²² Para una exposición actualizada de la estructura geográfica y política española véase PEMAN GAVIN, JUAN MARÍA, en *Leciones de Derecho Administrativo*, MENÉNDEZ, PABLO - EZQUERRA, ANTONIO (directores), Segunda Edición, págs. 74 y siguientes, Civitas - Thomson Reuters, Editorial Aranzadi S.A.U., Cizur Menor, Navarra, 2021.

²³ Siempre es pertinente recordar que el sistema federal argentino se compone con sujetos jurídicos “necesarios” o “inexorables”, mencionados explícitamente en la Constitución, como lo son el Estado Nacional, las provincias, los municipios y la Ciudad

Autónoma de Buenos Aires, y un sujeto jurídico “posible” o “eventual” como es el caso de la región (C.S.J.N., “BAZÁN, FERNANDO s/ amenazas”, del 04.04.19, en Fallos: 342:509; y “Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/ Córdoba, Provincia de s/ ejecución fiscal”, del 04.04.19, en Fallos: 342:533). Sin embargo, se trata de un sistema federal atenuado, pues desde los albores de la organización institucional las provincias delegaron en la Nación, en aras de buscar la tan ansiada igualdad de todos los ciudadanos de la República, la facultad de regular una importante y no menos frondosa gama de cuestiones al Congreso de la Nación, inteligencia hoy replicada en el artículo 75, inciso 12, de la Constitución Argentina. Ya en tiempos anteriores a la Reforma de 1994 se advertía que las facultades que emergen de nuestro texto constitucional pueden ser clasificadas en tres grandes categorías: a) Las delegadas por las provincias al gobierno nacional, cuyo ejercicio compete en forma exclusiva a este último, como por ejemplo, la de acuñar moneda; b) las facultades reservadas por las provincias, entre las cuales se puede citar la de darse sus propias instituciones; c) Las facultades concurrentes. Esto es, aquellas que pueden

ser ejercidas en forma paralela e indistinta por la Nación y las provincias (MUÑOZ, GUILLERMO A., “Policía Sanitaria”, Conferencia dictada en el Seminario sobre “Poder de Policía y Policía Municipal” organizada por el Centro de Documentación Municipal de Buenos Aires, Buenos Aires, abril de 1980, en MUÑOZ, GUILLERMO A. - GRECCO, CARLOS M., *Fragmentos y Testimonios del Derecho Administrativo*, Editorial Ad-Hoc, pág. 823, Buenos Aires, 1999). Ahora bien, de acuerdo con la distribución de competencias que emerge de la Constitución Nacional, los poderes de las provincias son originarios e indefinidos (art. 121), en tanto que los delegados a la Nación son definidos y expresos (art. 75) (C.S.J.N., “Provincia de Buenos Aires c/ Empresa Nacional de Telecomunicaciones”, de 1982, en Fallos: 304:1186; “Cablevisión S.A. c/ Municipalidad de Pilar s/ acción de amparo - medida cautelar”, del 04.05.06, en Fallos: 329:976; “Molinos Río de la Plata c/ Buenos Aires, Provincia de s/ Acción Declarativa”, del 10.02.09, en Fallos: 332:66; entre otros). Ello implica que las provincias pueden dictar las leyes y estatutos que juzguen conducentes a su bienestar y prosperidad, sin más limitaciones que las prohibiciones enumeradas en el art. 126 de

la Carta Magna, y la razonabilidad, que es requisito de todo acto legítimo (C.S.J.N., Fallos: 7:373;289:238; 320:89, 619; 322:2331 y 330:3098, disidencia de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni; y 342:1061). En consecuencia, todo análisis de las atribuciones federales invocadas debe partir del canónico principio de interpretación según el cual la determinación de qué poderes se han conferido a la Nación y, sobre todo, del carácter en que lo han sido, debe siempre ceñirse a la lectura más estricta [C.S.J.N., “Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/ Acción Declarativa de Inconstitucionalidad”, del 04.05.21]. Al mismo tiempo, en tanto no se trata de estados soberanos, recordando que conforme las enseñanzas del Cívero Tribunal, la Constitución ha querido hacer un solo país para un solo pueblo, pues no habría Nación si cada provincia se condujera como una potencia independiente; pero tampoco la habría si fuese la Nación quien socavara las competencias locales (C.S.J.N., “La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas”, del 01.12.17, en Fallos: 340:1695), las potestades originarias de las provincias se hallan condicionadas, por un lado, por aquellas

que se han delegado a la Nación y, por otra, por las naturales a la esfera federal misma. En este marco de competencias originarias condicionadas, el federalismo apunta a una coexistencia pacífica y armónica entre las diversas esferas estatales. Bien se ha señalado que al ser el federalismo un sistema cultural de convivencia, cuyas partes integrantes no actúan aisladamente, sino que interactúan en orden a una finalidad que explica su existencia y funcionamiento, el ejercicio de las competencias constitucionalmente asignadas debe ser ponderado como una interacción articulada (C.S.J.N., “La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas”, del 01.12.17, en Fallos: 340:1695; y “Corrientes, Provincia de c/ Estado Nacional s/ Acción Declarativa de Inconstitucionalidad”, del 11.03.21, en Fallos: 244:251) evitando que confronten unas con otras. En tal sentido se ha pronunciado el Alto Tribunal Federal al sostener que la asignación de competencias en el sistema federal “no implica, por cierto, subordinación de los estados particulares al gobierno central, pero sí coordinación de esfuerzos y funciones dirigidos al bien común general, tarea en la que ambos han de colaborar, para la consecución eficaz de aquel fin; no

debe verse aquí enfrentamientos de poderes, sino unión de ellos en vista a metas comunes” (C.S.J.N., “Buenos Aires, Provincia de c/ Edenor S.A. s/ Remoción de Electroductos”, del 23.10.07, en Fallos: 330:4564).

²⁴ En rigor de verdad, la jurisdicción militar tiene sus propias y singulares características. En lo que ahora es más de interés, cabe agregar que la jurisdicción militar únicamente converge con la jurisdicción “ordinaria” en la cúspide, es decir, en el Tribunal Supremo, en la sala 5ª. Por tanto, los jueces que superan la Escuela Judicial no pueden ser jueces militares. Los jueces militares provienen del Cuerpo Jurídico Militar y son militares de carrera.

²⁵ El personal administrativo del Juzgado se ubica en ciertos casos bajo la órbita de la Comunidad Autónoma, y en otros supuestos bajo la esfera del Poder Ejecutivo Nacional. En efecto, ciertas Comunidades Autónomas tienen competencias en materia de administración de Administración de Justicia. Es el caso de Cataluña. El personal de la oficina “pertenece” a la Comunidad Autónoma. Otras Comunidades Autónomas, sin embargo, no tienen tales competencias y el

personal pertenece al Estado (depende del Ministerio de Justicia).

²⁶ En España, la potestad disciplinaria sobre el personal de la oficina judicial corresponde al Ministerio de Justicia o la Consejería de Justicia de la Comunidad Autónoma correspondiente (en función de quién tenga las competencias en materia de lo que ellos denominan administración de la “Administración de Justicia”). El personal del juzgado pertenece, por tanto, al Poder Ejecutivo. Cabe añadir que, en sentido estricto, el “jefe” de la oficina judicial es el Letrado de la Administración de Justicia y no el juez. En la práctica, ambos se coordinan en esta materia, aunque la organización de las oficinas judiciales está en proceso de cambio.

²⁷ Cabe formular algunas puntualizaciones en relación a la figura a nuestro juicio trascendental en cualquier sistema de administración de justicia de nuestro “Secretario”, vale decir, el “Letrado”. Estrictamente, el Poder Judicial solo corresponde a jueces y magistrados que ejercen jurisdicción. Los Letrados de la Administración de Justicia (LAJ) no son Poder Judicial en ese sentido, sino que se integran en la administración de

la Administración de Justicia. Al igual que el personal de la oficina, están vinculados al Poder Ejecutivo. Pero, ciertamente, con varias precisiones. Por un lado, al igual que los jueces, son un cuerpo estatal único y, por tanto, nunca dependen de las Comunidades Autónomas, tengan estas o no competencias en materia de administración de Administración de Justicia. Por otro lado, su estatuto básico está regulado en la Ley Orgánica del Poder Judicial (aunque, de forma más sucinta que para los jueces y con remisión a las normas generales del resto de la función pública). Al estar sujetos al Poder Ejecutivo están sometidos a jerarquía y, por tanto, pueden recibir instrucciones sobre cómo realizar su trabajo. Sin embargo, existen ciertas funciones en las que son independientes y no pueden recibir órdenes de sus superiores: en el ejercicio de la fe pública o en la resolución de asuntos que tienen atribuidos. En efecto, los LAJ resuelven cuestiones relativas a la tramitación procesal (impulso procesal), la cuantificación de las costas procesales e, incluso, resuelven algunos litigios dentro de lo que se denomina "jurisdicción voluntaria" (asuntos en que las partes pueden acudir al juez o al LAJ para resolver conflictos normalmente sin efecto de cosa juzgada -también a otros

profesionales jurídicos como notarios y Registradores de la Propiedad-). En todo caso, las resoluciones del LAJ pueden ser recurridas ante el juez correspondiente.

²⁸ En realidad, en estos momentos la edad de jubilación es de 66 años y 4 meses. A partir de 2027 será 67 años. Esto se debe a que España se encuentra en un régimen transitorio que se inició en 2013 para aumentar la edad de jubilación desde los 65 a los 67 años. Así, cada año aumenta un poco hasta llegar a los 67 en 2027. Este es el régimen general para (casi todos) los trabajadores; es decir, no es un régimen específico para los jueces.

²⁹ No es ocioso recordar que nuestro Máximo Tribunal tuvo oportunidad de juzgar en la Reforma Constitucional del año 1994 la validez del artículo 99 C.N. reformado, que otorga al Poder Ejecutivo la facultad de nombrar jueces aunque agregando que "Un nuevo nombramiento, precedido de igual acuerdo, será necesario para mantener en el cargo a cualquiera de esos magistrados, una vez que cumplan la edad de setenta y cinco años, y podrán ser repetidos indefinidamente, por el mismo trámite". En su oportunidad la Corte Suprema precisó que "El Congreso,

en cumplimiento de su función preconstituyente, no pudo habilitar una modificación de significativa trascendencia a la garantía de la inamovilidad de los magistrados judiciales federales a partir del cumplimiento de una edad determinada, ya que una alteración tan substancial no reconoce habilitación suficiente en las facultades implícitas que se derivan de la expresa atribución de reformar la Constitución (C.S.J.N., "FAYT, CARLOS S. c/ Estado Nacional s/ Proceso de Conocimiento", del 19.08.99, en Fallos: 322:1616). En similar sintonía, se había juzgado inconstitucional la norma del artículo 88 de la Constitución de la Provincia de Santa Fe en cuanto dispone el cese de la inamovilidad de los magistrados a partir de los sesenta y cinco años de edad, si están en condiciones de obtener la jubilación ordinaria, pues "si bien la Constitución Nacional garantiza a las provincias el establecimiento de sus instituciones, el ejercicio de ellas y la elección de sus autoridades, les impone expresamente el deber de asegurar la administración de justicia (art. 5), proclama su supremacía sobre las constituciones y leyes locales (art. 31), y encomienda a la Corte Suprema su mantenimiento (Art. 116). Y es evidente que choca frontalmente con el citado deber la disposición que transforma en precaria la situación de los jueces

que arriban a determinada edad, sin limitación alguna en el tiempo, dejando en manos de los otros poderes provinciales la disposición de sus cargos” (C.S.J.N., “IRIBARREN, CASIANO RAFAEL c/ Provincia de Santa Fe s/ acción declarativa”, del 22.05.99, en Fallos: 322:1253).

Sin embargo, posteriormente, en la causa “Schiffirin” la Corte decide de modo expreso y categórico abandonar el precedente “Fayt” y, en consecuencia, disponer la inmediata vigencia in totum del artículo 99 inciso 4 de la Constitución Nacional. Para así decidirlo, se destacó “Que la garantía de inamovilidad consiste, esencialmente, en asegurar a los magistrados que su permanencia en el cargo no estará condicionada a la exclusiva voluntad discrecional de otros poderes; pues ello los colocaría en un estado precario, de debilidad y dependencia frente a aquellos que tienen en sus manos la decisión sobre la permanencia en funciones, y los sometería a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función. Lo expuesto no significa, en cambio, que la única forma de asegurar la estabilidad para resguardar su independencia sea establecer que el cargo de juez tiene que ser vitalicio”, agregando luego que “El límite de edad, a su vez, es una materia opinable. Puede argumentarse que una persona puede tener aptitud para ejercer la función judicial con 75 años o aún con más; así como

también debe advertirse que hay constituciones que fijaron el límite en sesenta años, porque se elaboraron en épocas en que la expectativa de vida era sensiblemente menor que ahora. Es probable que, con la evolución de la medicina y de la propia conducta de los ciudadanos, la posibilidad de ejercer el cargo con idoneidad se extienda aún más. Que desde esa perspectiva no cabe sino concluir que el límite de edad de 75 años introducido en la Reforma Constitucional de 1994 no ha afectado la sustancia de la garantía de la inamovilidad ni, por ende, el principio arquitectónico de independencia judicial” (C.S.J.N., “SCRIFFRIN, LEOPOLDO HÉCTOR c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ Acción meramente declarativa”, del 28.30.17).

³⁰ BONATO, MAURO R., *El Ingreso a la Administración Pública*, Dunken, págs. 236/237, Buenos Aires, 2017.

³¹ ESCOLA, HÉCTOR J., *El interés público como fundamento del Derecho Administrativo*, Depalma, pág. 99, Buenos Aires, 1989.

³² 25 Aniversario de la Escuela Judicial, Edición de la Oficina de Comunicación del Consejo General del Poder Judicial de España, pág. 24, destacado que no es original del texto y nos pertenece.

³³ *Ibidem*, pág. 5.

³⁴ Art. 248.2. del Reglamento 1/95 del 07 de junio, de la Carrera Judicial.

³⁵ BARRAZA, JAVIER I., “La evaluación del desempeño y el Sistema Nacional de Empleo Público, análisis comparado con el régimen anterior”, en Revista RAP, Año XXXIV, 404, Ediciones RAP S.A., pág. 49, Buenos Aires, 2012.

³⁶ GELLI, MARÍA A., “Los exámenes de convalidación de los magistrados y la independencia judicial”, en La Ley 2010-B, 1311, del 01.04.10. El proyecto del entonces oficialismo, en efecto, nunca llegó a convertirse en ley.

³⁷ En Argentina Sagües bien ha advertido que un instituto tan excelso como la escuela judicial, como cualquier empresa humana, puede devaluarse y pervertirse por embates y defectos tanto endógenos, “(...) como la mediocrización de sus planteles directivos y docentes y los cursos que dicte; la burocratización del instituto, si se convierte en un fin en sí mismo y no en un órgano al servicio de la comunidad; el facilismo en los exámenes y pruebas de evaluación; la confusión de roles, cuando se transforma en una casa de estu-

dios en vez de asumir el papel de centro de formación y entrenamiento profesional, y el favoritismo o su revés, la discriminación, en el ingreso, el trato y la calificación de sus alumnos", así como también por factores exógenos, como "(...) la colonización o domesticación ideológica o partidista del instituto (ya en la designación de autoridades y cuerpo docente, ya en el contenido de los programas de estudio); la devaluación del valor de sus diplomas, si no son conceptuados como obligatorios para ingresar o ascender, o, en subsidio, si en definitiva son escasamente valorados para esas nominaciones (...), (y) [l]a insuficiencia presupuestaria (que) puede recortar seriamente (...) la calidad y eficiencia de sus servicios" [SAGÜÉS, NÉSTOR P., "Las Escuelas Judiciales. Un Balance Institucional", 2020, p. 8; citado en FALISTOCCO, ROBERTO H., "La Escuela Judicial Santafesina (E.J.S.). Un debate pendiente", cit..].

³⁸ En Argentina la experiencia en Escuelas Judiciales como modo de ingreso a la judicatura es aun incipiente y excepcional. Existen funcionando Escuelas Judiciales a nivel nacional y en la esfera de la Provincia de Buenos Aires aunque, como bien se ha destacado, su tránsito no es obligatorio para el acceso al cargo sino que

es, o debería ser según las mismas leyes, considerado como un antecedente especialmente relevante a favor del participante del concurso (Cfr: CARELLI, ENRIQUE A., "La Escuela Judicial", enviado el 28.09.18, en www.pensamientocivil.com.ar/doctrina/3821-escuela-judicial, destacado que nos pertenece). La Provincia de Tucumán ha creado también su Escuela, (Ley 8578 y Acuerdo del Consejo Asesor de la Magistratura de Tucumán N° 62/13), tanto como Tierra del Fuego e Islas del Atlántico Sur, donde la creación de la Escuela Judicial se produjo por Acordada del Superior Tribunal de Justicia (18/03). En la Provincia de Santa Fe la Escuela no es todavía una realidad como tránsito de ingreso de aspirantes a jueces, aunque potentes y autorizadas voces hayan ya insistido en la necesidad de su gestación [FALISTOCCO, ROBERTO H., "La Escuela Judicial Santafesina (E.J.S.). Un debate pendiente", cit..].

³⁹ En la otra vereda, y dentro de los carriles más avanzados del Estado de Derecho, el sistema de concursos ha mostrado sus fuertes virtudes aunque al mismo tiempo sus esperables defectos. Entre estos últimos, no es posible ignorar la posible interferencia de los poderes políticos en la designación de los aspirantes, aun en el marco de transparencia que el sistema de se-

lección puede ofrecer. Esa posible manipulación podrá afectar, claro está, no solamente los instantes más cercanos a la designación de cada magistrado, sino posiblemente toda la carrera de ese mismo juez, y quizás a la judicatura entera, pues, como bien ha destacado con su hábito de ser claro el profesor Vanossi, si se busca una judicatura independiente el Juez debe, entre otras tantas vicisitudes, "abandonar la falsa noción de que por haber sido designado por alguien tiene un deber de gratitud permanente de halagar o complacer a ese alguien" VANOSI, JORGE R., en Jornada de Reflexión sobre el Perfil del Juez, del 08.04.03, citado en FONTAN, CARMEN, "La escuela judicial en Tucumán", en La Ley Noa, LLNOA 2015 (marzo), 129. Sobre el concurso público como selección del aspirante más idóneo para el ingreso a la Administración Pública nos hemos ocupado in extenso en BONATO, MAURO R., *El Ingreso a la Administración Pública*, ob.cit. Asimismo, puede verse en Argentina la completa obra de Buteler (BUTELER, ALFONSO, *Concurso Público*, Astrea, Buenos Aires, 2017), tanto como las obras referidas en general a Empleo Público o, finalmente, la mayoría de los grandes Tratados de Derecho Administrativo que suelen dedicar puntos en especial al asunto en el espacio reservado a la Función Pública o al Empleo Público.



**Dra. Gabriela
del Castillo**

Defensora General de Venado Tuerto

myf

472

El uso de la imaginación para el cobro de los alimentos

myf

473

Nuestro Código Civil y Comercial de Nación, en su Libro Segundo habla de las Relaciones De Familia. El Título IV referido al Parentesco, menciona en su Capítulo 2 cuáles son los deberes y derechos de los parientes, y en especial la Sección 1ª refiere a los alimentos.

Luego, el artículo 553 de dicho cuerpo legal dispone: **“Otras medidas para asegurar el cumplimiento: El juez puede imponer al responsable del incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria medidas razonables para asegurar la eficacia de la sentencia.”**

La interdisciplina con que se debe abordar toda temática tratada en nuestros despachos, nos lleva a analizar cada artículo de la legislación vigente desde una innumerable variedad de puntos de vista. Así, algo tan sencillo como el cumplimiento de una obligación legal – y además moral – como es el pago de una cuota alimentaria en beneficio de un hijo menor de edad – léase el derecho-deber alimentario derivado de la responsabilidad parental a partir del artículo 646, 670 y concordantes del Código Civil y Comercial-, nos abre una serie de aristas a analizar para garantizar derechos e imponer obligaciones.

El artículo que se pretende analizar abrió el camino para que desde la ley, se pueda usar la imaginación. “Medidas razonables” son palabras que autorizan a plantear diferentes medidas para la efectiva satisfacción de la obligación alimentaria, sustrayéndolo de las rígidas estructuras legales y procesales; concediendo a nosotros, defensores, autorización para sugerir en un juicio que el magistrado analice cualquier estrategia creativa que pueda llegar a asegurar nuestro fin.

En este orden de ideas, se debe tener presente, que en la mayoría de los juicios de alimentos “... se verifica con *perspicuidad la violencia de género*”¹ constituyéndose en un caso típico caso de violencia económica y patrimonial.

La condición de desocupado del demandado no lo exime de la carga de aportar alimentos, tampoco, el hecho de que haya transitado por una internación psiquiátrica o, que esté actualmente en tratamiento, si no se demuestra concretamente que ello se traduce en una incapacidad laboral que le imposibilita la obtención de ingresos.²

Los progenitores tienen el deber de

proveer a la asistencia del hijo menor, y para ello deben realizar todos los esfuerzos que resulten necesarios, realizando trabajos productivos, sin que puedan excusarse de cumplir con su obligación alimentaria invocando falta de trabajo o de ingresos suficientes, cuando ello no se debe a imposibilidades o dificultades prácticamente insalvables. Según ese deber del progenitor, la cuota deberá fijarse sobre la base del cálculo de los que podría obtener como ingresos regulares el demandado, conforme a su capacitación laboral, edad, estado de salud, etc.³

Pero lamentablemente, la situación que atraviesa nuestro país, con el agravamiento de la pandemia COVID 19 hizo que muchísimas fuentes de trabajo se perdieran y otras tanto se informalizaran a fin de abaratar costos. En particular la gente que es atendida en las defensorías generales no pertenece al sector con empleos registrados, por lo que una retención en los haberes es una medida poco viable dentro de lo previsible para efectivizar el cumplimiento de una cuota alimentaria, y así el Art. 553 CCyCN nos abre una posibilidad para poder ver realizada esta prestación. Si no existen fuentes de trabajo en el

país, ordenar al deudor alimentario redoblar los esfuerzos para conseguir los importes económicos de la cuota fijada e incumplida, es un mandato de cumplimiento imposible que culminará exclusivamente con la sanción del progenitor moroso pero sin idoneidad alguna para solucionar la necesidad vital del niño, niña o adolescente que es el interés superior que se debe proteger.

El artículo 553 del CCyCN faculta al juez para disponer "medidas razonables" que aseguren el cumplimiento de la sentencia. A diferencia de los artículos 550, 551, y 552 CCyCN, en los cuales el acreedor cuenta con procedimientos de ejecución que reconocen los procedimientos procesales para lograr la satisfacción de su derecho; el artículo en comentario es el que "... introduce una mayor discrecionalidad para el Juez, en cuanto a la aplicación de medidas coercitivas y compulsivas para lograr el cumplimiento de la cuota por parte del deudor recalcitrante..."⁴

Plan de parentalidad bajo la modalidad compartida indistinta

Atento que la obligación alimentaria

puede ser cumplida en dinero o en especie, según las posibilidades del o los alimentantes y las necesidades del alimentado⁵, y que la ley prevé en forma expresa, el valor económico de las tareas personales que realiza el progenitor que tiene a su cargo el cuidado personal del hijo, por lo que debe ser considerado un aporte⁶, debe tenerse en cuenta que el cuidado personal compartido es esencialmente beneficioso para el niño y lograr así un efectivo cumplimiento de la obligación alimentaria que puede ser cumplida en especie, en total concordancia con lo previsto en el artículo 7° de la Convención de los Derechos del Niño que subraya el derecho del niño "en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos". También el art. 18° garantiza el principio por el cual "ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño". Sin lugar a dudas, esta es la solución que mejor comulga con la efectiva satisfacción del interés del niño (art. 3° CDN), porque le asegura el mantenimiento de una relación estrecha y fluida con ambos padres, más allá de las contingencias que pueda atravesar la relación de la pareja parental.⁷

Sanciones Conminatorias. Intereses. Multas

Su finalidad es hacer efectiva la decisión judicial frente a la renuencia injustificada mediante una condena pecuniaria. Se encuentra establecida en el artículo 804 del CCyCN y es utilizada para garantizar su eficacia.

En el expediente N° 10.346 caratulado "T., A. E. c/C., N. C. s/Alimentos" en trámite por ante la Cámara De Apelación En Lo Civil Y Comercial De Necochea, provincia de Buenos Aires el 12/11/2015 se dicta fallo donde en referencia al reclamo de alimentos entablado por la progenitora en representación de sus hijos menores, se advierte una situación de vulnerabilidad por haberse ordenado la baja de la asignación universal por hijo que percibía. Así la percepción de pensión por invalidez por parte del demandado, abonada por la ANSES, sería inembargable, pero se ordena la embargabilidad, con fundamento en el Artículo 14, Inc. C), de la Ley 24.241, la aplicación del Código Civil Y Comercial de la Nación, en su artículo 7, y ante el incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria por el accionado por las previsiones de los Art. 553, 670,

548 y 541 del CCCN, dentro de las medidas para asegurar el cumplimiento – observando el interés superior de la infancia, se ordena que ANSES retenga el 30% de la pensión del demandado, se ordena afiliar a los hijos a la obra social, y corresponde poner en conocimiento de los organismos correspondientes la situación denunciada para que adopten las medidas correspondientes⁸

Ante un pedido por la accionante de aplicación de astreintes por la demora en el pago de la cuota alimentaria a cargo del abuelo, de acuerdo a los Art. in fine y 553 CCyCN, por la discrecionalidad judicial se resuelve: “Las medidas coercitivas complementarias, proceden ante incumplimientos totales y parciales. [...] Se dispone que en la liquidación de alimentos adeudados corresponde incrementar en un cincuenta por ciento la tasa aplicable para el cálculo de los intereses moratorios propiamente dichos”⁹

En el expediente N° 397/2014 caratulado “S. s/ Violencia familiar”, el Juzgado de Familia de Rawson, provincia de Chubut, por fallo del 01/09/2017 refiere a la obligación alimentaria de los progenitores. Cuando hubiese mora en el cum-

plimiento, dentro de un contexto de violencia física y económica visualizada a través de una maniobra de interposición de persona para evitar la exposición a la acción para cobrar la deuda, por aplicación del Art. 553 del CCCN que establece medidas razonables para asegurar el cumplimiento se ordena contra el demandado lo siguiente: “Obstaculización de clientela. Clausura del comercio. Secuestro de celular. Prohibición a empresa de telefonía de la expedición de un nuevo chip. Costas e intereses que se calcularán al triple de la tasa de interés por operaciones generales vencidas. Medidas que subsistirán hasta que se abonen las cuotas adeudadas”¹⁰

En autos 21415/2009 caratulados “N., J. E. c/ B., S. F. s/ejecución de alimentos – incidente” en trámite por ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 92 el 11/02/2016 su fallo refiere a los deberes y derechos de los progenitores, obligación de alimentos, ejecución. Por incumplimientos reiterados en el pago de la cuota alimentaria, de acuerdo al artículo 648 del CPCCN se apliquen astreintes (Artículo 804 del CC y CN). Se ordena el cumplimiento de la cuota alimentaria en término, con imposición de

multa en caso de incumplimiento.”¹¹

Los registros de deudores alimentarios

La ley provincial N° 11.945 crea en el ámbito de la Provincia de Santa Fe un Registro de deudores alimentarios morosos, el que dependerá de la Corte Suprema de Justicia. Los inscritos en estos registros no pueden obtener habilitaciones, concesiones, licencias o permisos, sus prórrogas o renovaciones, de las instituciones u organismos públicos provinciales, ni ser designados como funcionarios jerárquicos en la administración pública, o ser proveedores y contratistas de ningún organismo del Estado, como tampoco pueden ser postulantes a cargos electivos de la provincia, desempeñarse como magistrados o funcionarios del Poder Judicial, obtener viviendas sociales construidas por la Provincia o la cesión de sus Derechos, etc.

El incumplimiento como causal de indignidad

Si bien la ejecución de la sentencia y la

adopción de medidas idóneas para garantizarla no operan a título de sanción, tratan de promover la eficacia de las resoluciones judiciales, y prevé sanciones para el incumplidor alimentario en determinadas circunstancias como el artículo 2.281, inc. E del CCyCN.

Restricción para salir del país. Confiscación del pasaporte

El Juzgado de Familia N° 1 de Mendoza¹² resuelve: *“Hacer lugar parcialmente a las medidas solicitadas a [-] fs. 57/59 y en consecuencia: Prohibir la salida del país al Sr. F. J. E., DNI... hasta nueva orden judicial, conforme art. 553 y los alcances del art. 547 Cód. Civ. y Comercial. Oficiese a los organismos de control del ingreso y egreso del país, de lugares fronterizos aéreos, lacustres, marítimos y terrestres, haciéndoles saber que deberá impedirse la salida del país del demandado hasta que se revoque expresamente la presente resolución. 2. Póngase en conocimiento del Tribunal de Ética del Colegio de Abogados de la primera Circunscripción de Mendoza el contenido de la sentencia de fs. 54/56 y de la presente resolución, ello a los fines previstos en el art. 52 de*

la Ley 4976. Oficiese al Colegio de Abogados para su toma de razón. (cf. Art. 553 y los alcances del art. 547 Cód. Civ. y Comercial)...”

Destacada doctrina sostiene: “En consecuencia, en el marco de la norma comentada que faculta al juez para adoptar medidas razonables para asegurar la eficacia de la sentencia es evidente que la restricción de la salida del país del incumplidor hasta tanto abone los alimentos se adecua perfectamente al concepto de medidas razonables”¹³

Contrario sensu, en relación a los deberes y derechos de los progenitores, más específicamente al deber alimentario, y ante los reiterados incumplimientos en el pago de la cuota alimentaria por el demandado se ha rechazado tal solicitud en el fallo C. M. E. C/ Z. E. A. s/ Alimentos s/ Inc. Elevación, cuando la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de Neuquén – Sala Segunda por fallo del 10/12/2015 resuelve hacer lugar parcialmente a lo solicitado y dice: *“El hecho de no contar con trabajo estable no lo excusa de sustraerse del pago de la cuota, ARTÍCULO 27 INC. 4 DE LA CON-*

VENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO” Se hizo lugar al embargo sobre un inmueble del alimentante. Respecto a la prohibición de salida del país, considera la sala que existe un exceso en la medida solicitada, de acuerdo al Art. 14 de la CN y se revoca la resolución apelada. *“No se hace lugar a la restricción para salir del país del demandado solicitada por la accionante...”*

En La Plata, provincia de Buenos Aires, el 14/03/2019, la Sala segunda de la Excma. Cámara Segunda de Apelación en la causa 124106 caratulada “E.,E.L. C/ M.,P.M. S/ TENENCIA DE HIJOS”, confirma la resolución que decretó la prohibición de salida del país de un bailarín profesional, al juzgarse que resultó una medida razonable y prudente ante la entidad de la resistencia del mismo en el pago de su obligación alimentaria respecto de su hija menor, con fundamento en lo previsto en el artículo 553 del Código Civil y Comercial.

Impedimento de asistencia a alguna entidad – club deportivo

Dentro del Expte. N° INC-40764-001 caratulado “B. N M. F. C/ W. G. S/ ALI-

MENTOS S/ INC. APELACION ART. 250 CPCC” en trámite por ante el Juzgado de Familia N° 1 de San Isidro, provincia de Buenos Aires la sentencia del 02/09/2020 ha sancionado al progenitor que no ha dado cumplimiento al pago de ninguna de las cuotas de alimentos fijadas para sus hijos. Constatado el incumplimiento de pago de los gastos y servicios del inmueble familiar y de la obra social de su ex cónyuge, con fundamento en la protección constitucional a la mujer, se dispone la prohibición de la salida del país, prohibición de ingreso a club y guardería náutica. Se multará a ambas entidades en caso de incumplimiento. Además ordena la obligación del empleador de retener directamente de los emolumentos, aquellas sumas en efectivo fijadas como alimentos provisorios. Se dio intervención de la justicia penal. Se hace lugar parcialmente a la impugnación de la liquidación efectuada por el demandado, invitándose a la actora a practicar una nueva liquidación.¹⁴

Arresto por parte del deudor los fines de semana

El Juzgado de Familia N° 5 de Cipolle-

tti resuelve: “Otorgar al Sr. G. E. P. el plazo de diez (10) días para que abone el monto de las cuotas alimentarias adeudadas, bajo apercibimiento de disponer su arresto desde las 13,00 horas del día sábado posterior al vencimiento del plazo otorgado y hasta las 06,00 horas del día lunes. Dicha medida se renovará todos los fines de semana, hasta tanto se cancele la deuda generada. II. Intimar al Sr. G. E. P. para que mensualmente abone en tiempo y forma la cuota alimentaria establecida en autos, bajo apercibimiento de ordenar su arresto los días sábados desde las 13,00 horas hasta las 06,00 horas del día lunes posterior, renovándose el arresto todos los fines de semana hasta tanto se cancele cada cuota alimentaria. III. La presente se resuelve sin imposición de costas (art. 68 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación)...”.¹⁵

El Juzgado de Familia de Rawson, frente a la conducta del incumplidor comprometiendo el derecho de su hijo a un nivel de vida adecuado, [...] se constituye en violencia de género el incumplimiento del pago de la cuota alimentaria, resuelve: “...Imponer al Sr. J. cinco (5) días de arresto por reite-

rar la comisión de hechos constitutivos de violencia familiar y obstruir el curso de la justicia, en la dependencia que disponga la Jefatura de la Policía, ante la falta de pago de las cuotas alimentarias fijadas en beneficio de su hijo[-], correspondientes a los meses de Mayo, Junio, Julio, Agosto y Septiembre del corriente año. II.- Aperci-bir al demandado que la mora de cada cuota mensual futura acarreará un nuevo arresto por el plazo de cinco (5) días. III.- Intimar al demandado a que dentro del plazo de cinco (5) días abone las cuotas alimentarias adeudadas, bajo apercibimiento de disponer como medida conminatoria la exclusión de cualquier vivienda que ocupe y dejarlo en situación de calle...”.¹⁶

Conclusión

Del análisis del artículo 553 CC y CN y la jurisprudencia aquí reseñada, se deduce que para el supuesto de insolvencia, desidia u ocultamiento de ganancias existen herramientas de presión sobre el progenitor incumplidor, pero éstas deben ser ideadas en principio por los abogados al peticionar y luego, por los magistrados al resolver. El úni-

co límite impuesto es la razonabilidad. Y se debe tener en cuenta los principios de tutela judicial efectiva y el interés superior del niño, que no pueden dejarse de lado habida cuenta las características especiales que rigen los procesos de familia. Más que tender a sancionar al incumplidor, hay que agudizar los sentidos en buscar la manera en que se pueda lograr la satisfacción de ese elemento vital para el niño, niña o adolescente. ■

CITAS

¹ KUNZLI, ANALÍA «Alimentos, un caso escondido de violencia de género. Igualdad en la diversidad (Columna de AMJA Chubut – Asociación de Mujeres Jueces de Argentina)», artículo disponible en https://www.diariojornada.com.ar/218264/sociedad/alimentos_un_caso_escondido_de_violencia_de_genero/.

² C., M. A. y otro c/ S., F. A. y otros s/ Alimentos Interlocutorio. Cámara Nacional De Apelaciones En Lo Civil. 3/11/2011. Id SAIJ: SUCO409284.

³ P., M.P. c/ V., H.R. s/ Incidente de Reducción de Cuota Alimentaria Interlocutorio.

Camara Civil, Comercial, Laboral y Minería, 14/3/2002. Id SAIJ: SUQ0013868.

⁴ MESTRE, VANESA DÉBORA, “Facultades de los jueces para aplicar medidas dirigidas al cumplimiento de la cuota alimentaria”, Cita Online: AR/DOC/2287/2019.

⁵ ARTICULO 659.- Contenido. La obligación de alimentos comprende la satisfacción de las necesidades de los hijos de manutención, educación, esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia, gastos por enfermedad y los gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio. Los alimentos están constituidos por prestaciones monetarias o en especie y son proporcionales a las posibilidades económicas de los obligados y necesidades del alimentado.

⁶ ARTÍCULO 660.- Tareas de cuidado personal. Las tareas cotidianas que realiza el progenitor que ha asumido el cuidado personal del hijo tienen un valor económico y constituyen un aporte a su manutención.

⁷ KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA - MOLINA DE JUAN, MARIEL F., “Una visión transversal de la ley, la sociedad y la praxis judicial en la responsabilidad parental. El desafío de compartir”, Publicado en: LA LEY 2015-E, 1137, Cita Online: AR/DOC/2970/2015.

⁸ *elDial.com* AA93DF.

⁹ *elDial.com* AAB675 Expte. N° 1-64770-2019 - “D., K. E. c/ M., V. M. s/ ejecución de sentencia (Inc. Art. 250 del CPCC)” - Cámara De Apelación En Lo Civil Y Comercial De Azul (Buenos Aires) – Sala Primera – 27/08/2019.

¹⁰ *elDial.com* AAA145.

¹¹ *elDial.com* AA94B5.

¹² J. Familia N° 1, Mendoza, «C., V. L. c. E., J. s/ ejecución (sentencia no firme)», del 19/12/2016, L.L. Gran Cuyo 2017 (mayo) 3, AR/JUR/104562/2016.

¹³ BUERES, ALBERTO J. “Código Civil y Comercial de la nación y normas complementarias”, Hammurabi, 2016, T. 2, p. 406).

¹⁴ *elDial.com* AABEE2.

¹⁵ Juzgado de Familia N° 5, Cipolletti, provincia de Rio Negro «CH. B. E. c. P. G. E. s/ incidente aumento de cuota alimentaria», 28/08/2018, Cita online: AR/JUR/45460/2018.

¹⁶ Juzgado de Familia de Rawson, T. c. J. s/ alimentos, 04/10/2017, Cita online: AR/JUR/70824/2017.




Dra. Silvina
Bernardelli

Defensora General de San Lorenzo

myf

480



La figura del abogado del NNA. Su designación

myf

481

En los últimos años la participación de los niños en los litigios judiciales fue avanzando al punto de que, al reconocerlos como sujetos de derecho, tienen derecho a ser escuchados, a expresar libremente sus opiniones.

Como garantía del debido proceso se incorpora la figura del abogado del niño, reconocido por la ley 26.061.

Sherman Ida, en su trabajo "La determinación del interés superior y el rol de los abogados del niño", explicita con claridad los tópicos a tener en cuenta por el abogado del superior interés, el cual debe: abogar por el mejor interés del niño del caso, indagar sobre la opinión del niño e informar al tribunal, salvo que el niño se oponga a ello. El conocimiento sobre el niño, toda la información reunida, debe servir para abogar por su mejor interés y no necesariamente por sus deseos. Debe explicar al niño su cometido de la manera más clara posible. Su

actuar debe estar enmarcado en las reglas de ética estaduales en todos aquellos aspectos que exceden una relación tradicional abogado-cliente. También está obligado por el deber de confidencialidad en los términos de la relación abogado cliente"¹.

De esta manera podemos sostener que el derecho a contar con un abogado deriva de la facultad a expresar su opinión libremente, a ser escuchado; reconocidos al niño en el art. 12. Convención sobre los Derechos del Niño, la cual dispone: "Los Estados parte garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte

al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional".

En consecuencia, la ley nacional 26.061, además del derecho a ser oído, contempla en su art. 27 el aspecto técnico de la defensa, es decir, habilita la intervención del niño en el proceso, cualquiera fuese su edad.

Los debates doctrinarios y jurisprudenciales en relación a la figura del abogado del niño versan fundamentalmente sobre la edad que debe tener un menor para tener su propio abogado y la diferencia entre el rol de los representantes promiscuos del Ministerio Público y la actuación del abogado del niño en los procesos.

Si bien la ley 26.061 no establece a que edad un menor de edad puede designar su abogado, desde el pun-

to de vista doctrinario, se distinguen básicamente tres posturas:

-La primera, de carácter amplio, postula que la defensa técnica está habilitada para todo niño, sin considerar su edad y/o grado de madurez, y que debe estar presente en todo proceso².

- La segunda intermedia, sostiene que el niño tiene derecho a contar con un abogado propio siempre que su grado de madurez se lo permita, es decir, no limita la figura conforme estándares etarios rígidos sino en consonancia con el principio de autonomía progresiva de corte convencional-constitucional, receptando su posibilidad o imposibilidad de acuerdo al grado de madurez del niño³.

-La tercera lo restringe solamente a los adolescentes⁴.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación adoptó el criterio de discer-

nimiento cronológico y, siguiendo la tradicional distinción entre menores impúberes y adultos, estableció dos soluciones: quienes hayan cumplido 14 años pueden designar por sí un abogado para que los patrocine, mientras que por debajo de esa edad la designación deberá ser hecha por el juez⁵.

En otro fallo la Corte Suprema de la Nación no hizo distinción entre menores adultos y menores impúberes para ser patrocinados por un abogado en el proceso judicial, y ordenó que la asistencia letrada sea asumida para dos niñas, que tenía diez y catorce años⁶.

Otro de los puntos a distinguir es evitar confundir a los distintos protagonistas: el abogado del niño, el tutor ad litem y el rol del Ministerio Público.

Al respecto, Diego Sperr los distingue con franca claridad:

“Preliminarmente, se impone destacar que no debe confundirse el papel del Ministerio Público de Menores en la defensa de los derechos de la infancia, con la defensa técnica que pueda ejercer el propio niño en un caso concreto. Se entiende que el Ministerio Público, por mandato legal y constitucional (arts. 120 CN, 59 CCiv. y 54 ley 24.946), es defensor de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y demás personas incapaces en la medida de su indisponibilidad. Esta Defensa no debe confundirse con aquella que puede ser ejercida en el marco del proceso por la asistencia técnica propia de un letrado del niño, quien tiene el cometido de defender los intereses particulares del niño en un conflicto concreto y ofrece su conocimiento técnico para articular una defensa y lograr una decisión judicial favorable a la voluntad individual del niño. En este sentido, también debe recordarse que el Ministerio Público cumple una representación promi-

cua que se limita a integrar la representación paterna, sin implicar sustitución ni actuación en nombre del niño, y se manifiesta en una unción asistencial y de control, y otra de carácter representativo...

...Ahora bien respecto de la figura del tutor ad litem, es sabido que su designación está prevista para cuando los intereses del incapaz están en oposición a los de sus representantes legales. Así, de la enumeración no taxativa prevista en el art. 397 del Código citado se desprende que se dará a los menores de edad, tutor especial cuando los intereses de los niños, niñas y adolescentes se encuentren en oposición con los de sus padres, bajo cuyo poder se encuentre. En tales circunstancias, la designación del tutor ad litem al menor de edad implicará su representación autónoma dentro de la Litis... Así mientras el tutor ad litem es una figura ligada a la incapacidad del niño, que sustituye su voluntad y, por

lo tanto, patrocina su interés superior desde su propia perspectiva de adulto, el abogado del niño es un personaje vinculado al principio de la capacidad progresiva, que justamente aparece a raíz de la madurez y el desarrollo del niño para participar en el proceso. Entendemos, entonces, que la figura del abogado del niño no sustituye la voluntad de este último, sino que la transmite al juez mediante su defensa técnica especializada..."⁷.

Por último, es importante destacar en esta diferenciación que el abogado del NNA debe tener un entrenamiento y experiencia en el vínculo con niños y adolescentes, entrenamiento que debe incluir las técnicas adecuadas para establecer una correcta comunicación con ellos, además del conocimiento sobre leyes y convenciones sobre la niñez. Mientras que el tutor ad litem es un instituto de protección que procede sin perjuicio de la intervención del Ministerio Público.

Problemáticas a analizar

-Designación del abogado del NNA

Ante la vulnerabilidad de los NNA con relación al adulto, se requiere la intervención de los jueces en protección de sus derechos. En consecuencia, la designación de los abogados de los niños no serán más que propuestas que van a estar sujetas a la aprobación de la judicatura.

En nuestra provincia de Santa Fe, la ley 13.923, con el objeto de garantizar la prestación de los servicios de asistencia jurídica destinados a NNA en procesos judiciales y administrativos (art. 1) crea un Registro de Abogados y Abogadas de Niños, Niñas y Adolescentes en el ámbito de cada Colegio de Abogados (art. 2). El art. 10 establece que "La autoridad judicial o administrativa designará a los abogados de NNA, provenientes de una terna propuesta por el Cole-

gio de Abogados de la jurisdicción correspondiente en base al Registro que lleven...”

Es interesante destacar el estudio en relación a las formas en que el abogado del niño llega al expediente, realizado por los autores Villalba Carla, Martínez Josefina y Vigo Fiorrella quienes evaluaron que: *“Una cuestión relevante para el análisis es el modo en que el abogado del niño llega al expediente y los criterios que los jueces aplican para aceptar o rechazar su participación. En tal sentido, muchos entrevistados marcaron una clara diferencia entre la designación de oficio (realizada por iniciativa del juez o a pedido de la asesoría o defensoría) en los casos en que se considera que su intervención puede ser beneficiosa para el proceso, y la solicitud de designación de un abogado del niño que llega al expediente “desde afuera” y propuesto por el propio niño. El consenso respecto de*

la primera situación es amplio: en los casos en que lo considera necesario, el juez debe designar un abogado al niño. En cambio, varios entrevistados manifestaron reparos frente a la segunda situación y argumentaron que en esos casos es necesario evaluar la pertinencia y, sobre todo, analizar de dónde proviene el abogado para evitar que ingrese al expediente como asociado a la posición de una de las partes en conflicto... Otros actores consideran que, para determinar si el niño realmente quiere ser patrocinado, es preciso establecer mecanismos que permitan escuchar la palabra y postura del niño con independencia de la posición y el interés de cada uno de sus progenitores, y en virtud de ello, decidir la aceptación o el rechazo de la participación del abogado del niño”⁸.

-Los honorarios del abogado del NNA

La ley 26.061 y su decreto reglamen-

tario establecen como forma subsidiaria la obligación del Estado de proporcionarle a los NNA asistencia letrada gratuita para el caso de que carezcan de recursos económicos. A tal efecto, el decreto Reglamentario 415/2006 invita a las provincias y a la Ciudad de Buenos Aires a adoptar las medidas necesarias para garantizar la existencia de servicios jurídicos, recurriendo para ello a abogados que sean agentes públicos y/o convenios con organizaciones no gubernamentales, colegios de abogados o universidades.

La ley 13.923, en su artículo 15, sigue la regla general del Código de Procedimiento Civil y Comercial, en cuanto a que las costas y honorarios devengados son soportados por el condenado en costas y lo asumirá el Gobierno Provincial cuando “no puedan ser solventadas por los progenitores, o el niño, niña o adolescente careciera de éstos”.

Algunos autores como María Victoria Famá los consideran como un gasto previsto en el art. 265 CCiv., y por tal motivo les corresponderían a los padres⁹.

Opiniones operadores del derecho

Consultado sobre los beneficios o críticas a la incorporación del abogado del NNA en los procesos judiciales y/o administrativos, vale citar las siguientes opiniones:

Dr. Marcelo Escola, Juez de 1ra Instancia de Familia de la ciudad de San Lorenzo: “Ha sido un avance muy importante en defensa de los niños y adolescentes, producto de la universalización de los derechos humanos, y que permite mantener la igualdad de las partes en el proceso familiar, que ya no solo tiene en cuenta a los progenitores como parte, sino que incorpora a los hijos

al haber intereses contrapuestos directamente con ellos, garantizando el marco de autonomía y libertad. La aplicación de esta normativa, dentro del plexo de leyes de protección a la niñez y adolescencia, tiene un alcance dentro del contexto de los derechos humanos, que apunta a brindar una mejor y mayor representación a niñas, niños y adolescentes, quizás los más vulnerables dentro del conflicto familiar, lamentablemente cosificados por quienes deben darle toda la protección, contención y el mayor bienestar, que mejore la calidad de vida de los mismos, es de fundamental importancia, no sólo para quienes deben defender, sino como apoyo para quienes deben resolver respecto a cuestiones que les son propias y los incluyen, dando la legitimidad que les corresponde”.

Lorena Capucci, Licenciada en Trabajo Social del Juzgado de Familia

de la ciudad de San Lorenzo: “A partir de la experiencia en las situaciones donde han intervenido abogadas del niño, considero que se debería asesorar o conformar equipos interdisciplinarios para una escucha pertinente, ya que no debería escucharse desde la literalidad. La escucha debe ser activa, respetuosa y por profesionales capacitados para hacerlo. Muchas veces vemos en los expedientes que un sinnúmero de abogados, psicólogos, Licenciados en Trabajo Social escuchan a niños, niñas y adolescentes, y sin embargo sus derechos siguen vulnerados”.

Dra. Adriana Torchio, Abogada Mediadora: “Plantea los siguientes puntos críticos:

- En las medidas excepcionales el abogado del niño debería estar desde el primer momento y en la práctica no sucede.
- En las escuchas llevadas a cabo por los Defensores, los niños deben

ingresar con su abogado, lamentablemente en los hechos no se contempla.

- En caso de varios niños en un mismo expediente y ante conflicto de intereses entre ellos deberá solicitarse se designen más de un abogado del niño.

- Identificar cuando por la corta edad lo que se requiere es la figura del tutor especial ya que las funciones son distintas”.

Si miramos hacia atrás, ha sido un camino largo desde el Código Civil de Vélez en que los menores tenían limitada su capacidad de hecho (hoy llamada capacidad de ejercicio): la incorporación de principios que se fueron adoptando a nivel internacional, sobre los Derechos del niño, el dictado de la ley nacional 26061 y al actual Código Civil y Comercial de la Nación con un estilo respetuoso de la dignidad de los NNA. Probablemente haya muchos puntos a mejorar, pero reconocer-

los como sujetos de derechos con igualdad de derechos ante las demás personas, es un hito importante en materia de reconocimientos que se traduce en una verdadera garantía del debido proceso. ■

CITAS

¹ Publicado RDF 85, 10/7/2018 267 CITA La ley AR/DOC/3200/2018.

² SOLARI, NÉSTOR “Un importante precedente de la Corte Suprema de Justicia sobre la figura del abogado del niño” LL del 1/12/2011 y RODRIGUEZ, LAURA “Admisibilidad, rol y facultades del abogado de niñas, niños y adolescentes” en DFy P 2011 (noviembre) p. 167.

³ MIZRAHI MAURICIO L. “Intervención del niño en el proceso. El abogado del niño” LL 2011-E-1194; BACIGALUPO DE GIRARD, MARÍA “Una primera aproximación al análisis de la ley 26.061”.

⁴ GOZAINI, OSVALDO “La representación procesal de los menores” LL 2009-B-709; MORENO, GUSTAVO D. “La participación del niño en los procesos a través del abogado del niño” RDF 35-54.

⁵ A.G.M.S. v J.V s/ divorcio vincular” LL AR/JUR/64441/2010; 6/12/2011, “RDE v DGR” Microjuris MJ-JU-M 71342-AR.

⁶ GMS v JVL 26/10/2010 Fallos 333:2017, AR/JUR/64441/2010.

⁷ “Cuestiones problemáticas que plantea la Figura del abogado del niño en el ámbito del derecho civil” La Ley AR/DOC 6242/2013.

⁸ El abogado del niño en la justicia de familia. Usos, valoraciones y sentidos LA LEY AR/DOC/4460/2016.

⁹ La intervención del abogado del niño en los procesos de familia; alcances y delimitaciones”, compendio Jurídico: Doctrina – Jurisprudencia – Legislación, vol. 61, Errepar, Buenos Aires, p.134.




Dra. Ana Julia
Milicic

Fiscal Adjunta del M.P.A.

myf

488



Los Derechos Humanos y el rol de los Jueces en las modernas democracias

El avance del constitucionalismo: la reconfiguración del Estado y sus órganos de gobierno

Con el avance del constitucionalismo (proceso jurídico y político que procura la racionalización del poder político y la limitación del gobierno a través de la ley, para el respeto de los derechos individuales y colectivos) la concepción que se sostenía sobre muchos derechos constitucionales ha cambiado de manera significativa. Tal es así que, modernamente, a muchos derechos se les otorga una nueva mirada gracias a la interpretación que corresponde realizar a la luz del bloque de normas con jerarquía constitucional (instaurado en nuestra Carta fundamental en 1994, a través del art. 75, inc. 22). Ciertamente, fue la jerarquización constitucional que recibieron ciertos tratados de derechos humanos como consecuencia de la reforma constitucional de 1994 lo que permitió el proceso de “**judicialización de la Constitución**”, el cual procura se concrete el “**derecho de la Constitución**”. Ya no se concibe a la Constitución

solamente como un instrumento de racionalización del poder político que otorga el marco del proyecto político fundamental a ser realizado por los poderes constituidos, sino que hoy en día la Constitución Nacional es vista principalmente como una carta que aglutina principios, valores, derechos fundamentales que tienen a la persona y a su dignidad como centro.

La jerarquización constitucional de determinados tratados de Derechos humanos ha implicado la receptación de la **dignidad humana como un paradigma básico fundamental para el ejercicio de cualquier otra libertad**. Dentro de esta concepción es que podemos hablar del **principio de la igual e inviolable dignidad de la persona humana**. Este principio procura que toda persona sea principio, sujeto y fin de toda organización política, de toda política pública. Por lo cual, vemos al humanismo con uno de los principales valores a ser defendidos desde el derecho constitucional.

Es decir, el escenario ha cambiado y es a raíz de esta fuerza irradiante y la

trascendental concepción que se tiene de los derechos humanos en la actualidad, que la postura clásica que sostenía que muchos derechos catalogados como programáticos era derechos en expectativa hasta que se dé su reglamentación legislativa, ha sufrido un **cambio de paradigma interpretativo**, lo cual ha incidido radicalmente en la interpretación de todos los derechos, incluidos los sociales. Se reconoce el **derecho de todos a la satisfacción de las necesidades existenciales mínimas** (salud, educación, vivienda digna, a la estabilidad laboral y a la seguridad social, entre otros). Por lo tanto, ahora podemos afirmar firmemente que todos los derechos plasmados en la Constitución son operativos y que exigen efectiva realización material. El Estado tiene un deber de aseguramiento positivo, por lo que, ante su violación o falta de virtualidad es posible interponer una acción judicial encaminada a vencer los obstáculos que impiden su ejercicio.

En efecto, luego de los históricos y atroces acontecimientos mundiales que sufrió la humanidad durante el

siglo XX bajo los diferentes regímenes totalitarios (nazismo, fascismo, franquismo, estalinismo, entre otros), **la comunidad internacional logró ponerse de acuerdo acerca del reconocimiento normativo que merecían los derechos humanos.** Había quedado demostrado que los Estados, que debían ser los encargados de garantizar las libertades y derechos fundamentales establecidos por el derecho interno, se habían convertido en aparatos de represión y violadores sistemáticos de los mismos, transfigurándose en Estados Terroristas. Estas terribles e inhumanas formas de conducción estatal provocaron la **necesidad internacional de generar pautas comunes de comportamiento exigibles a nivel supranacional.** Se logró, a través del reconocimiento de los derechos humanos, proporcionar un marco común de normas y valores básicos universales a asegurar por la comunidad internacional. La Carta de las Naciones Unidas fue el punto de partida del progresivo reconocimiento normativo de la dignidad de la persona humana. El reconocimiento de la universalidad de los derechos huma-

nos no sólo establece estándares mínimos de comportamientos exigidos a los Estados, sino que **también instituye procedimientos jurisdiccionales de complementación supranacional** de las competencias y jurisdicciones internas en materia de derechos humanos, lo cual supuso la instauración de **estructuras de control** necesarias para la consolidación y plena vigencia del respeto a la dignidad y al valor de la condición humana.

Fue así que los sistemas regionales europeo (Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, Roma, 1950) y americano (Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1969) implementaron la constitución de tribunales regionales con competencia para entender en presuntas violaciones imputables a los Estados partes de esos Convenios. Toda violación al derecho internacional de los derechos humanos genera responsabilidad internacional del Estado transgresor. Esto significa que el compromiso por parte de los Estados no implica meramente la aceptación

de un catálogo de derechos considerados imprescindibles para toda persona, sino que sobre todo conlleva la asunción estatal de obligaciones en aras a garantizar el respeto, la protección y la adopción de medidas tendientes a su realización. Es decir, si bien es sumamente valioso que se haya dado un acuerdo internacional y posterior regulación normativa de los derechos humanos en diferentes catálogos, debe puntualizarse que su aceptación establece **obligaciones ineludibles para los Estados**, los cuales deben actuar de determinada manera y abstenerse de ciertos actos.

Asunción de una nueva dinámica de gobierno

Este cambio de paradigma normativo e interpretativo generado a raíz de la instauración del bloque de constitucionalidad, sin dudas tiene sus repercusiones en el ámbito interno de los Estados, puesto que al complementarse el control de convencionalidad con el control de constitucionalidad, tal situación ha llevado a que **todos los dere-**

chos y garantías constitucionales y convencionales tengan mayor fuerza expansiva y operativa. De modo tal que ello ha significado que aquéllos derechos constitucionales que antaño no podían ser reclamados por ser considerados “meramente programáticos”, o aquellas cuestiones que antes eran consideradas “meramente políticas”, actualmente no sólo se las pueden demandar judicialmente sino que también se ha generado un cambio en los roles tradicionales de los órganos de gobierno, los cuales han sido objeto de una dinámica transformación. En el plano político, se han dado profundas transformaciones como consecuencia de la crisis del sistema representativo a partir de la decadencia y debilitamiento de los partidos políticos, el desvanecimiento de espacios de mediación política, el fuerte protagonismo que encarnan las nuevas tecnologías aplicadas a la información y comunicación (mass y social media), que han llevado a la exteriorización y visibilidad de diversos pluralismos y la erosión de identidades e ideologías fijas. Así como antiguamente se aspiraba al establecimiento de valores ho-

mogéneos (uniformidad), actualmente se procura la concientización de la existencia de una multiplicidad de intereses dispersos (diversidad y pluralidad). **El sistema de protección de los derechos humanos contribuye a evolucionar el rol que debe asumir el Estado a través de todos sus órganos internos y las respuestas que debe dar a las diversas demandas sociales.**

Ante este panorama, se concibe que **el Estado se ha transformado y el órgano judicial no ha quedado excluido del cambio.** En efecto, esta metamorfosis ha significado una reconfiguración de la histórica función del órgano judicial como poder moderador en los conflictos que pudieran suscitarse entre los poderes legislativo y ejecutivo, **pasando a ser un poder depositario de una alta demanda de expectativas sociales, interventor en el control y ejecución de las políticas públicas estatales, erigiéndose inclusive en promotor de las mismas.** Esta renovadora transformación del rol del juez, es fácilmente advertible ante el elevado índice de litigiosidad y ante la alta demanda de actuación del

órgano judicial en conflictos sociales, económicos y políticos con efectos en la comunidad política. Los órganos políticos de origen popular directo se hallan mucho más orientados a la satisfacción de intereses en lo inmediato y los grandes problemas sociales se trasladan principalmente al órgano judicial, el cual no está sometido a procesos electorales.

Desde el Estado ya no se plantea un proyecto general con estabilidad, sino que ante una organización social fragmentada en razón del creciente pluralismo, **el sistema de gobierno democrático exige una nueva gobernanza**, es decir, nuevas formas en las cuales el Estado deba intervenir en la realidad, trascendiendo las categorías clásicas de atribución de funciones de gobierno.

El robustecimiento de derechos, producido a través del proceso de jerarquización constitucional de un gran número de tratados internacionales de derechos humanos, generó mayores instrumentos en manos de los ciudadanos y posibilidades de partici-

pación a fin de poder reclamar jurídicamente ante el órgano judicial.

En este marco necesariamente se debe plantear que **existe un nuevo rol judicial**, donde los jueces tienen una función diferente a la de ser meros aplicadores de una norma prefijada que da solución a un conflicto a través de una resolución jurídica definitiva. En otras palabras, **en estos contextos los jueces asumen la gran responsabilidad de ser los articuladores de políticas públicas generadas por los órganos políticos, llegando inclusive a ser los promotores de políticas públicas ante ausencia de las mismas**. Este cambio también produce consecuencias en el proceso judicial, el cual ya no será biface (donde encontremos la parte demandante y la parte demandada) sino que se darán nuevas formas procesales como la realización de audiencias públicas, *amicus curiae*, intervención de diferentes actores procesales con diversa representación estatal y social (configurándose así un proceso judicial multipartes), donde **las decisiones en políticas públicas asumen un carácter de provisionalidad y revisabilidad**.

La tarea judicial escapa a la interpretación racional-normativa para la obtención de una respuesta jurisdiccional a través de una resolución judicial. Ahora los jueces van a tener a su cargo el control de causas judiciales en las cuales se va a analizar: el proceso de toma de decisión en diferentes materias de políticas públicas (relativas al medioambiente, tarifas de servicios públicos esenciales, educación, vivienda, etc.), el desarrollo de las mismas, el control de razonabilidad y de legalidad de las medidas que se adopten dentro del proceso de implementación y el examen de responsabilidad que corresponde en razón de su efectiva ejecución.

Por lo cual, indudablemente **el rol de los jueces ha variado enormemente**. Resolver un conflicto social supone una tarea mucho más compleja y delicada que dar una respuesta jurídica tras la aplicación del silogismo normativo. Y si bien puede sostenerse que la consagración constitucional de derechos programáticos implica la fijación de estándares y objetivos de actuación para el Estado (metas que el Estado debe ase-

gurar), ello tampoco supone que ante la ausencia de reglamentación el Estado nada puede o deba realizar.

En resumen, debemos tener en cuenta que a raíz de los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional se permite la exigibilidad en concreto de cierto contenido esencial de todos los derechos, en particular de los derechos sociales, económicos y culturales (DECS) y que esa exigibilidad implica su plena justiciabilidad. Esto significa sencillamente que los DECS se pueden reclamar en sede judicial. Por lo tanto, hoy podemos afirmar que los derechos sociales son justiciables, que **los derechos sociales son derechos humanos exigibles**.

¿Se puede controlar judicialmente la ejecución o inejecución de políticas públicas por parte del Estado? ¿Existe el control judicial de las políticas públicas?

Por un lado, debe tenerse en cuenta que la ejecución de políticas públicas

depende del presupuesto de los Estados y éste, por definición, es limitado. Por otro lado, debe señalarse que la protección judicial de los derechos sociales no debe ser equiparada al activismo judicial. Entonces **¿hasta qué punto el goce y disfrute de los derechos sociales puede quedar librado al proceso político, y hasta qué punto los tribunales poseen legitimidad para incidir en las políticas públicas?**

En primer lugar, cabe señalar que el avance del control judicial de las políticas públicas no debe ser entendido como la sustitución del legislador o del administrador por parte del juez, sino como un reconocimiento a la función que realmente le cabe al órgano judicial, que es la de controlar la actuación de los órganos estatales conforme a la Constitución Nacional y tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional. Cuando se acude la órbita judicial es porque las demás vías se hallan obstruidas o cerradas, es la última instancia, puesto que el acceso a la justicia no es sencillo y mucho menos económico. Además, debe

precisarse que el abordaje de las políticas públicas por parte del órgano judicial generalmente se instrumenta a través de la vía del amparo, para cuestiones urgentes que los órganos políticos legislativo y ejecutivo no pudieron resolver. Se presentan demandas judiciales o amparos para obtener tutela jurisdiccional en cuanto al otorgamiento de protección para el ejercicio de determinados derechos fundamentales. Por ejemplo, vemos que se acude a la justicia ante casos donde se quiere establecer un límite a la superpoblación carcelaria, cuando se demandan mayores controles a las industrias y gobiernos para el control de la contaminación y mejora del medioambiente, cuando se controvierte qué tipo de educación deben brindar las escuelas públicas, etc.

Por lo tanto, hoy por hoy podemos afirmar que **existe un achicamiento de las cuestiones políticas no justiciables**. Nuestra experiencia institucional ha mostrado una tendencia hacia la reducción de la órbita de no intervención del órgano judicial en las llamadas “cuestiones políticas”.

Progresivamente la función judicial se fue extendiendo en determinadas materias que antaño eran consideradas exclusivamente políticas, y en la actualidad se ha avanzado hasta incluso abordar el control de las omisiones de los órganos legislativo y ejecutivo en cuanto a la falta de satisfacción de derechos económicos, sociales y culturales. Es decir, ya no sólo se da la revisión judicial de los actos del estado sino que también se examinan las omisiones a los deberes que se tienen que cumplir en aras de velar por la protección y aseguramiento de los derechos constitucionales y convencionales. Es por eso que al presente podemos afirmar firmemente **la plena justiciabilidad de los derechos sociales**.

En el contexto actual, el Poder Judicial posee injerencia en el desarrollo de políticas públicas, quizás a diferentes niveles y con distintos grados que el legislador o el administrador, pero esta realidad debe ser reconocida sin lugar a dudas. Es admite la intervención judicial en materias en las cuales no hubiera podido darse años

atrás. Si bien el control judicial de las políticas públicas ha ido evolucionando con prudencia, admitiéndose la autolimitación que le cabe al juzgador en muchos aspectos de la política social, lo cierto es que el Poder Judicial (con la Corte Suprema de Justicia de la Nación a la cabeza) ha intervenido en diferentes casos en los que se ha ordenado desarrollar o modificar políticas públicas. Se trata de un proceso en evolución, ya que esta tendencia ha sido imitada por los tribunales inferiores, tanto del fuero federal, nacional, provincial y de la C.A.B.A.

Derechos sociales y políticas públicas: ¿cuál es el fundamento que le otorga legitimidad al control judicial de las políticas públicas?

Sin lugar a dudas es el **"bloque de constitucionalidad"**, instaurado con la reforma de la Constitución Nacional de 1994, el que **actúa como eje que habilita el control judicial de las políticas públicas**. No debemos perder de vista que el control judicial de las políticas públicas tiene como prin-

cipal misión procurar la operatividad concreta de los principios y valores de la Constitución y de los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional a través de la interpretación judicial.

El derecho progresa y procura tutelar cada vez más a la persona en su dignidad, en su humanidad, y es en este marco donde podemos ver que la interpretación judicial juega un rol crucial. En efecto, los jueces son primordialmente quienes deben custodiar el respeto y cumplimiento por todos los órganos del poder de los principios y valores fundantes, respondiendo a las reales y concretas exigencias de una sociedad globalizada, pluralista, con diversidad cultural, desigualdad social, con mayor individualismo y reconocimiento de autonomías personales. De lo que se debe tener consciencia es que el gobierno ya no se encuentra limitado únicamente por la norma constitucional sino también por mandatos y principios que surgen del bloque de convencionalidad, los cuales habilitan un examen judicial expansivo de las acciones y omisio-

nes del Estado, pudiendo el órgano judicial controlar y hasta promover políticas públicas.

La tarea que deben llevar a cabo los jueces se basa en mantener vigentes en concreto aquellos principios y valores fundamentales que surgen del bloque de constitucionalidad. Los jueces deben dar respuestas a las reales exigencias de una sociedad democrática, pluralista, globalizada, dinámica, participativa como la actual, lo cual supone un mayor activismo judicial y una interpretación legal más creativa y política.

En efecto, ante la crisis de representatividad del Poder Legislativo, el desprestigio de muchos titulares del Poder Ejecutivo, el Poder Judicial emerge con un fuerte activismo, al ser los jueces los guardianes de los derechos fundamentales amparados por normas constitucionales y convencionales. Lo que las personas demandan al órgano judicial es la materialización de la justicia, la operatividad de los derechos humanos garantizados por el Estado, que dichos derechos asuman

la forma de una vivienda digna, la posibilidad de recibir educación, mayor calidad de salud, un plato de comida, un ambiente sano, entre otros.

Ante este contexto, los jueces tienen un importante rol que cumplir en cuanto a la protección de los DECS de aquellos sectores excluidos de hecho del proceso político. No se trata de llevar la gestión de las decisiones políticas de los órganos legislativo y ejecutivo ante los tribunales, sino del control jurisdiccional del cumplimiento de sus obligaciones jurídicas (constitucionales, convencionales y legales).

Procesos judiciales colectivos y el control judicial de las políticas públicas

Con frecuencia, en análisis de las políticas públicas se da en el marco de procesos judiciales colectivos, en los cuales la implementación de la sentencia requiere que el órgano judicial avance sobre el accionar o las omisiones de los órganos ejecutivo y legislativo. Estos tipos de procesos judiciales

suelen ser complejos e intervienen múltiples partes procesales.

La denominada justicia colectiva ha tenido su origen en Estados Unidos, ante demandas judiciales entabladas con el objeto del reconocimiento de la igualdad material en el ejercicio de los derechos civiles, políticos y sociales de determinados grupos sociales, que han sido canalizadas ante la judicatura mediante litigios complejos (complex litigation) o litigios de reforma estructural (structural reform). Estos procesos colectivos se han implementado en casos como la segregación racial en el sistema educativo, las condiciones de las instituciones carcelarias y psiquiátricas, las acciones para combatir la discriminación de género y por discapacidad, acciones en defensa de consumidores y usuarios, en defensa del medioambiente, entre otros.

Una de las principales características de estos procesos judiciales colectivos es que versan sobre la aplicación o inaplicación de políticas públicas, es decir que, lo que se

halla bajo la lupa es si los DECS se encuentran vulnerados por ciertas condiciones generales o estructurales que deberían ser adecuadamente atendidas por el Estado.

Estos tipos de litigios estructurales permiten a los magistrados judiciales la posibilidad de formar parte de la toma de decisiones acerca de las políticas públicas. Ciertamente, en estos procesos se da la intervención judicial a través del control de la gestión de las políticas públicas, donde el juez generalmente se topa con un primer obstáculo que es la ausencia de normas procesales apropiadas para el tratamiento de conflictos colectivos complejos. En los hechos, no existe regulación procesal sobre el amparo colectivo en nuestro país, por lo cual, tal omisión legislativa se ha visto equilibrada por el activismo judicial.

Los jueces, al decidir sobre la razonabilidad de una política pública, deberán evaluar:

a) si existen políticas públicas destinadas a atender los DESC, y en caso

afirmativo, si las medidas adoptadas son adecuadas para lograr el resguardo del contenido mínimo de los DESC;

b) si representan un desarrollo progresivo del disfrute de los DESC;

c) si se dispone del máximo de los recursos estatales para el cumplimiento de tales obligaciones;

d) si la aplicación de los recursos disponibles es adecuada a los fines de garantizar la igualdad, no discriminación, la participación de las personas afectadas, el acceso a la información y la tutela judicial de las mismas.

Los DESC requieren una acción positiva estatal. La inacción de los órganos legislativo y ejecutivo provoca que los reclamos sociales se canalicen judicialmente ante la judicatura, al ser los jueces los guardianes últimos de las normas con jerarquía constitucional. La tutela judicial de los DESC supone una trascendencia colectiva, que se traduce en la realización de acciones efectivas por parte del Estado que sin dudas exceden el mero reclamo individual. Es por ello que **los jueces efectúan el control**

judicial de políticas públicas en el marco de procesos colectivos, donde necesariamente deben aplicarse métodos de diálogos entre las diferentes reparticiones públicas con el objeto de arribar a soluciones estructurales. **En el campo de los DESC, se habilita la judicialización de la política.** El órgano judicial debe intervenir ante la insuficiencia de la actividad gubernativa, y en este contexto, los tribunales judiciales exhortan o exigen a los órganos legislativo y ejecutivo que adopten determinadas acciones positivas de políticas públicas, dentro de determinados plazos, para satisfacer los DESC.

Así como la declaración de inconstitucionalidad o inconveniencia de una norma es concebida como la última ratio a la cual debe acudir un juez a la hora de efectuar una interpretación en pos de favorecer la aplicación de un derecho, cuando nos encontramos ante las omisiones de los otros órganos de gobierno, la judicatura debe siempre buscar una solución equilibrada que impida convertirse en una intromisión imprudente en

las atribuciones de los otros poderes. Debe existir un máximo de cautela por parte del activismo judicial. Los representantes de origen electivo pueden elegir entre diferentes alternativas para proteger los DESC, pero no están habilitados a omitir toda clase de política pública.

Gestionar una política pública no es lo mismo que realizar una interpretación judicial de normas a través de silogismos, razonamientos y argumentaciones. Por el contrario, cuando la judicatura interviene en el control de las políticas públicas, tal tarea implicará mayor creatividad por parte del juez, quien deberá combinar una serie de decisiones, diseñar un plan de acción con el involucramiento de diferentes áreas gubernamentales, medir sus responsabilidades, considerar una gran cantidad de variables que escapan al análisis tradicional del órgano judicial. Esta intervención judicial se hace en un marco de coordinación y diálogo con las autoridades demandadas. Por otro lado, si existen partes que no fueron emplazadas,

el juez deberá darles intervención, puesto que la resolución del conflicto se genera a partir de la colaboración de todas las partes o terceros que sean útiles en el desarrollo y ejecución de la política pública. **La sentencia judicial condenatoria procura no sólo declarar la afectación a los DESC sino también brindar remedios generales o estructurales para evitar su reiteración. Por lo cual, la ejecución de toda sentencia colectiva demanda flexibilidad.**

El control de la implementación de la política pública conlleva una evaluación de los resultados obtenidos, donde pueden modificarse las decisiones oportunamente acordadas y consensuadas por las partes cuando ello sea necesario. En efecto, en esta etapa se da la rendición de cuentas pero siempre dentro de un marco de diálogo institucional, donde se analizarán los avances en la concreción de las metas trazadas, las razones invocadas por las partes sobre los tiempos y formas de cumplimiento y/o incumplimientos de las responsabilidades establecidas. En esta fase, el juez deberá analizar

la razonabilidad de las justificaciones de los retrasos o incumplimientos de las partes, debiendo promover y encauzar las alternativas necesarias y útiles para lograr la ejecución de la sentencia en aras de dar satisfacción a la protección y garantía de los DESC. Esencialmente, la principal función del juez será la de ejercer un control que asegure la continuidad de la implementación de la política pública definida.

Por lo cual, podemos concluir que así como en la etapa del dictado de una sentencia condenatoria el juzgador analiza la situación reclamada por los demandantes y la respuesta estatal para determinar –previo control de constitucionalidad y convencionalidad- si existe responsabilidad ante la afectación de los DESC (rol de control judicial clásico); una vez que se dicte una sentencia condenatoria, el rol que asuma el juez será de coordinación, debiendo mediar para lograr acuerdos entre las partes al ejercer su revisión, pudiendo incluso retrotraer etapas o modificar decisiones previamente adoptadas si así lo re-

quieran las coyunturas que se presenten. Esta particularidad propia de los procesos colectivos, donde el control judicial se manifiesta en un ámbito de diálogo interorgánico e interdisciplinario, en el cual prima el consenso en la adopción de las acciones más adecuadas para alcanzar las metas establecidas en la sentencia condenatoria, vemos que se aplacan las tensiones que genera la intervención judicial en competencias propias del ejecutivo y legislativo, ajustándose al verdadero diseño trazado por las Constitución Nacional. **Es aquí donde radica el desafío de un Poder Judicial moderno, en poder encontrar un equilibrio en los términos en los cuales se desarrolla el diálogo institucional en materia de políticas públicas justiciables.**

En los procesos colectivos que versen sobre bienes colectivos o sobre intereses individuales homogéneos que producen efectos regulatorios generales, la sentencia judicial debe establecer cuáles son las competencias del órgano ejecutivo y del legislativo que deberán ser asumidas en el diseño y

ejecución de las políticas públicas. El órgano judicial intervine cuando la implementación de una política pública o la ausencia de la misma lesionan derechos fundamentales. De modo tal que, **la intervención judicial se traducirá en un diálogo democrático que se canalizará a través de un proceso judicial**, ello a fin de promover la efectiva tutela de derechos constitucionalmente reconocidos, pudiéndose fijar plazos o modalidades de control.

Conclusión: no existen cuestiones sociales no justiciables

La judicialización de los derechos sociales ha implicado que los tribunales judiciales no se limiten meramente a realizar un examen de constitucionalidad clásico, sino que se ha justificado el avance del control de constitucionalidad y de convencionalidad sobre la razonabilidad de las políticas públicas implementadas por los poderes políticos. Esto es, cuando se halle en juego la demanda de protección de un DESC, al juez ya no le bastará efectuar un análisis

normativo, sino que deberá articular un accionar judicial dialógico con los otros órganos políticos, regulando la intervención de los actores y la fijación de parámetros de acción. En definitiva, el órgano judicial ya no debe circunscribir su actuación al ejercicio de un control de constitucionalidad restrictivo (como legislador negativo) sino que se demanda que su función sea ejercida de manera constructiva (como legislador positivo), coordinando y participando de la agenda pública, contribuyendo en la configuración de aquellas políticas públicas cuando exista responsabilidad estatal por omisión constitucional. En concreto, el Poder Judicial debe construir una nueva dinámica a raíz de la cual pueda implementar esta necesaria acción institucional.

Es por ello que, **cuando estamos ante la judicialización de los DESC, nos encontramos ante una verdadera expresión de la democracia deliberativa**. En efecto, frente a los DESC: no hay cuestiones sociales no justiciables. El control de razonabilidad a cargo de los jueces permite compatibilizar la

división de poderes, la discrecionalidad política de los órganos ejecutivo y legislativo, con las necesidades mínimas de los sectores más desprotegidos cuando éstos requieran la tutela judicial en casos de desamparo.

La justiciabilidad de los derechos sociales debe estar guiada por el control y protección de la igualdad estructural de oportunidades. El proceso judicial será entonces un proceso dialógico, en el cual la intervención judicial ya no se manifestará a través de la invalidación total de una norma inconstitucional o de un decreto de la administración. Por el contrario, **en los procesos en donde estén en juego los DESC, los jueces pueden y deben adoptar medidas que promuevan el proceso de deliberación pública en vistas a asegurar una igualdad estructural de oportunidades**. Cuando la justicia se enmarca en un proceso dialógico propio de la democracia deliberativa, se desarrolla el diálogo institucional necesario para la instrumentación de políticas públicas constitucionales y convencionales inclusivas. ■



Dra. Alejandra
M. R. Algarra

*Abogada Relatora
Cámara de Apelaciones en lo Contencioso
Administrativo de Rosario*

El recurso de
inconstitucionalidad
ley 7055
y el Acta N° 29/21
de la CSJSF

Resumen

En este trabajo abordamos, en el marco del Acuerdo emanado de la Corte Suprema de Justicia santafesina Acta N° 29/21, las pautas que deben observar las presentaciones mediante las cuales se interponen tanto el recurso de inconstitucionalidad como el de queja legislados por la ley 7055. También las que debe cumplir el escrito de contestación del traslado dispuesto por el art. 4 de dicha ley.

Asimismo nos detenemos en las consecuencias que la falta de cumplimiento de tales recaudos acarrea. Brindamos, igualmente, una reseña de las exigencias que en el orden nacional prevé la Acordada 4/2007 de fecha 16.03.07 haciendo un breve parangón entre ambas disposiciones.

Por último, analizamos un reciente fallo del Máximo Tribunal local sobre el tema.

Tanto el Recurso Extraordinario Federal por ante la Corte nacional-ley nacional 48/1863- como el Recurso de Inconstitucionalidad local por ante la Corte santafesina -ley provincial 7055/1974-, revisten carácter excepcional, no constituyen una instancia ordinaria más, ni tienen por objeto sustituir a los jueces de la causa en el ejercicio de sus funciones propias.

En tal sentido se han pronunciado el Máximo Tribunal de la Nación y el de nuestra Provincia.

Así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación "ha condicionado la admisibilidad del recurso extraor-

dinario, desde sus primeras decisiones, a que la cuestión federal haya sido resuelta en forma contraria al derecho de esa naturaleza invocado por el recurrente, desde que la razón de ser de esta apelación excepcional radica en la necesidad de asegurar la supremacía de la Constitución Nacional, tratados y leyes que consagra el art. 31 de la Constitución Nacional"¹.

En el mismo sentido, tiene dicho que "la doctrina pretoriana relativa a las sentencias arbitrarias no tiene por objeto convertir a la Corte Suprema en un tribunal de tercera instancia ordinaria, sino que procura cubrir casos de naturaleza excepcional en los que notorias deficiencias lógicas del razonamiento, desaciertos u omisiones de suma

gravedad o una total ausencia de fundamento normativo impiden considerar al fallo como... 'la sentencia fundada en ley...' a que se refiere la Constitución Nacional"².

Y que "Como principio, no incumbe a la Corte Suprema juzgar en la instancia excepcional del art. 14 de la ley 48 el error o acierto de la sentencia que decide cuestiones de derecho común, con fundamentos de igual naturaleza que bastan para sustentar el pronunciamiento apelado (...), ello pues la razonable determinación de los preceptos de derecho común que deben aplicarse y regir el pleito es facultad privativa de los jueces de la causa (...)"³.

En nuestra provincia, la Corte Suprema ha expuesto que "la revisión

que compete efectuar... no es la propia de una tercera instancia ordinaria, sino que se trata de un control excepcional tendente a verificar si la sentencia satisface adecuadamente el derecho a la jurisdicción que asiste al justiciable"⁴ y que "de ningún modo puede substituir a los tribunales ordinarios en su cometido jurisdiccional y erigirse en una tercera y ordinaria instancia"⁵.

En similar orden de ideas, ha señalado que "El recurso reglado por la ley 7055 no constituye una tercera instancia ordinaria, sino que su diseño institucional está orientado a tutelar el derecho a la jurisdicción de los justiciables cuando el mismo se ve vulnerado por decisiones que ciertamente pueden verse como actos 'inconcebibles dentro de una racio-

nal Administración de Justicia', que violan sus derechos constitucionales traspasando el umbral de la mera imperfección humana"⁶.

También, que "la vía prevista en la ley 7055 no constituye una tercera instancia ordinaria ante la cual los recurrentes puedan cuestionar decisiones que estimen equivocadas según sus particulares interpretaciones, ni tiene por objeto permitir la sustitución de los jueces en ejercicio de funciones que le son privativas"⁷.

Dentro del ámbito santafesino, el 14.12.05 la Corte Suprema de Justicia por Acta 49, pto. 8, "en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 19, inciso 1) de la Ley 10.160⁸ y con el fin de asegurar un eficiente y adecuado servicio de jus-

ticia”, resolvió que “en los recursos de queja por denegación del recurso de inconstitucionalidad previsto en la ley provincial 7055, el actuario de la Cámara o Sala correspondiente, en la oportunidad prevista por el art. 357 del Código Procesal Civil y Comercial⁹ expida al recurrente nómina de las partes, abogados y jueces intervinientes”, informe que “será agregado por el recurrente junto a las demás copias que debe presentar con el recurso de queja”.

Más recientemente, por Acuerdo de fecha 17.08.21, Acta N° 29, dispuso “Reglas para la presentación de escritos ante la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe”.

Así, tanto el recurso de inconstitucionalidad ley 7055 como la contes- tación del traslado previsto en el art. 4, deberán concretarse mediante un escrito “de extensión no mayor a cuarenta páginas de veintiséis renglones, y con letra de tamaño claramente le-

gible (no menor de 12)” (punto 1).

En tanto, “el recurso de queja por denegación del recurso de inconstitucionalidad, deberá interponerse mediante un escrito de extensión no mayor a veinte páginas de veintiséis renglones, y con letra de tamaño claramente legible (no menor de 12)” (punto 2).

Respecto a las consecuencias de la presentación de un escrito que no cumpla con esos requisitos, se dispone que “previa intimación al presentante para que lo subsane en el término de 2 días hábiles, se tendrá por no presentado y se ordenará su inmediata devolución sin otro trámite” (punto 3).

Finalmente, se fija el 1 de setiembre de 2021 como punto de partida para la vigencia de las nuevas medidas (punto 4).

De los “considerandos” se extrae que las pautas establecidas se insertan en

la “senda de gestionamiento razonable de los recursos y gobernanza estratégica de datos, en pos de pragmatizar el trabajo de los profesionales del derecho y mejorar el siempre optimizable servicio de justicia brindado”.

Además, se expresa que la sistematización dispuesta “se lleva a cabo como un provechoso instrumento para permitir a los justiciables el fiel cumplimiento de los requisitos que la normativa contempla” a la vez que “evita la confección de farragosos escritos cuya extensión excesiva colisiona contra la posibilidad material de gestionar adecuadamente la tramitación de causas con mayor celeridad y dinamismo”.

Se hace hincapié por último en similar decisión adoptada por el Máximo Tribunal Nacional, “quien mediante Acordada 4/2007 reglamentó específicamente los requisitos que deben cumplir los escritos de interposición del Recurso Extraordinario

y del Recurso de Queja por denegación de aquél” y en que dicho criterio también fue seguido por diferentes Cortes y Superiores Tribunales de la República.

Sentado ello, observamos que los requisitos que establece el Acta N° 29 en el ámbito santafesino para la interposición del recurso de inconstitucionalidad y la contestación de su traslado, son similares a los dispuestos por la Corte nacional en el marco del recurso extraordinario ley 48 y de la contestación de su traslado, art. 1° Acordada N° 4/2007.

Tratándose de la queja, varía la extensión de las páginas; en el ámbito federal no puede superar las 10 (art. 4°) mientras que -como vimos- en la esfera local no puede exceder de 20.

Empero, en la esfera federal, además de los consignados en el art. 1, se precisan otros recaudos en punto a la presentación del recurso extraordi-

nario. Ellos se encuentran plasmados en los arts. 2° y 3° de esa Acordada.

El primero de ellos -art. 2°-, a través de sus varios incisos refiere a la carátula que la presentación debe contener y los datos que en ella tienen que constar. Tales datos tienen que ver -en síntesis-: con el objeto de la presentación; la carátula; el nombre de quien suscribe el escrito; domicilio constituido en la Capital Federal; el carácter del presentante o su representado; decisión recurrida; el organismo, juez o tribunal que la dictó y los que intervinieron con anterioridad; fecha de notificación; mención clara y concisa de las cuestiones planteadas como de índole federal y la cita de las normas legales que motivan la intervención de la Corte.

El siguiente -art. 3°- también en sus varios incisos puntualiza el contenido de las páginas siguientes, el que deberá exponerse en sucesivos capítulos. Estas exigencias se refie-

ren a: la demostración del carácter definitivo del decisorio; el relato de todas las circunstancias relevantes del caso relacionadas con las cuestiones invocadas como de índole federal con indicación del momento en que se presentaron, en que el recurrente introdujo el planteo y en los que lo mantuvo; la demostración del gravamen sufrido; la refutación de los fundamentos de la decisión apelada en relación con las cuestiones federales planteadas; la demostración de la relación directa e inmediata entre las normas federales invocadas y lo debatido y resuelto y de que la decisión es contraria al derecho invocado por el apelante con fundamento en aquéllas.

En cuanto a la queja, el art. 5° dispone que deberá contener una carátula en hoja aparte donde se mencione: el organismo, juez o tribunal que dictó la resolución denegatoria del recurso extraordinario; fecha de notificación de la misma; si se ha hecho uso de

la ampliación del plazo del art. 158 C.P.C.N.¹⁰ y, en su caso, si el recurrente está exceptuado de efectuar el depósito del art. 286 de igual Código¹¹. Ello, además de las exigencias previstas en los incisos a, b, d y e del artículo 2º para el recurso extraordinario federal¹².

Respecto de las páginas siguientes establece que el escrito tendrá como única finalidad refutar en forma concreta y razonada, todos y cada uno de los fundamentos independientes que den sustento a la denegación, no pudiendo introducirse cuestiones no planteadas en el recurso extraordinario.

El artículo 7º de la Acordada exige la presentación de copias simples de las actuaciones que enumera.

Los arts. 8º y 9º contienen ciertas observaciones generales relativas a las normas jurídicas citadas que no estuvieren publicadas en el Boletín Oficial de la República Argentina y a

la modalidad en que deben ser citados los fallos de la Corte.

El art. 10º establece lo que -en definitiva- se ha dado en llamar auto-suficiencia del escrito de presentación cuya fundamentación no podrá suplirse mediante la remisión a lo expuesto en actuaciones anteriores ni con una enunciación genérica y esquemática que no permita la cabal comprensión del caso.

Las consecuencias para el recurrente y/o el quejoso que incurriere en incumplimiento de alguno o algunos de los recaudos o que lo hubiere hecho de modo deficiente están previstas en el art. 11º el cual dispone que la Corte desestimarà la impugnación mediante la sola mención de la norma reglamentaria y que por tanto "las actuaciones respectivas se reputarán inoficiosas". No obstante, la norma incorpora una salvedad para el supuesto en que "según su sana discreción, el incumplimiento no

constituya un obstáculo insalvable para la admisibilidad de la pretensión recursiva". De la misma manera deben proceder los jueces o tribunales cuando denieguen la concesión de recursos extraordinarios por no haber sido satisfechos los recaudos impuestos por la reglamentación.

A nivel de la Corte nacional, encontramos diferentes pronunciamientos sobre el particular. En algunos de ellos el Tribunal, en uso de su sana discreción, consideró que alguno de los incumplimientos no constituía un obstáculo insalvable para la admisibilidad de la vía recursiva, atendiendo "a la índole de la cuestión planteada" o a la "trascendencia de la materia en examen" o de "las cuestiones debatidas".

Así, para sortear el límite de renglones por página (21.03.23, Fallos: 346:182); la falta de indicación en la carátula de las fojas de la sentencia apelada (07.03.23, Fallos: 346:150);

que en la carátula del recurso no se individualizaban las fojas en las que estaba agregada la decisión contra la que se interponía el recurso (02.08.22, Fallos: 345:634); la cantidad de renglones por hoja, “los cuales serían menos de los indicados en la reglamentación” (03.03.22, Fallos: 345:116, dictamen del Sr. Procurador Fiscal al que remitió la Corte); el límite de renglones (17.03.20, Fallos: 343:184); exceder en algunas de sus páginas el límites de 26 renglones (19.11.20, Fallos: 343:1732); el “incumplimiento de las reglas para la interposición del recurso extraordinario federal” aprobadas por la Corte..., mediante Acordada N° 4/07” (18.02.20, Fallos: 343:42); la omisión de acompañar la carátula a que hace referencia el art. 2 del reglamento (22.02.11, Fallos: 334:35).

En otros, en cambio, consideró no aplicable tal salvedad.

En tal sentido dijo que “tanto el re-

ferido recurso como la queja incumplen con las disposiciones establecidas en los arts. 1°, 2°, 3° incs. c y d, 4° de la acordada 4/2007, en especial el requisito de procedencia del recurso referido a... ser ajeno a la producción del gravamen (art. 3°, inc. c...)” y que “Tampoco se verifica en el caso el supuesto previsto en el art. 11... de la acordada 4/2007, desde que los agravios de la parte se circunscriben a cuestiones de índole procesal ajenas a esta instancia” (12.08.21, Fallos: 344:2011); y que “los requisitos establecidos en el reglamento aprobado por la acordada 4/2007 en cuanto a la extensión de los escritos de interposición del recurso extraordinario y de la consiguiente queja, no resultan irrazonables. El recurrente no ha logrado demostrar que, en este pleito los límites fijados al número de páginas y renglones o al tamaño de letra le hubiesen impedido ejercer adecuadamente su derecho de defensa; supuesto que de configurar-

se justificaría al Tribunal ejercer la atribución prevista en el art. 11 de aquel reglamento” (01.07.14, “Sprayette S.A.”).

Volviendo a la esfera santafesina, el Acta N° 29, punto 3 -como ya dijimos - dispone que para el caso de que la presentación de un escrito no cumpla con los requisitos establecidos, se tendrá por no presentado y se ordenará su inmediata devolución sin más trámite. Ello, previa intimación al presentante para que lo subsane en el término de 2 días hábiles. Se observa en este aspecto una diferencia con el orden nacional en que la Acordada 4/2007 no contempla esa posibilidad. Precisamente, con respecto a las consecuencias del incumplimiento de los requisitos de la Acordada 4/2007, señala Bianchi que “En mi opinión, la omisión en el cumplimiento de la extensión del REF o del RQ o del orden expositivo empleado en ellos, no debería dar lugar, automáticamente, al rechazo de estos

recursos, conforme establece el art. 11, sino que, antes del rechazo, se debería intimar al recurrente, dentro de un plazo razonable, a subsanar los eventuales incumplimientos”¹³ (Alberto B. Bianchi, 2023:1).

Pese a que el Acuerdo de la Corte provincial, Acta N° 29/21, es relativamente reciente, el Alto Tribunal provincial ya ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el tema¹⁴.

En la causa, frente a la Resolución de la Sala Tercera -Integrada- de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Rosario, que decidió “Hacer lugar a la objeción formulada por la actora, y por consiguiente, tener por no presentado el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la codemandada, con costas”, la misma interpuso “Recurso de Queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad”, pretendiendo “se declare mal denegado el recurso y se lo conceda (...)”.

La Corte lo rechazó. La mayoría por considerar que “la queja deducida no resulta el remedio idóneo para atacar la... resolución, ya que supone la 'denegación' de un recurso de inconstitucionalidad y, en el caso,...no se denegó un recurso de inconstitucionalidad, sino que se lo tuvo por no interpuesto”. Y además porque “aun si se tomase la decisión... como una denegación y... la queja como el remedio idóneo para impugnar”, “la recurrente, pese a la intimación que oportunamente le efectuara la Cámara para que adecue su escrito en el término de dos días conforme a los requisitos del punto 1 del Acta N° 29..., presentó nuevamente su recurso incumpliendo con el tamaño de la letra...; y frente al pronunciamiento del Tribunal que tuvo por no interpuesto el recurso..., continúa la impugnante insistiendo en que habría cumplido con el requisito mencionado, mas con ello no alcanza a rebatir ... la respuesta jurisdiccional que brindara la Sala que... se ajusta a lo dispuesto por el Acta N° 29...”.

Por su parte, el Ministro Dr. Erbetta, por sus fundamentos, coincidió con la solución propuesta. Luego de señalar que la decisión recurrida “debe equipararse a un auto denegatorio del remedio de la ley 7055 a fin de asegurar el derecho de defensa del quejoso, por lo que cabe juzgar a la... queja como el remedio idóneo para su impugnación”, consideró que el presentante “no alcanza a rebatir... la respuesta jurisdiccional que brindara la Cámara con sustento en las constancias de autos y lo dispuesto por esta Corte mediante la Acordada...”.

A modo de conclusión, cabe señalar la importancia que reviste conocer y tener muy presente este Acuerdo de la Corte Suprema santafesina, Acta N° 29 de fecha 17.08.21, dado la trascendental consecuencia que la no observancia de sus disposiciones acarrea, de lo que da cabal cuenta el precedente reseñado.

Por lo demás, si bien se trata de una

cuestión que comúnmente concierne a las Cámaras donde en general se plantea, el recurso de inconstitucionalidad no es totalmente extraño a la primera instancia, según se advierte por ejemplo en algunos supuestos de apremios¹⁵ y quiebras¹⁶. ■

CITAS

¹ Fallos, 327:5747.

² Del dictamen de la Procuración Fiscal Subrogante, al que remitió la Corte Suprema, Fallos: 329:717.

³ Voto de la DRA. ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO; Fallos 329: 646.

⁴ A. y S. T. 263, pág. 492.

⁵ A. y S. T. 238, pág. 402.

⁶ A. y S. T. 200, pág. 283.

⁷ De la disidencia de los Ministros Dres. Spuller y Gutiérrez, A. y S. T. 312, pág. 381.

⁸ El art. 19 L.O.P.J. dispone que “Compete a la Corte Suprema el ejercicio del gobierno del Poder Judicial...” y a tal fin puede “dictar los reglamentos y disposiciones que conduzcan al mejor desempeño del Poder Judicial” (inc. 1).

⁹ Es decir, en la oportunidad en que el actuario da al recurrente las copias para la queja. En efecto, el art. 8 de la ley 7055, en el marco de la queja por denegación del recurso de inconstitucionalidad, establece que “se procederá de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 356, 357 y 358” del C.P.C.C.S.F.; y precisamente, el art. 357, en el marco de la queja por denegación del recurso apelación, dispone que el actuario “dará al recurrente las copias el mismo día que le notifique la denegación”.

¹⁰ El art. 158 C.P.C.C.N. citado prevé, para las diligencias que deban practicarse fuera del lugar del asiento del juzgado o tribunal, la ampliación de los plazos en razón de 1 día por cada Doscientos (200) kilómetros o fracción que no baje de Cien (100).

¹¹ El art. 286 C.P.C.C.N. establece el depósito que debe efectuarse “Cuando se interponga recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia, por denegación del recurso extraordinario”, salvo quienes “estén exentos de pagar sellado o tasa judicial, conforme a las disposiciones de las leyes nacionales respectivas”. A estos últimos es a quien refiere la Acordada 4/2007, art. 5° inc. i).

¹² Objeto de la presentación; la carátula; el nombre de quien suscribe el escrito; domicilio constituido en la Capital Federal.

¹³ BIANCHI, ALBERTO B., “La Acordada 4/2007 de la Corte Suprema. Reflexiones críticas, comparación con el sistema de los Estados Unidos y propuestas de reforma”, La Ley 29/06/2023, 1.

¹⁴ A. y S. T. 323, pág. 407, de fecha 14.02.23.


¹⁵ C.S.J.S.F., A. y S. T. 249, pág. 255 y T. 259, pág. 276; y A. y S. T. 219, pág. 211 y T. 224, pág. 339.

¹⁶ C. S.J.S.F., A. y S. T. 235, pág. 492.

A portrait of a man with dark hair, a beard, and glasses, wearing a dark suit, white shirt, and striped tie. The background is a blurred outdoor scene with trees. An orange semi-transparent box is overlaid on the right side of the image, containing text.

Dr. Alejandro
Alberto
Fiorenza

*Relator de la Cámara de Apelaciones en
lo Civil y Comercial, Sala III de Rosario*



La importancia del arte para la educación emocional de los Magistrados

I. Introducción

Hace ya algunos años que las ciencias sociales redescubrieron las emociones, produciéndose en ellas un giro (Boucheron – Corey, 2016: 9 y 23) que siguió al lingüístico, hermenéutico y pragmático (Lordon, 2018: 8). El derecho, como ciencia social, no podía permanecer ajeno a esa transformación. De ahí el surgimiento de una nueva disciplina jurídica conocida como “Derecho y emociones”, que se enfoca en la importancia que éstas tienen realmente en el ámbito jurídico. En el seno de aquélla nació, a su vez, una sub rama que le presta especial atención a las emociones que experimentan quienes tienen a su cargo la función judicial (Brennan, 1988: 3). Porque los magistrados son seres humanos; en consecuencia, no puede negarse la influencia que las emociones ejercen sobre el razonamiento que ponen en marcha cuando deben tomar alguna decisión que finalmente se

volcará en su sentencia (Sotomayor Trelles, 2017: 185).

De ello se sigue que en la actualidad no debería bastarles a los jueces, simplemente, con una capacitación tradicional, de tipo racional y jurídica; ésta debería apoyarse y complementarse con otras disciplinas de tipo humanistas que les permita contar con herramientas que resulten útiles para comprender y evaluar sus emociones y las de los demás. Precisamente, en el presente trabajo nos proponemos efectuar una breve introducción a este nuevo campo del derecho, poniendo especial énfasis en la importancia que adquiere el lenguaje simbólico del arte para que aquéllos puedan comprender la dimensión humana que involucra su función y puedan desarrollar una capacidad empática que les permita gestionar las emociones y los sentimientos, propios y ajenos, de una manera mucho más efectiva (Musso – Enz, 2015: 101 y 102).

II. ¿De qué hablamos cuando hablamos de emociones?

En la actualidad resulta muy difícil encontrar una definición consensuada de las emociones, o una explicación de ellas que sea compartida por más de un par de autores (Palmero et al., 2006). Básicamente existen dos posiciones: una que las concibe como ajenas a la razón, es decir, como si se tratara de instintos o apetitos del cuerpo; la otra, en cambio, considera que aquéllas expresan valoraciones cognitivas que pueden evaluarse y moldearse a través de la educación (Kahan – Nussbaum, 1996)¹.

Tradicionalmente se ha optado por la primera. Se ha visto a las emociones como energías o impulsos de carácter animal, ciegos e incontrolables, que no tienen conexión alguna con nuestros pensamientos; y si la tienen, en todo caso, se trata de una relación tirante, porque aquéllas afectarían a la razón, al tiempo que ésta intentaría controlarlas². Visión que

ha sido compartida -también- por la doctrina jurídica tradicional, en la medida que ha permanecido devota a la idea de una esfera cognitiva separada de toda emoción³. Esta pretensión de insularidad del derecho, al igual que la reticencia de aprender de otras disciplinas, obedece a la amenaza que todo aquello supone para un universo jurídico basado en normas categóricas y en la predicción de resultados.

Sin embargo, con el paso del tiempo se fueron realizando toda una serie de investigaciones, en diversas disciplinas tales como la psicología, la filosofía, la antropología y la neurociencia, a partir de las cuales se llegó a la conclusión de que emoción y razón actúan -en realidad- en forma conjunta. Se ha llegado a decir, incluso, que las emociones forman parte del razonamiento humano, porque tienen componentes cognitivos (Solomon, 2003). En otras palabras, se considera que las emociones son estados o fenómenos mentales (González

Lagier, 2020: 39 y 40), al igual que las percepciones, las sensaciones, las evocaciones, las fantasías, o los sueños (Wollheim, 2006: 24).

En esta corriente encontramos, por ejemplo, a Adam Smith, fundador de la economía moderna, quien “no creía que la racionalidad ideal estuviera desprovista de emoción. Por el contrario, consagró gran parte de su carrera a desarrollar una teoría de la racionalidad emocional, convencido de que el papel rector de ciertas emociones constituía un ingrediente esencial de la racionalidad pública (Nussbaum, 1997: 108 y ss.). También a Benjamín Cardozo, Juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, que ya reconocía, hace muchos años, el influjo de las emociones a la hora de dilucidar las consideraciones y motivos que determinan las decisiones judiciales⁴. En igual sentido Richard Posner, uno de los académicos más reconocidos en el campo del análisis económico del derecho, cuando considera que las emociones

pueden jugar un rol importante en la toma de decisión de un juez⁵.

Fue sobre la base de esta nueva visión que se construyó la disciplina jurídica conocida como “Law & Emotion”, cuyo objetivo central consiste en iluminar un aspecto del razonamiento legal que ha sido dejado de lado por la doctrina tradicional, como consecuencia de haber aceptado pacíficamente la posición de quienes defienden la estricta separación entre racionalidad y emoción; olvidando que son personas de carne y hueso, que se emocionan y tienen sentimientos, las que interpretan y aplican las normas jurídicas⁶.

Debe quedar claro, entonces, que las emociones, bien entendidas, “no son excluyentes de la razón, sino compatibles con un concepto más amplio y satisfactorio de la misma” (Sotomayor Trelles, 2017: 185). Es por ello que se las debe tomar en cuenta siempre que se pretenda teorizar sobre algún proceso de razonamiento,

incluido el judicial. Porque si se tomara consciencia de que los humanos somos -en realidad- seres emocionales que razonan (López Rosetti, 2018), se podría llegar a entender que es imposible mantener la razón separada de la emoción; e incluso se podría advertir que ello es indeseable, porque cuando ambas actúan conjuntamente habilitan percepciones y reacciones más veraces y precisas, que, en definitiva, conducen a mejores decisiones (Bandes, 1999: 7; Bachrach, 2022).

III. ¿Cómo pueden sesgar las emociones a la decisión judicial?

Todo lo señalado en el apartado anterior nos lleva a la necesidad de aceptar la existencia de los llamados “sesgos emocionales”, esto es, ciertos efectos que se producen a nivel cognitivo, como consecuencia de las propias emociones, muy difíciles de evitar, aun cuando seamos cons-

cientes de ellos, que llevan a una desviación en el procesamiento de la información que termina afectando las decisiones que se toman, ya sea de manera positiva o negativa (Bachrach, 2022).

Lo primero ocurre cuando las emociones le permiten al magistrado dilucidar factores que podrían pasar fácilmente desapercibidos bajo la cultura racionalista o formalista del derecho moderno (Pillsbury, 1999)⁷. Porque a partir de aquéllas se puede adquirir una perspectiva completa de los asuntos humanos, que seguramente se le escape a un intelecto cien por ciento calculador, como el que algunos suponen que deberían tener los jueces. Si éstos se abstraen totalmente de sus emociones y no emplean nunca su imaginación para ponerse en el lugar de los demás, se vuelven miopes frente al impacto diferenciado que ciertas situaciones o circunstancias pueden generar en estas personas, lo que -en definitiva- les impediría avizo-

rar y comprender el contexto de las mismas en toda su riqueza y matices (Nussbaum, 1997: 102)⁸.

Pero las emociones también pueden afectar la decisión de los jueces en forma negativa. Por ejemplo, cuando se ven inclinados a fallar a favor o en contra de una de las partes del proceso porque sienten hacia ellos algún tipo sentimiento, como podría ser el caso de la simpatía o la antipatía⁹. De ahí que los códigos de rito prevean la excusación y la recusación, como mecanismos con los que cuentan los magistrados y las partes destinados a evitar que los primeros incurran en parcialidad judicial. Lo óptimo sería que aquéllos asuman un punto de vista tanto imparcial como empático, esto es, por más contradictorio que pueda parecer *prima facie*, una posición a partir de la cual se puedan “poner en los zapatos” de cada una de las partes, pero sin dejar de lado su imparcialidad en la decisión final, (Ancí & Sotomayor, 2017, p. 202)¹⁰.

El problema está en que si bien estos sesgos emocionales de los que se viene hablando suelen surgir en forma natural, también es posible lograr su aparición en forma intencionada, forzada, incluso por terceras personas. Hoy en día se reconocen ciertas estrategias jurídicas y extrajurídicas que pueden llevarse a cabo para incidir sobre la percepción emocional del magistrado y afectar, con ello, su imparcialidad a la hora de tomar una decisión (Carrillo Santarelli, 2017: 70). Lo que se busca en tales casos no es otra cosa más que embaucar a los jueces; hacerlos caer como “incautos emocionales”¹¹. Porque aun cuando pueda creerse que quienes ejercen la función judicial invariablemente toman las mejores decisiones, lo cierto es que si examinamos las sentencias reales que se dictan a diario, encontraremos que en una notable medida se los hace caer como incautos. Es decir, que sus actitudes y percepciones en torno a la realidad y los conflictos que les

toca resolver pueden llegar a verse afectados por algún discurso o narrativa de las partes que cuente con un cierto nivel de carga emocional destinado precisamente a lograr ese efecto.

Debe aceptarse, entonces, que los jueces suelen obrar bajo cierto influjo emocional, tanto al interpretar, aplicar o invocar el derecho, como al decidir los problemas jurídicos que son de su conocimiento (Carrillo Santarelli, 2017: 70); lo que está perfecto, porque es totalmente natural dada su condición de seres humanos. El problema surge cuando aquel sesgo termina afectando la imparcialidad que es dable exigir a todo magistrado¹²; especialmente cuando el mismo aparece como consecuencia de algún tipo de manipulación que es producto de la actuación que desarrollan las partes, o sus apoderados, en el marco del proceso, aprovechándose -justamente- de tal debilidad¹³.

IV. ¿Qué se puede hacer al respecto?

Los jueces pueden protegerse de la manipulación sentimental, como así también “de las prisiones y tiranías en las que en muchos casos se convierten nuestras emociones y sentimientos” (Salmurri, 2004: 25), a través de la llamada “educación emocional” (Bachrach, 2022). Ésta “tiene básicamente una función preventiva y mejoradora de los estados emocionales mediante el aprendizaje, entrenamiento y práctica de recursos y estrategias para amortiguar y minimizar las emociones excesivas” (Salmurri, 2004: 32 y 33)¹⁴. Contribuye, asimismo, a lograr mayor empatía, esto es, a ejercitar una capacidad que permite ver el mundo como lo ven y lo sienten los demás, que invita a abstenerse de los propios sentimientos, necesidades y valores, para sumergirse en el mundo subjetivo de los otros.

La empatía se muestra, así, como un mecanismo que si bien está vincula-

do con las emociones, en el sentido de que muchas veces las acompaña y es importante para ellas, en sí mismo no es una emoción. En realidad se constituye como una especie de coto de racionalidad (desde lo cognitivo) a la emoción. Porque si bien “remite a la aprehensión emocional y cognoscitiva de la experiencia de los demás”, lo hace “tomando distancia tanto de la simpatía, que es emocional y experimental desde el mismo sujeto, como de la identificación, en tanto las experiencias y percepciones no son propias” (Ottaviano, 2021).

A partir de esta concepción puramente cognitiva¹⁵, se puede visualizar a la empatía como “la habilidad, la sensibilidad, para tener presentes las emociones, los sentimientos y las necesidades de los demás” (Salmurri, 2004: 153). Lo que resulta sumamente importante para todos aquéllos que tienen que tomar decisiones que incumben a otras personas -como es el caso de los órganos

judiciales- porque les permitirá llevar a cabo una suerte de autocontrol emocional¹⁶, que, según el caso, “puede consistir tanto en resistirse a las pasiones negativas como en ‘dejarse llevar’ -en la medida adecuada- por las emociones correctas, evitando su exceso” (González Lagier, 2020: 56). De modo tal que “no habría razones para temer su presunta amenaza contra la imparcialidad. Más bien lo contrario: así entendida, la empatía sería condición de posibilidad de la imparcialidad” (Samamé, 2016: 7).

Con todo esto se logra apreciar la importancia que adquiere la empatía para el mejor ejercicio de la función judicial¹⁷, en la medida que con ella se logra un equilibrio entre la pura emoción y la pura razón. Lo que deviene fundamental, porque si bien es cierto que “un grado razonable de distanciamiento frente al objeto es necesario para que el juicio sea ecuánime”, también lo es que “prescindir totalmente de la imaginación y las emociones conlleva a

sentencias probablemente injustas” (Sotomayor Trelles, 2017: 163)¹⁸. Con la empatía, precisamente, se alcanza un punto de vista impersonal desde el cual se pueden tener en cuenta las diferentes perspectivas individuales involucradas en la cuestión que se espera resolver (Nagel, 1991: 10-16); pero sin involucrarse al punto de correr el riesgo de perder imparcialidad¹⁹.

En conclusión, la interpretación y aplicación de la ley que llevan a cabo quienes ejercen la función judicial requiere necesariamente de algún grado de empatía; éstos deben ser sensibles a las perspectivas de las diferentes personas cuyos intereses son o pueden llegar a ser afectados por las decisiones que toman en sus sentencias. Porque de lo contrario, esto es, si aquella interpretación y aplicación se hace -en definitiva- sobre la base de una lectura “estricta” o “formalista”, lo más probable es que el resultado termine siendo injusto (Deigh, 2011: 79)²⁰.

V. ¿Se puede entrenar la empatía?

La empatía, como vimos, es una facultad esencialmente cognitiva que, como tal, puede practicarse y aprenderse²¹. Al efecto, resulta muy importante la conciencia de uno mismo, porque “cuanto más conscientes y conocedores de nuestros propios sentimientos y emociones seamos, más hábiles en comprender los de los demás seremos” (Salmurri, 2004: 153). Ésto depende, a su vez, de nuestra inteligencia emocional, que es precisamente la habilidad para percibir, integrar, comprender, asimilar y regular las emociones, tanto propias como ajenas²².

En el particular caso de los jueces se va a precisar de una formación que no pierda de vista el contexto emocional que rodea los problemas humanos que incumben al mundo del derecho. Una formación que además de conocimientos específicamente jurídicos o metodológicos, también les brinde herramientas por medio de las

cuales puedan reconocer y templar sus propias emociones; porque sólo sobre esta base podrán comprender -luego- las repuestas emocionales de esas otras personas que revisten el carácter de parte en los conflictos en los que deben intervenir y en los que asumen -además- la difícil tarea de adoptar una decisión que resulte lo más justa posible.

Se trataría, en resumidas cuentas, de que los magistrados también reciban algún tipo de entrenamiento personal a partir del cual trabajen con sus creencias, prejuicios y distorsiones cognitivas, y a partir de ello aprendan a utilizar sus emociones de manera más efectiva; esto es, poniendo la razón a su servicio para enriquecer, con ello, la importante función que desempeñan. Porque de esa manera sus sentimientos y emociones se volverán -seguramente- más estables y su estado de ánimo menos variable; en otras palabras, contarán con las herramientas necesarias para evitar perder el

control con facilidad, especialmente a la hora de tomar una decisión en el marco del proceso judicial.

Queda claro, de este modo, que la empatía puede aprenderse y entrenarse por medio de esa misma educación emocional a la que ya se hizo referencia en apartados anteriores²³, a través de la cual los magistrados pueden llegar a colocarse en una posición que se ha calificado como de “disociación instrumental”, esto es, una actitud que les permita identificarse con lo que sienten las personas involucradas en su decisión, al tiempo que mantienen -en paralelo- una cierta distancia de éstas que los ayudará a observar el problema con mayor objetividad e imparcialidad (Funes, 2022: 178).

VI. ¿Qué tiene que ver el arte con todo esto?

Una de las maneras en que se puede entrenar la inteligencia emocional y

fomentar, así, la empatía es, precisamente, a través del arte; sea practicándola o bien contemplándola²⁴. Porque el arte puede considerarse como una actividad de transmisión o inspiración de cierto tipo de emociones (Tolstói, 1996), que suelen denominarse “estéticas”²⁵, y que -al igual que cualquier otra emoción- “pueden incrementar o activar nuestra empatía” (Carrillo Santarelli, 2017: 67), sobre todo cuando provienen de imaginarse y colocarse en la situación de otro²⁶.

La ficción, por ejemplo, “nos lleva hacia una diversidad de experiencias emocionales. Nos ayuda a conectar con nuestra parte interna y desarrollar nuestra inteligencia emocional” (Pazmiño, 2019: 19 y 20). Porque quien lee una novela, mira una película o presencia una obra de teatro, podrá entender y compartir las emociones que experimentan los personajes creados por el autor de aquéllas, desarrollando así su inteligencia emocional. Se le permite al lector o es-

pectador participar, a través de la imaginación empática, en la vida esos personajes, para comprender mejor su situación²⁷. Así, se volverán “más empáticos, más tolerantes ante lo diferente, porque podrán ponerse en la piel de los demás y leer su mente” (Brierley, 2014: 111).

Nussbaum recuerda, en ese sentido, que Adam Smith “utiliza la lectura literaria (y la contemplación de obras dramáticas) para ilustrar la postura y las emociones del espectador juicioso²⁸. (...) Su importancia deriva del hecho de que la lectura es, en efecto, un sucedáneo artificial de la situación del espectador juicioso, y nos conduce de manera grata y natural a la actitud que cuadra al buen juez (...). Al leer somos participantes interesados y preocupados, (...), en cierta medida nos identificamos con ambos, pero carecemos de la confusa intensidad emocional que se produciría si ésas fueran nuestras propias vidas. Ello también significa que no adoptamos una posición prejuiciosa

(...), precisamente porque al mismo tiempo somos ambos y ninguno”; de modo tal que se “carece de la parcialidad del participante interesado” (Nussbaum, 1997: 110).

Todo esto es de suma importancia para la función judicial, porque permite apreciar lo útil que puede resultar cualquier tipo de experiencia artística como herramienta destinada a mejorar “el proceso de razonamiento legal” (Posner, 2009: 99-137); ya sea que se trate de la literatura, el cine, el teatro²⁹, o cualquier otro tipo de arte³⁰, porque lo cierto es que “desde los cuadros, hasta las esculturas, las piezas de música y también la danza, todas las artes transmiten emociones” (Ivcevic, et al., 2014: 20), amén de la importante función lúdica y de entretenimiento que también cumplen³¹.

VII. Conclusión

A los humanos, en general, y a los hombres de derecho, en particular,

incluidos los que ejercen la función judicial, les gusta decir que son seres racionales, como si eso los pusiera por encima del resto de los animales o hasta de la naturaleza misma, pero lo cierto es que son más emocionales que racionales. De ello se siguen dos consecuencias: por un lado, que los Jueces, al igual que todos los seres humanos, se convierten en potenciales “incautos emocionales”; por el otro, y a pesar de esto último, debe resaltarse el hecho de que aquéllos cuentan -también- con las herramientas cognitivas necesarias para evitar ser “pescados”, especialmente cuando tienen que tomar alguna decisión que terminará plasmándose en sus sentencias³².

Entre esas herramientas se encuentra la empatía, capacidad intelectual que favorece la imparcialidad judicial y lleva -seguramente- al dictado de sentencias más justas, porque permite “percibir correctamente la experiencia de otra persona y, por tanto, tener presentes sus senti-

mientos, emociones y necesidades” (Salmurri, 2004: 52)³³.

La experiencia artística, a su vez, puede favorecer la inteligencia emocional y contribuir, con ello, al desarrollo de la mentada empatía. Porque aquélla ayuda al juez a “conectar con su interior y así sentir, escuchar y conocer mejor sus emociones” (Lorenzo de Reizábal, 2022)³⁴, desde lo cual permite acceder, también “a formas de vida y experiencias ajenas que de otra manera no se podrían conocer” (Sotomayor Trelles, 2017: 185 y 186).

En definitiva, de lo que se trata es de humanizar la figura de los jueces, cuestionando el rol que nuestra cultura jurídica les ha reconocido tradicionalmente. Porque como bien dijera Martha Minow y Elizabeth Spelman: solamente si abrimos la imagen del juez para incluir las diversas piezas de la persona humana que han sido desterradas de la imagen judicial en el pasado, lograremos apreciar las pasiones, dudas, esperanzas y mie-

dos que afectan a las personas reales que se ocultan detrás de aquel cargo (Minow - Spelman, 1988: 76). ■

CITAS

¹ También podría mencionarse una tercera que engloba a las dos posiciones referidas, ya que concibe a las emociones como estados mentales mixtos, que se componen tanto de una dimensión cognitiva como de una sensorial (González Lagier, 2020: 47).

² Platón expone en el Fedro que las emociones son como caballos descarriados que deben ser controlados por el auriga, representado por la razón.

³ Fuller, por ejemplo, dejaba de lado todo elemento emocional que pudiera llegar a incidir en la decisión. Según él, todo aquello que no provenía de hechos empíricos, de implicancias lógicas o de implicancias de propósitos compartidos, “no es y no puede ser un elemento ‘racional’; su origen debe estar en un ‘sentimiento’; no en la ‘razón’” (Fuller, 1978).

⁴ Llegó a decir que *“en cada uno de nosotros hay una corriente de tendencia (...) que otorga coherencia y dirección al pensamiento y a la acción. Los jueces no pueden escapar a esa corriente más que cualquier otro mortal. Durante sus vidas, fuerzas que no pueden reconocer ni nombrar, han tirado de ellos -instintos heredados, creencias tradicionales, convicciones adquiridas-; y el resultado es una visión de la vida, una concepción de las necesidades sociales, (...) que, cuando se equilibran cuidadosamente con razones, son las que determinan dónde caerá una decisión”* (Carozo, 1921: 2).

⁵ Aclara él que ello es así aun cuando la mencionada influencia se oculte -luego- a través del requerimiento de fundamentación, porque lo cierto es que el juez termina comunicando su decisión como si fuese el producto de un razonamiento puramente analítico. Se ha dicho, sobre el particular, que la función de las emociones se limita a la motivación de la decisión judicial, porque en lo que respecta a su justificación posterior, se lleva a cabo de la mano de la más pura argumentación racional, entendida la racionalidad en el sentido clásico (Posner, 2006: 86). De modo que las emociones serían primarias y las ex-

plicaciones, luego, intentan ponerle palabras (Raspall, 2018: 32).

⁶ En el caso de los jueces, particularmente, será preciso reconocer la influencia que pueden ejercer sus gustos, predilecciones, prejuicios, intuiciones, emociones, hábitos y convicciones, sobre el razonamiento que ponen en marcha a la hora de sentenciar, aun cuando se pretenda afirmar que éste es absolutamente objetivo e impersonal.

⁷ Esto es importante, porque *“la emoción ocupa un rol fundamental en la conducta humana (...), y es evidente que siempre se actúa bajo la influencia de emociones; en cada posición o reclamo de una de las partes en un conflicto, siempre hay una emoción latente”* (Katz, 2003).

⁸ Están, en efecto, quienes afirman que los jueces deben ser neutros y transparentes como un espejo; que deben dictar sus sentencias con asepsia frente a los sentimientos y emociones de las partes. Pero esto no es así. Por el contrario, deben estar atentos no solo a las emociones de los justiciables, sino también a las suyas propias, esto es, a sus reacciones emocionales y afectivas, en

orden a tratarlas y gestionarlas con la mayor eficacia posible (Funes, 2022: 177).

⁹ La simpatía supone cierta inclinación afectiva de una persona hacia otra, en virtud de la cual se desea que a la misma le sucedan cosas buenas; mientras que la antipatía constituye un sentimiento de aversión, repulsa o rechazo que se experimenta hacia alguna persona, su actitud o comportamiento, que hace desagradable su presencia y lleva a no desear que las cosas le salgan bien. Cuando el Juez siente simpatía por una de las partes termina perdiendo el equilibrio que caracteriza a la empatía y se torna parcial; a raíz de identificarse con ella se siente impulsado a resolver a su favor. Se produce, en consecuencia, una inclinación emocional para con una de las partes, en desmedro de la otra, que necesariamente afecta a la imparcialidad.

¹⁰ Ello se logra -como veremos- a partir de la empatía cognitiva, porque a través de ella se puede pensar en las emociones de otros sujetos sin experimentarlas directamente. Este tipo de empatía *“debe ser producto de una proyección imaginativa por la cual quien empa-*

tiza imagina cómo se sentiría un ser humano razonable si estuviese en la situación del sujeto bajo análisis. La versión de empatía cognitiva que aquí se defiende, entonces, es tanto situacional como dependiente de un estándar de ser humano razonable” (Sotomayor Trelles, 2017: 171 y 172). Con la simpatía, en cambio, “se produce un contagio emocional, de modo que quien la experimenta no sabe bien cuáles son sus emociones y cuáles las del otro, perdiendo así objetividad” (Musso – Enz, 2015; 101).

¹¹ Desde la economía conductual se explica que “un ‘incauto’ es alguien que, por cualquier motivo, es exitosamente embaucado. Hay dos clases de incautos: psicológicos e informacionales. Los incautos psicológicos (...) se clasifican en dos tipos. En un caso, las emociones de un incauto psicológico se imponen a los dictados de su sentido común. En el segundo, los sesgos cognitivos, que actúan como ilusiones ópticas, le hacen malinterpretar la realidad y actúa sobre la base de esa mala interpretación. A los primeros se los llama ‘incautos emocionales’, mientras que a los segundos ‘incautos cognitivos’; y en ese mismo marco, se habla de “phishing”, aunque “creando un nuevo (...) significado para la palabra ‘phish’”, porque tiene que ver con “conse-

guir que la gente haga cosas según el interés del pescador pero no según el interés del objetivo. Es sobre pescar con caña, sobre dejar caer un señuelo artificial en el agua y sentarse a esperar mientras los peces precavidos van pasando, cometen un error y son atrapados. Hay tantos pescadores y son tan ingeniosos en la variedad de sus señuelos que, por las leyes de la probabilidad, todos somos atrapados más pronto o más tarde, sin importar lo precavidos que intentemos ser. Nadie está exento” (Shiller – Akerlof, 2016: 21 y 22).

¹² Porque los jueces no deben identificarse con una parte o con la otra; deben ser capaces -más bien- de entender los intereses y las pasiones de ambas (Solum, 2003: 196).

¹³ La manipulación es una forma de hacer que el “incauto” tome una decisión que es en beneficio del “pescador” (Shiller – Akerlof, 2016: 353). Muchas personas intuitiva o espontáneamente cuentan con una cierta destreza para argumentar de modo tal que generan simpatía en los destinatarios de sus palabras; pero también hay otras que entrenan esas destrezas, esas técnicas o artimañas destinadas, en última instancia, a convencer a un órgano judicial, convirtién-

dolo en un “incauto psicológico”. Estas últimas vendrían a ser los “pescadores”.

¹⁴ Se compone de ciertas “estrategias, habilidades, técnicas y valores que pudieran servir para el cambio y la mejora emocional de los seres humanos”; porque “la influencia de lo exterior es mayor cuanto menor es la educación emocional”; es decir, que en virtud del analfabetismo emocional del que muchas veces padecemos “somos influenciables”, y por ello “nos hace falta una mayor y mejor educación emocional” (Salmurri, 2004: 25, 54 y 55).

¹⁵ La empatía, se ha dicho, “es de carácter exclusivamente cognitivo” (González Lagier, 2020: 60).

¹⁶ En este punto es importante destacar que “con frecuencia suele confundirse el autocontrol emocional con la represión de las emociones al estilo de ‘los hombres no lloran’. Nada más lejos de la realidad, pues las emociones están ahí, tan humanas y naturales en el individuo. Disponer de un buen autocontrol emocional implica estabilidad” (Salmurri, 2004: 38).

¹⁷ Se ha dicho, en este sentido, que “la empatía debe contar entre los rasgos de carácter del juez”,

porque “la empatía juega un rol esencial en la consecución de veredictos justos” (Samamé, 2016: 4); que “el punto de vista empático es una condición fundamental para que una decisión jurídica sea imparcial” (Sotomayor Trelles, 2017: 168).

¹⁸ De adoptarse la pura racionalidad, podría incurrirse en lo que se ha denominado “injusticia hermenéutica”, es decir, una decisión que deviene injusta a raíz de que el intérprete -en nuestro caso el órgano judicial- presenta una insuficiencia de recursos interpretativos y lingüísticos para dar cuenta de las experiencias vividas por las partes (Fricker, 2007: 1 y ss.).

¹⁹ Porque la empatía exige siempre, “tras haber logrado una comunión afectiva, el ‘distanciamiento’ respecto del otro, a fin de evaluar objetivamente la situación y poder decidir y actuar adecuadamente” (Musso – Enz, 2015; 101).

²⁰ Como dice un reconocido Juez de la ciudad de Rosario: es necesario aplicar el derecho con la mirada puesta en el otro, con las “patas” en el barro, esto es, poniéndose en los zapatos de aquéllos que acuden a la justicia, conociendo en la mayor medida posible sus tristezas, miserias, mezquindades, dolores,

angustias, lágrimas, perversiones, virtudes y alegrías (Molina, 2018). Están, incluso, quienes asientan la idea de justicia en la de empatía, y hacen depender la primera de la segunda, afirmando que las leyes, instituciones y costumbres sociales sólo pueden ser justas en la medida en que reflejen un cierto concernimiento empático de parte de aquellos encargados de promulgarlas y aplicarlas (Slote, 2010: 125).

²¹ Es de tener en cuenta que “si bien todos los seres humanos poseen la capacidad innata de sentir empatía, ésta puede optimizarse, a través de su ejercitación y mayor comprensión” (Musso – Enz, 2015; 101). Además, “el aprendizaje y el entrenamiento de ciertas estrategias, habilidades y técnicas cognitivas, conductuales, de autocontrol emocional (...) es eficaz (...), tanto en la población infantil como en la adulta” (Salmurri, 2004: 32).

²² La inteligencia emocional trata de “una serie de habilidades que nos permiten reconocer tanto nuestras sensaciones como las de los demás”, y que resultan fundamentales para “hacer un uso efectivo de las emociones, saber identificarlas y reconocerlas” (Collado – Cadenas, 2013: 198).

²³ La mencionada educación emocional “tie-

ne como objetivo dotar al individuo de recursos y estrategias conductuales, cognitivas, emocionales y de interacción social, que le permitan tener un mayor control de la presión, interna y externa (...). Cuando hablamos de aprender y practicar una mejor educación emocional hacemos referencia a disponer de una autoestima más alta, de un buen autocontrol, tanto de la conducta como de las emociones” (Salmurri, 2004: 32).

²⁴ Se dice que “muchas de las emociones más complejas y sutiles se generan al participar en la creación o en la contemplación de una obra de arte” (Calderón, et al., 2020: 88); y que “el arte puede contribuir de manera excepcional al desarrollo de la inteligencia emocional” (Lorenzo de Reizábal, 2022).

²⁵ Dichas emociones son similares al resto de experiencias vitales, aunque generalmente de forma vicaria (Vigotsky, 1972).

²⁶ El arte permite a las personas ejercitar con las denominadas “emociones estéticas” en un contexto imaginario, sin consecuencias inmediatas (Lima, 2004).

²⁷ Actitud que sería equivalente a la que

debiese tener todo buen juez (Nussbaum, 1997: 108-110).

²⁸ Adam Smith hablaba del “espectador juicioso” en la teoría del sentimiento moral, donde señala que se caracteriza porque no participa directamente de los hechos, aunque se interesa por los participantes como un amigo preocupado; y al no participar directamente de los hechos, puede escrutar la escena con el distanciamiento mínimo necesario para la imparcialidad” (Nussbaum, 1997: 109 a 114).

²⁹ En relación a este último, no podemos dejar de mencionar las obras “¿Cuánto tiempo es un tempito?” y “La decisión de Pablo”, que se vienen poniendo en escena desde hace ya algunos años en diferentes localidades del país. Las mismas están protagonizadas por jueces, secretarios, relatores, defensores y empleados del Poder Judicial de la Nación y la provincia de Santa Fe, que forman parte del Proyecto Pedagógico “El tempito”, comandado por el Juez de Cámara de la ciudad de Rosario, el Dr. Marcelo Molina. De la labor de este último se ha dicho: “sabemos que las leyes son la sombra de la Justicia, pero el espíritu de la interpretación de la Justicia queda a partir de la empatía que los jueces

puedan lograr por esa realidad, y Marcelo lo ha demostrado con actitud, no solo a través de sus obras, sino a través de sus libros” (Rueda, 2022).

³⁰ Se reconoce, en general, que “todo tipo de expresión artística nos abre la puerta al mundo de las emociones” (Pazmiño, 2019: 20).

³¹ Es preciso reconocer “la cualidad emotiva del arte”, porque lo cierto es que “el arte es mucho más que una experiencia estética” y tiene un claro y evidente “poder de transformación de las personas” (Lorenzo de Reizábal, 2022).

³² Tales herramientas les sirven como una suerte de protección frente a los excesos emocionales. Les permite identificar los discursos con cargas emotivas, para no aceptarlos automáticamente, de modo tal que generen simpatía e influyan sobre la decisión inclinándola hacia las pretensiones de una de las partes por esa sola razón.

³³ Los problemas humanos se solucionan aprendiendo; es decir, “aprendiendo nuevos repertorios. (...). De ello se trata cuando hablamos de educación emocional: de cambiar”; porque “el objeto de la educación es formar

seres aptos para gobernarse a sí mismos, y no para ser gobernados por los demás” (Salmurri, 2004: 30 y 31).

³⁴ Un estudio demuestra, incluso, “la capacidad del arte para transmitir emociones en personas adultas universitarias”, en la medida que “confirma la pertinencia del arte como herramienta para el autoconocimiento y la introspección” (Lorenzo de Reizábal, 2022).

BIBLIOGRAFÍA

- ANCI, NOEMÍ - SOTOMAYOR, JOSÉ E., “El problema de los empates ponderativos de derechos fundamentales en la Teoría de Robert Alexy: dos propuestas de solución”, UBIJUS, México, 2017.
- BACHRACH, ESTANISLAO, “El cerebro y la delgada línea entre el sesgo emocional y la razón”, entrevista realizada por JORGE FONTEVECHIA, *Diario Perfil*, perfil.com, 20/09/2022, consultado en <https://www.utdt.edu>
- BANDES, SUSAN A. “The passions of law. Nueva York”, University Press, New York, 1999.

- BOUCHERON, PATRICK - COREY, ROBIN, "El miedo: historia y usos políticos de una emoción", Capital Intelectual, Buenos Aires, 2016.
- BRENNAN, WILLIAM J., "Reason, passion, and the progress of the law", Cardozo Law Review, 10 (1-2), 1988.
- BRIERLEY, DAVID L., "Literatura", Revista Fundación Botín, 2014, pp. 106-121.
- CALDERON, DIEGO, et al., "Emociones en la experiencia artística", Arts Educa 25, enero de 2020, ISSN 2254-0709, pp. 85-101.
- CARDOZO, BENJAMIN, "The nature of the judicial process", Yale University Press, New Haven, 1921.
- CARRILLO SANTARELLI, NICOLÁS, "La influencia 'artística' de las emociones y la empatía en el contenido, la interpretación y la efectividad del derecho internacional", Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XVII, 2017, pp. 65-111.
- COLLADO, DIEGO - CADENAS, CRISTINA, "Educación de las emociones. ¿Un reto?", Emotion. Revista de Educación, Motricidad e Investigación, (1), pp. 196-211.
- DEIGH, JOHN, "Empathy", Justice and Jurisprudence. The Southern Journal of Philosophy, 49, 2011.
- FRICKER, MIRANDA, "Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing", Oxford University Press, Oxford, 2007.
- FULLER, LON, "The forms and limits of adjudication", Harvard Law Review 92, 1978, p. 380.
- FUNES, MARÍA G., "Las emociones del mediador", Astrea, Buenos Aires, 2022.
- GONZALEZ LAGIER, DANIEL, "Emociones sin sentimentalismo. Sobre las emociones y las decisiones judiciales", Palestra, Lima, 2020.
- Ivcevic, Zorana, et al., "Arte, Emociones y Creatividad", Revista Fundación Botín, 2019, pp. 6-25.
- KAHAN, DAN M. - NUSSBAUM, MARTHA C. "Two conceptions of emotion in criminal law", Columbia Law Review 96(2), 1996, pp. 273-279.
- KATZ, FLORA M., "Las emociones en la mediación", DJ 2003-1, 582.
- LORDON, FRÉDÉRIC, "La sociedad de los afectos", Adriana Hidalgo, Buenos Aires, 2018.
- LORENZO DE REIZÁBAL, MARGARITA, "El arte como generador de emociones: estudio de ocho narrativas de estudiantes de posgrado", Revista Humanidades, vol. 12, núm. 2, Universidad de Costa Rica, Costa Rica, 2022.
- MINOW, MARTHA - SPELMAN, ELIZABETH, "Passion for justice", Cardozo Law Review, 10 (1-2), 1988.
- MOLINA, MARCELO J., "Las 'patas' en el barro, las manos en la Constitución", La Capital, 28/09/2018, en <https://www.lacapital.com.ar/opinion/las-patas-el-barro-las-manos-la-constitucion-n1681453.html>.
- MUSSO, CARLOS G. - ENZ, PAULA A., "El arte como instrumento para el desarrollo de la empatía", Arch Argent Pediatr 2015; 113(2): pp. 101-105.
- NAGEL, THOMAS, "Equality and Partiality",

Oxford University Press, Oxford, 1991.

- NUSSBAUM, MARTHA C., “Justicia poética”. Editorial Andrés Bello, Santiago, 1997.
- OTTAVIANO, LORENA, “Counseling Jurídico. Un nuevo abordaje para el ejercicio del rol profesional”, publicado el 02/06/2021 en el Dial, cita: DC2E12
- PALMERO, FRANCESC, et al., “Certezas y controversias en el estudio de la emoción”, Revista Electrónica de Motivación y Emoción, 9(23-24), 2006, pp. 1-25.
- PAZMIÑO, MARÍA BELÉN, “El arte en el desarrollo emocional”, Revista Para el Aula, IDEA, Edición N° 29, 2019, pp. 18-20.
- PILLSBURY, SAMUEL H., “Harlan, Holmes, and the Passions of Justice”, en BANDES, S. (de), “The passions of law”, New York University Press, New York, pp. 331-345).
- POSNER, RICHARD C., “Law and Literature”, Harvard University Press, Cambridge, 2009
- Posner, Richard, “The role of the judge in the

twenty-first century”, Boston University Law Review, 86, 2006

- RASPALL, LUCAS, “Un juguete llamado mente 2: cambiar el disfraz”, Homo Sapiens, Rosario, 2018.
- RUEDA, SUSANA, en “La obra teatral ‘¿Cuánto tiempo es un tiempito?’ se presentó en el Concejo”, del 18/03/2022, consultado en <http://www.concejorosario.gov.ar/la-obra-teatral-cuanto-tiempo-es-un-tiempito-se-presento-en-el-concejo/>
- SALMURRI, FERRAN, “Libertad emocional”, Paidós, Buenos Aires, 2004.
- SOLOMON, ROBERT, *Thoughts and feelings: What is a 'cognitive theory' of the emotions, and does it neglect affectivity?* En: Not passion's slave: emotions as choice. Nueva York, Oxford Academic, 2003, pp. 178-194
- SAMAMÉ, LUCIANA, “Justicia y empatía: dificultades y propuestas”, Estudios de Filosofía Práctica e Historia de las Ideas, Vol. 18, Mendoza, 2016, pp. 1-12.
- SHILLER, ROBERT J. - AKERLOF, GEORGE

A., “La economía de la manipulación”, Paidós, Buenos Aires, 2016.

- SLOTE, MICHAEL, “Moral Sentimentalism”, Oxford University Press, Oxford, 2010.
- SOLUM, LAWRENCE, “Virtue Jurisprudence: a virtue-centred theory of judging”, *Metaphilosophy* 34, 2003, pp. 178-213.
- SOLUM, LAWRENCE “Virtue Jurisprudence. Towards an Aretaic Theory of Law”, en “Aristotle and the Philosophy of Law: Theory, Practice and Justice”, *Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice* 23, London-New York, Springer, 2013.
- SOTOMAYOR TRELLES, JOSÉ E., “Emoción, racionalidad y argumentación en la decisión judicial”, Revista de la Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 79, 2017, pp. 151-190.
- TOLSTÓI, LEÓN, “What is Art”, Hackett, Indianápolis, 1996.
- VIGOTSKY, LIEV S. “Psicología del arte”, Barral, Barcelona, 1972.




myf

526

Dr. Nicolás Alejandro **Occhi**

*Relator del Juzgado de Primera
Instancia en lo Laboral de la
10ª Nominación de Rosario*



Presupuestos teóricos de la Inteligencia Artificial decisoria: limitaciones del ChatGPT en el Derecho Argentino

Resumen

El artículo pretende evidenciar que desde el lanzamiento del ChatGPT, la Inteligencia Artificial (IA) ha cobrado una notoriedad en los medios de comunicación que contrasta con su dilatada evolución, especialmente en cuanto a su operatividad en el Derecho. En particular, se exhuman los conceptos y clasificaciones que permiten vaticinar que la informática jurídica decisoria está lejos de concretarse en el Derecho argentino por las especificidades de sus fuentes jurídicas.

I. Introducción

ChatGPT fue lanzado por OpenAI en noviembre de 2022 y dejó atónito al mundo entero. En rigor, no se trata más que de un chatbot (conversador automático) que utiliza *big data* y, por lo tanto, una aplicación más de la IA “en sentido débil”. Ello, en contraste con el alcance teórico de la “singularidad tecnológica”, es decir, “el

advenimiento hipotético de inteligencia artificial general (también conocida como «inteligencia artificial fuerte», del inglés *strong AI*)”. En menos palabras: la IA no ha alcanzado conciencia propia.¹ Pero la vertiginosidad viene siendo tal que hacía tan sólo 2 años antes, la UNESCO ya había adoptado -por primera vez- una “Recomendación sobre la ética de la inteligencia artificial” en la que expresamente se abstuvo de “proporcionar una única definición de la IA, ya que tal definición tendría que cambiar con el tiempo en función de los avances tecnológicos” (punto 1). En consecuencia, el órgano de la ONU se ciñó a que el género IA abarca a aquellos sistemas “capaces de procesar datos e información de una manera que se asemeja a un comportamiento inteligente, y abarca generalmente aspectos de razonamiento, aprendizaje, percepción, predicción, planificación o control” (punto 2)². Por consiguiente, media una relación de género a especie entre la IA y la informática jurídica, en particular entre la primera y la “informática jurídica decisoria”.

A mi modo de ver, la única novedad que ha comportado el ChatGPT fue que las sociedades -y ya no sólo los expertos- cobraron conciencia de que el crecimiento exponencial de la IA alcanzó un punto “sin retorno”. La incertidumbre llevó a que Italia prohibiese el ChatGPT, que más de 1000 personalidades influyentes del mundo suscribiesen la petición de suspensión de investigación en IA y, por supuesto, la academia argentina no tardó en hipotetizar las implicancias jurídicas del ChatGPT³. Sin desconocer la validez de ninguno de los argumentos y las posibilidades incalculables de este nuevo estabón evolutivo, me dedico a dar los argumentos propios para relativizar algunas predicciones que -estimo- son apresuradas.

II. Condicionantes de la inteligencia artificial decisoria

Hasta donde ha llegado mi búsqueda bibliográfica, el primer libro jurídico dedicado al tema en Argentina fue

"Informática jurídica decisoria". Bajo la dirección del filósofo Guibourg, varios colaboradores especialistas esquematizaron modelos decisorios automáticos sobre parcelas de "casos fáciles" en distintas disciplinas jurídicas. El filósofo daba cuenta que por 1993 la informática ya estaba incorporada al Derecho para almacenar, clasificar y recuperar información ("informática documental"), así como para elaborar operaciones rutinarias de tramitaciones judiciales ("informática de gestión"). Lo que evocaba temor a muchos espíritus -puntualizaba- es la "informática decisoria" que "...se encuentra ya en plena elaboración bajo el nombre de sistemas expertos"⁴. Se refería a desarrollos italianos emprendidos desde la década de los '70. Así, pues, hace más de medio siglo que se discurre sobre el advenimiento de la "inteligencia informática decisoria".

Este gran precursor recuerda que el debate tomó forma a comienzos de los '80, cuando se incorporó el pri-

mer sistema informático de gestión en la Mesa de Entradas de la Justicia Civil capitalina. Pero lo más asombroso es que este brillante jurista se adelantó décadas para demostrar que incluso la "IA perfecta" (fuerte o singularidad tecnológica) tendría los mismos sesgos cognitivos que los juristas avezados:

Aprendería a atribuir relevancia a lo conocido y repetido, así como a menospreciar las hipótesis nunca planteadas; se habituaria a aceptar opiniones que se postulan como verdaderas sin controlar su consistencia interna ni su deducibilidad de los axiomas generales. Y aceptaría estos axiomas acaso induciéndolos por su cuenta de la conducta espontánea de sus maestros, sin ponerlos en duda hasta que alguna catástrofe la obligase a hacerlo. En otras palabras, el ordenador actuaría como suelen hacerlo juristas y abogados y debatiría con ellos en los mismos términos en los que se desarrollan habitualmente los congresos y simposios.⁵

Así, los problemas teóricos de la informática decisonal del ayer son los mismos que los de hoy: el operador jurídico está habituado al lenguaje vago (en oposición al "lenguaje lógico inequívoco"); a criterios implícitos (en lugar de pasos explícitos del algoritmo); a casuismos no categorizados y resultados aleatorios (en vez de deducciones necesarias). Por eso, Guibourg concluye que la informática es aplicable a todo segmento del Derecho, pero que las bases teóricas de la informática jurídica son un tema específico de la epistemología jurídica.

No soslayo que la IA actual -asimilada vulgarmente a ChatGPT- es capaz de operar en "lenguaje natural" por "redes neuronales", es decir, comprender el "concepto" dado por los usuarios a palabras distintas (en lugar de funcionar mediante las palabras ingresadas como hasta ahora en Google, por ejemplo). Esto soslayaría la problemática del "lenguaje vulgar", o sea, el de la ambigüedad y vaguedad impuesta a los juristas por la "textura

abierta del Derecho". Todavía así, daré mis razones de porqué las innovaciones semánticas de la IA no han llegado a la informática jurídica argentina.

2.1. Carencia de codificación

Como la ciencia del Derecho constituye un sistema de proposiciones que contienen información sobre deberes, derechos y prohibiciones, el medio en sí con el que dicha información se transmite a sus destinatarios, transforma las relaciones sociales. El abandono del derecho consuetudinario requirió de técnicas legislativas que aún perduran para "escribir las leyes". A la etapa del "derecho escrito" le siguió la del "derecho impreso" porque la invención de Gutenberg abarató y aceleró la reproducción de los textos legales, centralizando el poder en regiones nacionales a la vez que el soporte papel dio cognoscibilidad a la ciudadanía para configurar parlamentos. Luego, la "codificación" fue la consecuencia última de cuatro siglos de derecho impreso. Guibourg

admite que el sueño de los codificadores -un derecho completo y racional, aplicable mecánicamente por los jueces sin interpretaciones que desvirtuasen su sentido original- no se convirtió jamás en realidad. Con todo, comparto con él en que "el derecho electrónico" es la nueva etapa capaz de potenciar la democracia nacida al cobijo de ese "derecho impreso"⁶.

Justamente, nuestros constituyentes ponen en deuda a los legisladores, incursos en la inconstitucionalidad por omisión de la sanción de un código de derecho del trabajo y de la seguridad social (art. 75, inciso 12, CN), mal que le pese a las aspiraciones de corrientes filosóficas contrarias a esa sistematización. La afirmación es imperiosa porque la codificación es condición necesaria -pero no suficiente- para que la IA pueda cumplir una "función predictiva" tanto de las providencias, decretos o "meros autos" (informática de gestión judicial) como para el formateo de resoluciones interlocutorias o sentencias definitivas de "casos fáciles":

...Bourcier formuló la advertencia «escribir un sistema experto es codificar el derecho». Y explicaba que «tanto los modos de elaboración de los sistemas de información legal, como la codificación, forman parte de los modos de racionalización de la producción jurídica», ya sea en el momento de la redacción de los textos o en el de su aplicación. Según Bourcier, los dos instrumentos deben ser coherentes (concentración del material jurídico), manejables (incluir únicamente disposiciones normativas), tener una estructura lógica, estar escritos en un lenguaje claro, suprimir las dificultades de interpretación y, finalmente, ser completos en relación con la materia tratada.⁷

La legislación laboral argentina es rica para demostrar la hipótesis de Bourcier: a falta de código, se recurre a la LCT como "ordenamiento general" pese a la subsistencia de más de veinte estatutos profesionales; se dictan leyes sucesivas para intentar rectificar las anteriores, así la ley 25323

para integrar la ley 24013, las leyes 24557, 26773 y 27348, por dar ejemplos usuales; y ni que hablar de los espasmódicos decretos presidenciales en materia salarial, de indemnizaciones agravadas o de hasta estabilidad laboral absoluta del DNU 329/2020 durante la pandemia COVID-19.

Ese cotejo superficial exhibe que las normas legales **no están concentradas**, sino que están dispersas en leyes con constantes reenvíos legales -equivocos- entre ellas mismas; **no son manejables** porque congloban normas (reglas) con principios irrelevantes para la programación (“principio de automaticidad” de la ley 26773); **no hay estructura lógica** porque hay derogaciones implícitas (la “provisionalidad” de la ley 24557 derogada por el decreto 472/2014; **no hay lenguaje claro** porque en lugar de preferir la repetición de expresiones literales, se recurre a sinonimias innecesarias, como si la legística fuera literatura como (véase “deficiente registración” en la ley 25323, cuando

hubiera debido repetir los conceptos de los arts. 9 y 10 de la ley 24013)⁸.

Por antonomasia, **no puede haber completitud** en el tratamiento de una materia jurídica sin su codificación. Más todavía si temas de creciente actualidad o litigiosidad como la discriminación laboral se regulan jurisprudencialmente con remisión a una ley antigua y generalísima cuya finalidad no previó la estabilidad laboral relativa⁹.

Finalmente, la tesis de Bourcier es empíricamente comprobable gracias al propio ChatGPT. Por así decirlo, existen empresas informáticas que contratan a otras (OpenAI) para utilizar sus plataformas para poder “programar sobre ellas”. Así aparece “ChatPDF” que es una API¹⁰ de ChatGPT y permite cargar documentos para que la IA de OpenAI interactúe conversacionalmente que subamos¹¹. A partir de ese modelo de prueba, cargué un documento que constaba exclusivamente de la transcripción

de las leyes actualizadas del subsistema de riesgos del trabajo según el orden cronológico de sanción (24557, 26773 y 27348). Ni siquiera complejicé adicionando los numerosos DNU, decretos reglamentarios ni mucho menos, los cientos de resoluciones de la SRT o SSN.

¿El resultado? La IA fue incapaz de responder correctamente las indemnizaciones que correspondían a las víctimas de siniestros, tampoco denotó que hubieran actualizaciones en los montos y hasta creyó que seguían vigentes conceptos derogados en el 2012 por la ley 26773, como la “incapacidad provisoria”. Mi experimentación puede ser verificada gracias a un enlace provisto por el mismo ChatPDF.¹²

2.2. Inexistencia de bases jurisprudenciales

Sin embargo, aun si todo el Derecho argentino estuviera codificado, no estaría salvada toda limitación a la inteligencia artificial, como lo había

denotado Guibourg al citar la proposición de Bourcier. En efecto, restarían analizar los sólidos argumentos con los cuales Luqui tilda de absurdo al Digesto Jurídico Argentino (DJA). Afirma que la pretensión “justineana” o “napoleónica” de hacer un digesto en la actualidad incurre en el primer y elemental desacierto: en nuestro derecho escrito se conoce perfectamente el origen de las normas, a diferencia de los primeros digestos, recopilaciones y códigos que no sólo ordenaban sino que tenían que conferir valor jurídico a las disposiciones dispersas. En cambio, Luqui recuerda que en Argentina se sabe de la autoridad estatal de todas las normas, incluyendo la mayoría de las dictadas por gobiernos de facto, puesto que fueron convalidadas por otras leyes posteriores de gobiernos de iure o por la misma jurisprudencia. Al entender de este administrativista y especialista en informática jurídica, la idea del digesto jurídico fue válida para la búsqueda legislativa mientras se operaba con textos impresos, a los

cuales se podían acceder por índices también impresos. En su opinión, desde la recuperación por palabras libres o en forma conceptual, el digesto jurídico temático constituye un despropósito.¹³

Bien que se lo vea, la crítica atiende al campo de la primera invención, es decir, la “informática jurídica documental” que tornó inconducente el esfuerzo de ordenamiento legal. Esto no agrega ni quita a la conveniencia de la “informática jurídica decisoria”. No obstante, Luqui nos lleva a la otra gran limitación de la IA en Argentina: la cognoscibilidad de la jurisprudencia es el presupuesto formal de la seguridad jurídica. Pero como la jurisprudencia, a diferencia de las leyes materiales, no es susceptible de ser codificada, el Estado de Derecho Constitucional necesita que la jurisprudencia sea conocida para justificar su aplicación¹⁴. Este último principio coincide con el desarrollo de Guibourg respecto las posibilidades del “medio digital” para modifi-

car las relaciones sociales mediante normas previsibles.

En esta línea, Luqui despeja que, en el orden nacional, el derecho positivo no considera fuente de derecho a la jurisprudencia, según se desprende de los artículos 1° y 2° del Código Civil y Comercial de la Nación. Correctamente, el autor analiza que esta norma jurídica es aplicable exclusivamente al derecho civil y comercial, y no a lo que se denomina “derecho común”, puesto que distintas disciplinas jurídicas argentinas sí le dan fuerza vinculante a la jurisprudencia, así como otras provincias argentinas lo hacen en igual sentido, y hasta existen los “fallos plenarios” como precedentes obligatorios. “De ahí que el art. 2° del Cód. Civil y Comercial no sea una norma de derecho general”¹⁵. En el mismo sentido, señala como otra inconsistencia que los jueces no pueden ignorar las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) al fallar: “Podríamos afirmar que, en los hechos, la primera fuente

de interpretación a la que acuden por lo general jueces y abogados frente a un pleito, es la jurisprudencia”¹⁶.

En suma, aunque para el derecho positivo nacional la jurisprudencia sea una fuente indirecta o mediata de derecho, como en los hechos los jueces -aunque no lo declaren- la aplican sin mayor cuestionamiento, en muchas ocasiones funciona como fuente directa¹⁷. Al punto que -enfatisa - algunos consideran que la sentencia “...es el verdadero derecho positivo, porque el juez concreta en el caso particular las reglas generales y abstractas de la ley. Es el derecho en su realidad...”. La sentencia produce dos efectos: uno inmediato y directo, que es la resolución del caso por el tribunal “...y otro mediato e indirecto, que es generar una fuente normativa para casos futuros, la cual según sea el carácter que le asigne el sistema jurídico, puede ser fuente directa o indirecta...”. Luqui explica que lo que llamamos jurisprudencia es el segundo efecto generador de derecho resultante de la

interpretación hecha por la justicia de las reglas o de los principios jurídicos en los casos contenciosos: “No es una simple acumulación de fallos, aun cuando se hayan dictado en el mismo sentido (...) es la doctrina judicial, extraída de las decisiones que tomaron los tribunales en forma reiterada respecto de un tema determinado”¹⁸.

Así las cosas, aunque todo el derecho sustancial argentino estuviera codificado, la organización federal argentina implica 25 sistemas de fuentes y organizaciones judiciales, donde la jurisprudencia llega a tener eficacia legal, pero sin que haya uniformidad de bases jurisprudenciales. A título demostrativo, en Santa Fe, la única base documental completa es la de su Corte Suprema de Justicia (CSJSF)¹⁹. Es cierto que se ha vuelto pública la Base Única Jurisprudencial de las Cámaras de Apelación y de lo Contencioso Administrativo de Santa Fe²⁰, pero está lejos de ser íntegra y ordenada. Comprende únicamente la “Jurisprudencia Destacada” que la Corte recopilaba a

partir de las decisiones judiciales que tales tribunales consideraban trascendentes, esto es, unos 2.450 fallos junto a los fallos plenos de todos los fueros. Sin embargo, ahora su actualización es responsabilidad de cada Sala y no la Secretaría de Presidencia, que podría officiar de secretaria de jurisprudencia. Por consiguiente, aunque cada Sala publicase la totalidad de sus resoluciones, continúa el problema de que cada una tiene la potestad de crear sus “voces”, etiquetando de diferentes formas, lo que dificulta la uniformidad en la búsqueda por “tesauro”.

Con todo, el pronóstico es favorable porque los avances en IA generarán una economía de escala que impulsará día a día los avances como el “Gobierno Abierto Judicial” de la CSJN y las constantes mejoras del “Centro de Información Judicial”.²¹

Para ser exactos, y sólo para volver a mostrar la falta de novedad del tema -o la poca inversión estatal- en 1995 se creó la Red Nacional de Información

Jurídica por Resolución N° 122/95 del Ministerio de Justicia para completar y actualizar el Sistema Argentino de Informática Jurídica (SAIJ) con leyes y jurisprudencia provincial.²²

III. Conclusión

La inteligencia artificial decisoria está lejos de ser aplicada eficazmente en Argentina habida cuenta de la falta de codificación de importantes materias jurídicas. Esa limitación no es salvada por los digestos jurídicos temáticos que concentran normas, pero no las consolidan suficientemente, ni son base de datos manejables para la IA que requiere leyes con estructuras lógicas, pues, no todo avance en “lenguaje natural” permitirá soslayar con solvencia la vorágine de normas sucesivas y sin “lenguaje claro”.

En un segundo nivel, asumiendo que se cumpliera el mandato del constituyente, la codificación de un derecho cada vez “menos positivo”

demanda más que nunca la accesibilidad gratuita a la inmensidad de las bases jurisprudenciales de cada organización judicial. Falta de base de datos jurisprudenciales uniformes para operar con *big data*.

Sin bases de datos centralizadas y uniformes, no hay operatividad de *big data*. Sin *big data* no puede sistematizarse coherentemente las normas legales con las “doctrinas judiciales” que derivan de las primeras, máxime sin codificación que aclare el significado y aplicación de las reglas legales.

ChatGPT, por algún tiempo, seguirá siendo una quimera para el Derecho argentino. ■

CITAS

¹ Singularidad tecnológica. En: Wikipedia, la enciclopedia libre [online]. 2023 [cit. 26.04.2023]. Disponible en: https://es.wikipedia.org/w/index.php?title=Singularidad_tecnológica&oldid=150344632.

² UNESCO. Recomendación sobre la ética de la inteligencia artificial [online]. 2022 [cit. 27.04.2023]. Disponible en: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000381137_spa.

³ ChatGPT vs GPT-4 ¿imperfecto por diseño?: explorando los límites de la inteligencia artificial conversacional.pdf [online] [cit. 26.04.2023]. Disponible en: <https://ialab.com.ar/wp-content/uploads/2023/03/ChatGPT-vs-GPT-4.pdf>

⁴ GUIBOURG, RICARDO A, ed. *Informática jurídica decisoria*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1993, p. 215.

⁵ GUIBOURG, RICARDO A. *Bases teóricas de la informática jurídica*. Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho. Revista de Derecho Privado, 1998, vol. 2, N°. 21. DOI: <https://doi.org/10.14198/DOXA1998.21.2.15>

⁶ GUIBOURG, RICARDO A. *El fenómeno normativo: acción, norma y sistema, la revolución informática, niveles del análisis jurídico*. Buenos Aires: Astrea, 2018, págs. 131-134.

⁷ GUIBOURG, RICARDO A. *Bases teóricas de la informática jurídica*, p. 191.

⁸ La distinción es sutil pero esencial en la inteligencia de que el art. 1º de la ley 25.323, es complementario de los arts. 8, 9, 10 y 15 de la ley 24013, tal cual surge del informe del diputado Pernasetti -hecho propio por la Comisión de Trabajo- que afirma que este artículo viene a llenar un vacío legislativo y dar solución a aquellos casos en que el trabajador, cuya relación no estaba registrada o estaba mal registrada, era despedido sin haber intimado en los términos del art. 11 de la ley 24013, en tanto esta última ley exigía la vigencia del vínculo laboral al momento de la denuncia de la conducta evasiva. Además de esa interpretación histórica, jurisprudencia que comparto refuerza el valor de la interpretación sistemática de ambas leyes orientadas por la misma finalidad disuasiva del empleo informal: “...no habiéndose dictado aún el Código del Trabajo, debe tenderse a una interpretación armónica de las distintas leyes laborales sancionadas a lo largo del tiempo, no pareciendo pueda concluirse que corresponda entender a los fines de la aplicación de una sanción por falta o deficiente registración, distintos conceptos de éstas”

(CALRos, Sala III, “Fascendini”, Acuerdo N° 123 de 02/07/12, voto del Dr. Angelides).

⁹ La Corte nacional por unanimidad de sus ministros ha descartado de plano la inaplicabilidad de la ley 23592 al ámbito del derecho individual del trabajo porque “*nada hay en el texto de ley ni en la finalidad que persigue que indique lo contrario*” (CSJN, 7/12/2010, “ÁLVAREZ, MAXIMILIANO y otros c. Cencosud S.A.”).

¹⁰ API. En: Wikipedia, la enciclopedia libre [online]. 2023 [cit. 26.04.2023]. Disponible en: <https://es.wikipedia.org/w/index.php?title=API&oldid=150101514>.

¹¹ FERNÁNDEZ, YÚBAL. *ChatGPT con PDF: cómo cargar un documento y usarlo con inteligencia artificial*. En: Xataka [online]. 26. 6. 2023 [cit. 06.08.2023]. Disponible en: <https://www.xataka.com/basics/chatgpt-pdf-como-cargar-documento-usarlo-inteligencia-artificial>.

¹² <https://www.chatpdf.com/share/vyOou9yw-3Gr1jazXnKsSi>.

¹³ LUQUI, ROBERTO ENRIQUE. *Acceso a las fuentes del derecho en la era digital: aportes de la in-*

formática jurídica a su cognoscibilidad. Buenos Aires: Astrea, 2019, págs. 181–182.

¹⁴ *Ibíd.*, p. 121–123.

¹⁵ *Ibíd.*, p. 101.

¹⁶ *Ibíd.*, p. 109.

¹⁷ *Ibíd.*, p. 111.

¹⁸ *Ibíd.*

¹⁹ PODER JUDICIAL DE SANTA FE. *Consulta de jurisprudencia*. In: *Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe* [online]. 3. 5. 2018 [cit. 17.10.2019]. Disponible en: <http://bdj.justiciasantafe.gov.ar/index.php>.

²⁰ PODER JUDICIAL DE SANTA FE. *Base Documental de Cámaras*. In: *Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe* [online]. 8. 5. 2019 [cit. 17.05.2020]. Disponible en: <http://bdjcamara.justiciasantafe.gov.ar/index.php>.

²¹ <https://www.cij.gov.ar/inicio.html>.

²² <http://www.saij.gob.ar/red>.

myf

536

SECRETARIOS



myf

537



myf

538

Dr. Sergio Luis
Fuster

*Secretario del Tribunal Colegiado de
Familia de la 3ª Nominación de Rosario*

Dr. Renato Carlos
Viale

*Secretario de Violencia del Tribunal Colegiado
de Familia de la 7ª Nominación de Rosario*

El Hilván

Nuestra tarea a la luz del cine

El Hilván es un ciclo de encuentros en los que intentamos unir a través del cine nuestro trabajo en los distintos fueros que conforman el Poder Judicial.

El proyecto fue concebido desde una perspectiva pedagógica en la que el cine es puesto en juego como herramienta educativa, disparadora de debates, sobre tópicos que son profundizados desde múltiples miradas: las distintas ramas del Derecho.

La convocatoria busca la participación de todos los fueros con el anhelo puesto en compartir en el debate nuestras visiones propias desde una formación en un área específica del conocimiento, para permitirnos enriquecernos mutuamente, con la pretensión de incorporar en su desarrollo una visión más amplia y superadora de las problemáticas abordadas en las películas.

Así, con una periodicidad mensual, la idea es generar re-

flexiones a partir de películas y disfrutar de una charla-debate sobre ellas que resulte en un alimento enriquecedor para los concurrentes.

Hemos empezado con la película francesa *Todo comienza hoy* (Francia, 1999), basada en una historia real y protagonizada por Philippe Torreton, con María Pitarresi y Nadia Kac. Narra la vida de un director y a la vez maestro de un jardín de infantes en un barrio obrero de un pueblo minero del norte francés.

Las necesidades mínimas como la luz eléctrica en las casas no están cubiertas por los padecimientos económicos de sus habitantes. Una cruda visión de la desocupación y la pobreza en la Francia alejada de las luces parisinas. La temática nos permite reflexionar acerca del sistema educativo y su rol en situaciones de crisis social. Al respecto, el crítico Javier Ocaña deslizó la siguiente opinión: *"es una muestra de que el cine puede ser algo más que un pasatiempo acompañado de palomitas y Coca Cola. De hecho, Tavernier*

ha confirmado que la Secretaria de Estado de Educación francesa está estudiando algunos de los temas tratados en el film para intentar resolverlos. Y aún más, que algunos psiquiatras están usando la película como terapia para pacientes con depresiones causadas por su oficio; el de educadores” (Javier Ocaña, revista Cinemanía 49, 10/1999, pág. 28).

Las instituciones educativas y judiciales en contextos de vulnerabilidad económica, representan uno de los escasos eslabones del estado en territorio, y realizan una tarea de contención –afectiva y social– en situaciones cotidianas de adversidad para estudiantes y familias.

Semanas después continuamos con *Lejos de ella*, película canadiense dirigida por Sarah Polley, basada en el relato *Ver las orejas del lobo* de la premio nobel de literatura, Alice Munro (1931, Ontario, Canadá), y con los protagónicos de Julie Christie (*Doctor Zhivago*, *Venecia Rojo Shoking*, *Fahrenheit 451*) y el actor canadiense Gordon Pinsent.

El film cuenta la historia de Fiona (Julie Christie), quien con apenas un poco más de 60 años sufre de Alzheimer, y luego de dialogar con su esposo Grant, decide internarse en un centro especializado, lugar donde trabará relación con otro paciente, Aubrey (Michel Murphy). El tema del amor y la enfermedad en la ancianidad, fueron explorados en la película de modo profundo, y permitirán abordar temáticas jurídicas como la restricción de la capacidad, el cuidado de las personas mayores adultas, etc.

En esta ocasión contamos, entre otros, con la presencia de docentes de la materia Derecho de la Ancianidad de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, quienes expusieron en relación a las diferentes situaciones de vulnerabilidad que atraviesan nuestros adultos mayores, destacando el rol que la familia, los profesionales y el Estado deben cumplir para acompañarlos en el tránsito de una vida digna.

También asistieron autoridades del Colegio de Escribanos

quienes compartieron sus experiencias prácticas acerca de la utilización de los registros de autoprotección, las formalidades que deben cumplir, la oportunidad y modo de llevarlos a cabo, su finalidad, para darnos también sus impresiones en relación a en qué supuestos su utilización se daba más frecuentemente en la práctica, y concluyeron planteando la necesidad de la difusión de esa herramienta por el alto nivel de desconocimiento que acerca de los mismos tiene la población en general.

Luego, a finales de Agosto, y dentro de las esferas del derecho penal, trabajamos *Un crimen argentino*, dirigida por el cordobés Lucas Combina, (el mismo director de la serie *La chica que limpia*) y con las actuaciones de Nicolás Francella, Matías Mayer, Darío Grandinetti, Luis Luque, Rita Cortese, entre otros.

El film, un policial que transcurre durante la última etapa de la dictadura militar argentina, está basado en la novela del periodista y escritor rosarino Reynaldo Sietecase, que,

a su vez, se inspiró en un caso de la vida real.

Todo comienza cuando al recinto de un Juez de Instrucción (Luis Luque) llega la denuncia por el secuestro de un empresario y el magistrado deriva la investigación hacia sus dos Secretarios (Nicolás Francella y Matías Mayer).

El hecho policial ocurrió, con otros matices que no contaremos aquí, en la ciudad de Rosario en el año 1980 y conmocionó la ciudad, como al resto del país.

Desde nuestro espacio, *El hilván*, nos sirvió para repasar el antes y el ahora del sistema penal de la provincia y sus distintos operadores y, además, con una enriquecedora participación, contó con la presencia del Dr. Ricardo Netri, quien nos ofreció generosamente una serie de anécdotas imperdibles respecto a su experiencia en el caso, atento el rol que asumió en aquel tiempo, al ser designado Defensor Oficial del imputado. ■



myf

542

Dra. María Eugenia **Sapei**

*Secretaria del Juzgado de Distrito de Primera Instancia en
lo Civil y Comercial de la 15ª Nominación de Rosario.*

El ocaso del papel. La declinación de las previsiones del Código Procesal Civil y Comercial a consecuencia del sistema informático

I. A modo de Introducción.

Nos proponemos en esta breve exposición analizar el impacto que tuvo y tiene el Sistema de Gestión Informático de la Provincia de Santa Fe (SISFE) en el ordenamiento procesal de nuestra provincia.

Concretamente, como el modelo de gestión informática diseñado por el Poder Judicial Provincial, incide en la aplicación de normas procesales diseñadas para un proceso que difiere del proceso digital. Nos preguntamos si las normas procesales y el sistema de gestión resultan compatibles y en su caso, cómo afecta la labor diaria de las diversas dependencias judiciales y en particular, en los Juzgados de

Primera Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial, dado que, en dicho fuero, desempeñamos nuestra función.

El avance de la tecnología ocasionó que muchas disposiciones procesales aplicables y pensadas para un proceso del siglo XX, muten y resulten obsoletas en el actual proceso digital. Hoy nadie duda, que acompañar tantas copias de escritos como partes haya en litigio resulta contraria a las más elementales disposiciones digitales. O formar legajos de copias en los procesos falenciales, resulta sobreabundante.

Nuestro Código Procesal Civil y Comercial, data de la década del 60, fue un código de vanguardia para la época,

no obstante, el legislador de aquel momento no previó los avances tecnológicos que se producirían décadas más tarde, en tanto, era propio de la ciencia ficción.

Actualmente, los proyectos de reforma del ordenamiento procesal, hacen un tibio avance en el camino a la digitalización, concediendo la posibilidad que sea la Corte Suprema de Justicia quien reglamente los distintos institutos procesales, a fin de que aquellos se adapten a las nuevas modalidades tecnológicas.

Al igual que muchos pensadores, consideramos que la pandemia Covid-19 fue motor de la metamorfosis de la que hoy somos testigos los operadores judiciales.

El máximo tribunal de la Provincia a fin, de evitar la presencialidad, cumpliendo las disposiciones dispuestas a nivel nacional y local en relación a las restricciones y al mismo tiempo y principalmente, garantizar el acceso a la jurisdicción, profundizó la utilización de herramientas digitales. Justamente, el uso de dichas herramientas sumadas a nuevos desarrollos, permitieron avanzar en el actual expediente digital.

Resulta dable hacer un paréntesis, pues si bien no es el tema en análisis, el modelo de gestión judicial informático ideado al día de la fecha, carece de agilidad, practicidad y eficiencia, características que deben guiar a un sistema de gestión eficaz.

Las críticas que recibió en sus orígenes se reproducen en la actualidad, pues es un modelo que nació obsoleto, claro está, sin desmerecer las continuas manifestaciones y labor desplegadas por los expertos para modernizar el mismo.

Efectuada dicha aclaración, nos proponemos, entonces, hacer una breve cronología de las diversas disposiciones reglamentarias que dieron origen a un “hacer” distinto e implicó en muchos supuestos, dejar de lado normas procedimentales, las cuales resultan incompatibles con el sistema informático diseñado.

II. Facultad de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia en el diseño del expediente electrónico o digital.

Resulta relevante, previo a enumerar las disposiciones procedimentales incompatibles, sea total o parcialmente, con el sistema de gestión judicial, analizar si la Corte Suprema de Justicia de la Provincia cuenta con prerrogativas para establecer y disponer la vigencia del expediente digital.

A nivel nacional, por disposición legal –ley 26.685, sancionada el 1 de junio de 2011 y promulgada el 30 de junio de 2011- se autorizó el uso de expedientes y documentos electrónicos, firmas electrónicas y digitales, comunicaciones electrónicas y la constitución de domicilios electrónicos, en todos los procesos judiciales y administrativos que

tramitan ante el Poder Judicial de la Nación, con idéntica eficacia jurídica y valor probatorio que sus equivalentes convencionales. Asimismo, en el artículo 2, se facultó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación y el Consejo de la Magistratura de la Nación, de manera conjunta, a reglamentar su utilización y disponer su gradual implementación. Es decir, la escueta ley comentada de tan solo tres artículos, autorizó el expediente digital y otorgó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en uso de sus facultades constitucionales a reglamentar e incorporar nuevas herramientas tecnológicas.

A nivel provincial, siguiendo idéntica redacción de la ley nacional, se dictó la ley 13.840, que dispuso en el artículo 3): "Facúltase a la Corte Suprema de Justicia para reglamentar la implementación gradual del expediente electrónico, de documento electrónico, de firma electrónica, de firma digital, de comunicaciones electrónicas y de domicilio electrónico constituido, en todos los procedimientos judiciales y administrativos que se tramitan por ante el Poder Judicial de la Provincia, con idéntica eficacia jurídica y valor probatorio que sus equivalentes convencionales".

Si bien, se considera que dicha ley es aplicable a todos los procesos administrativos y judiciales en trámite ante el Poder Judicial de la Provincia, es dable indicar, que dicha disposición legal es modificatoria del artículo 29 bis del Código Procesal Laboral.

Sin perjuicio, de la deficiente técnica legislativa, tal como recientemente lo dispuso la Excm. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la Ciudad de Rosario, Sala 1^a, la Corte Suprema de Justicia de la Provincia cuenta con prerrogativas constitucionales a fin de dictar reglamentos y disposiciones que conduzcan al mejor desempeño de la función judicial. El artículo 92 inciso 3 de la Constitución Provincial es claro al respecto. Y la ley orgánica del poder judicial, así la establece en concreto (art. 19 inc. 1 y 17 L.O.P.J.)

Por ende, conforme al ordenamiento constitucional y legal, la Corte Suprema de Justicia de la Provincia, posee amplias potestades reglamentarias para generar el marco normativo adecuado a fin de incorporar herramientas informáticas acordes al ordenamiento procesal y fijar las directrices generales de organización administrativas para llevarlas a cabo. De modo, que todo planteo de inconstitucionalidad, resultaría impropio.

III. Breve recorrido en la implementación de herramientas informáticas.

A fines del siglo pasado, el Poder Judicial de la Provincia, daba sus primeros pasos en la digitilización. Primero, incorporó el libro de cargo informático, para luego, conocer el estado de ubicación del expediente y más tarde, el texto de los autos y sentencias dictados.

Ya a comienzos de este siglo, se dio un paso más y se avanzó en un modelo de gestión judicial informático reflejo del papel (IURIX), que desde el principio recibió críticas, reproduciéndose en el sistema judicial informático actual (SISFE).

Ya se avizoraba desde su origen la antifuncionalidad del sistema de gestión desarrollado, que lejos estaba de ser un sistema informático dinámico, ágil, práctico y de vanguardia.

La doctrina en materia de gestión judicial, resalta que es necesario contar con un sistema apto para las necesidades de la justicia, así como con la infraestructura necesaria para sostenerlo, lo que requiere adecuada planificación y de inversión. Como antes se invertía en resmas de papel, impresoras y tonner, hoy se hace imprescindible aplicar recursos para lograr una mejor conectividad, a asegurar adecuada disponibilidad para el almacenamiento de datos, etc².

No se desconoce el esfuerzo pasado y actual tendiente a mejorar el mismo, a fin de cumplir la máxima de todo sistema informático eficiente, tendiente a la optimización de los recursos, sobre todo el tiempo, y propender a una justicia más justa y humana.

De conformidad con el informe 14 (2011) del Consejo Consultivo de Jueces Europeos (CCJE) del Consejo de Europa, sobre justicia y tecnologías de la información, (TI), aproba-

do en Estrasburgo, las tecnologías de la información y de la comunicación constituyen instrumentos para mejorar la Administración de Justicia, para facilitar el acceso de los justiciables a los tribunales y para reforzar las garantías contenidas en el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, a saber, el acceso a la justicia, la imparcialidad, la independencia del juez, la equidad y la duración razonables de los procedimientos³.

En esta inteligencia, las “Recomendaciones básicas sobre sistemas alternativos de organización y gestión de la justicia correspondientes a la sociedad de la información”, del Proyecto “E-Justicia: la justicia en la sociedad del conocimiento. Retos para los países Iberoamericanos”, desarrollado en la XIII Cumbre Judicial de Iberoamericana (Santo Domingo, 21 y 22 de Junio de 2006), los objetivos principales en la implantación de cualquier estrategia de e-justicia son los siguientes: a) Aumentar la eficacia de la Administración de Justicia, para alcanzar más y mejor los objetivos fijados; b) Optimizar los recursos persiguiendo una mayor eficiencia, en beneficio de los contribuyentes y de la propia administración, que verán incrementados de facto sus propios recursos. c) trabajar para la transparencia de la administración de justicia en base a posibilitar todo tipo de monitorización interna y externa de procesos y resultados. d) dirigirnos hacia una justicia de proximidad con el ciudadano y con todos los agentes que trabajan en la administración de justicia, de forma que esta se enriquezca con las aporta-

ciones de todos ellos y pueda servir mejor a sus necesidades y a la defensa de sus derechos.

En estas últimas décadas, y a la luz de antecedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), se viene difundiendo el concepto de Tutela Judicial Efectiva como derecho humano básico. Éste tiene su fundamento en lo previsto, entre otros preceptos, por el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos o el artículo 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; aunque siempre estuvo presente, tal vez no con esa denominación pero sí dentro del derecho al debido proceso en el artículo 18 y 33 de la Constitución Nacional. Concretamente lo podemos resumir en la idea de que un proceso, para ser justo, debe ser efectivo, lo que implica acceso a justicia, sobre todo de sectores en condiciones de vulnerabilidad, garantías procesales como el derecho de defensa y el debido proceso, plazo razonable, resolución conforme a Derecho y debidamente fundada y posibilidad concreta de cumplimiento de lo resuelto (ejecución). Las formas deben estar al servicio de estos postulados. Toda ingeniería procesal, y la propia actuación de los órganos de justicia, deben tener por mira este principio⁴.

Es de perogrullo, que las restricciones sanitarias impuestas a nivel nacional y local, a consecuencia de la pandemia Covid-19, produjeron innumerables cambios sociales e institucionales, que en el reducido ámbito judicial, propició la

implementación de nuevas prácticas, poniendo en crisis los tradicionales esquemas de gestión.

Particularmente, en uso de sus facultades constitucionales y legales, la Corte Suprema de Justicia de la Provincia, avanzó en su proyecto de informatización, digitalización e implementación del sistema de gestión judicial *sisfe*.

Haciendo uso de herramientas ya disponibles y desarrollando otras, el Máximo Tribunal puso en funcionamiento distintos medios electrónicos. A través de funcionalidades desarrolladas dentro de la Autoconsulta Online y mediante la página web institucional, los profesionales desde el 18.6.2020 puedan dar inicio a las demandas a través de la mencionada plataforma (Acuerdo del 10.6.2020, Acta 16). De igual manera, meses más tarde, a partir del 19.10.2020 se extendió a la presentación de escritos en expedientes en trámite, también mediante Autoconsulta Online (Acuerdos del 29.9.2020, Acta 33 y del 13.10.2020, Acta 35).

Asimismo, durante el período de aislamiento, la Corte Suprema adoptó decisiones sobre los actos procesales de comunicación, que rigen en la actualidad. Las notificaciones electrónicas con firma digital, gozan hoy de favorable acogida entre los profesionales.

En esta línea, primero por Acuerdo celebrado el 5.5.2020, Acta N° 13, el Alto Cuerpo dispuso extender la aplicación del

sistema de notificaciones por medios electrónicos con firma digital, para las materias habilitadas para su tramitación por el Acta N° 11 del 14.4.2020; y las que en más se fueran habilitando (conf. Acuerdos del 13.5.2020 y 10.6.2020). Luego, se sumó un nuevo mecanismo de comunicación dentro de la ya referida Autoconsulta Online, de modo que los profesionales matriculados pueden notificarse entre ellos a través de cédulas electrónicas (Acta Aprobado por Acuerdo de la Corte Suprema de Justicia de fecha 1.12.2020, Acta N° 43, punto 8; y Actualizado por Acuerdo del 5.10.2021, Acta N° 36, punto 8, y Acuerdo del 22.3.2022, Acta N° 8, punto 4.).

También, con anterioridad a la pandemia, autorizó las comunicaciones entre reparticiones judiciales mediante el empleo del correo electrónico oficial. Medio de comunicación de decisiones judiciales que se profundizó al autorizar la mismas entre reparticiones del Estado Nacional y Provincial (ANSES, Registro de la Propiedad Inmueble), entidades bancarias (Nuevo Banco de Santa Fe y Banco Municipal), entre otras.

Hoy, en el camino a la despapelización y digitalización total y definitiva en la tramitación de causas judiciales, el máximo tribunal dispuso un cronograma de implementación del expediente íntegramente digital en ciertos procesos jurisdiccionales (Acta N° 28, celebrada 30/08/2023).

Una vez más, considerando que el sistema de gestión implementado resulta en ciertos casos obsoleto y reconociendo los esfuerzos para mejorarlo, nos proponemos hacer un

recuento de aquellas disposiciones procedimentales que presentan algunos conflictos de funcionalidad y de coexistencia con el sistema de gestión judicial informático.

IV. Incompatibilidades.

Es sabido, que ciertas disposiciones contenidas en el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia, han quedado obsoletas por los nuevos usos y practicas judiciales.

No es una tarea sencilla adaptar el sistema informático de gestión judicial al ordenamiento procesal.

Ante el silencio del legislador en adecuar las previsiones procesales a la realidad imperante, será tarea de los operadores del Derecho, amoldar las disposiciones legales al sistema de gestión. Resulta dable recordar, la doctrina tradicional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación según la cual basta la corroboración de la vulneración de la garantía constitucional para que los jueces deban restablecerla en su pleno sentido, porque “las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas en la Constitución e independientemente de las leyes que la reglamenten”⁵. De modo, que será labor de los jueces analizar, valorar e interpretar las disposiciones procesales y reglamentarias a la luz de los principios constitucionales, a fin de que aquellas no desnaturalicen las máximas garantías constitucionales y conven-

cionales que asisten a todo ciudadano.

Enseña C. E. Camps “que la validez o invalidez convencional de una norma procesal -cualquiera fuera su ubicación en el sistema normativo de una determinada jurisdicción- dependerá de su eficacia, esto es, de la aptitud del instituto que consagra para brindar soluciones concretas a los litigantes acordes a los particulares intereses en juego y en tiempo razonable”⁶.

A su vez, la mora legislativa ha sido subsanada, como hemos mencionado ut supra, por vía de ejercicio de facultades constitucionales y de superintendencia de los tribunales superiores.

a) Incompatibilidades absolutas:

En la actualidad, es factible encontrar normas procesales que, a partir de la digitalización, han perdido su sentido de ser, por resultar absolutamente incompatibles con la tramitación digital. De allí, que no puedan coexistir y requerir su cumplimiento por jueces o secretarios, pues implicaría incurrir en lo que la doctrina procesal ha denominado, exceso ritual manifiesto.

Dentro de este grupo, encontramos:

-Copias de escritos.

Es sabido por todos, que el artículo 35 del CPCC exige que todo escrito y la pertinente documental debe ser acompa-

ñada de tantas copias firmadas por el presentante, como partes intervengan en el juicio.

La finalidad de la norma era salvaguardar el derecho de defensa de las partes, pues pone a disposición de las mismas la totalidad de las constancias que hizo valer su contraria. De este modo, se otorgaba a la parte contraria el documento, evitando tomar nota en secretaría del respectivo escrito.

No cabe duda alguna, que con la presentación de escritos judiciales electrónicos la norma en comentario ha perdido virtualidad, pues, el derecho de defensa de la parte contraria se encuentra ampliamente salvaguardado, en tanto los litigantes en un proceso tienen la posibilidad de efectuar la consulta del escrito en particular, como del expediente en general, a través del sitio web de autoconsulta online del expediente.

Por otra parte, la exigencia legal de adjuntar copias, resulta ilógica y absurda en el expediente electrónico, pues incorporar dos o más veces un mismo archivo digital al sistema de gestión es inconveniente desde el punto de vista operativo, en tanto, genera una sobre carga en los servidores informáticos.

Es dable indicar, por otro lado, que de antaño la jurisprudencia ha considerado que la operatividad de la sanción – desglose del escrito- contenido en el artículo citado, solo

podría forzarse mediante excesos rituales, incompatibles con los principios que rigen en el proceso.

-Desglose de escritos.

El artículo 36 del C.P.C.C. autoriza la sustitución de los instrumentos públicos agregados a los autos por copia de ellos certificadas por el secretario. Asimismo, el precepto legal impone al solicitante la carga de acompañar una copia a los fines de su certificación y agregación.

Es obvio, que tal disposición no es compatible con el expediente digital, en tanto los instrumentos públicos o privados quedan en poder del presentante, en su carácter de depositario judicial, hasta tanto el juez disponga lo contrario.

Ahora bien, ¿es factible el desglose de escritos cargos presentados por error a un expediente?

En principio, la respuesta negativa se impone. Pues, le está vedado al actuario devolver o eliminar los escritos cargos presentados erróneamente por los profesionales. Recuérdese que, a partir de junio del 2020, los abogados o procuradores ingresan los escritos cargos en forma electrónica, mediante autoconsulta de la página web del poder judicial. Son los profesionales quienes vinculan el escrito cargo electrónico al expediente.

La vieja práctica tribunalicia de verificar en mesa de entra-

das, si el escrito presentado por el abogado o procurador, contaba con la respectiva firma del abogado o procurador presentante del escrito y a su vez, constatar que correspondía a un expediente en trámite ante la dependencia, ha sucumbido a la experiencia digital.

En tal caso, corresponderá al proveyente cotejar si el escrito presentado cuenta con firma digital y si se encuentra debidamente relacionado al expediente en trámite ante la dependencia.

Otro interrogante, que se plantea y los técnicos de informática deberán responder, se centra en dilucidar de qué forma se hará operativa la orden judicial que manda a testar (art. 228 L.O.P.J.) o devolver escritos ofensivos o indecorosos (art. 22 CPCC).

Pues, el juez en uso de sus facultades disciplinarias puede imponer una corrección disciplinaria, de las contempladas en los artículos citados. El actuario a fin de cumplir con la manda judicial no cuenta con herramientas informáticas para llevar a cabo tal cometido, en tanto, los escritos judiciales presentados por los curiales son inalterables.

- Legajos de copias en los procesos concursales y falenciales.

La ley de Concursos y Quiebras, impone en el artículo 279 "Con copia de todas las actuaciones fundamentales del juicio y las previstas especialmente por esta ley, se forma

un legajo que debe estar permanentemente a disposición de los interesados en secretaría. Constituye falta grave del secretario la omisión de mantenerlo actualizado. Todas las copias glosadas en él deben llevar la firma de las personas que intervinieron. Cuando se trate de actuaciones judiciales, consisten en testimonios extendidos por el secretario. Las citas, remisiones y constancias que deban hacerse de piezas del juicio, deben corresponder siempre a las del original”.

Tal normativa nacional, no ha sido derogada. No obstante, a partir de la digitalización de las causas judiciales, algunos Jueces de Distrito de la Ciudad de Rosario, dispusieron en el primer decreto de trámite del proceso concursal, la sustitución del legajo de copias por las constancias informáticas.

Más tarde, por Acuerdo celebrado el 31/05/22, Acta nº 17, la Corte Suprema de Justicia, atento que la práctica introducida por ciertos juzgados contribuía a la despapelización y a la optimización de los recursos de los juzgados, dispuso por circular se deje de confeccionar los legajos de copias previstos por el art. 279 L.C.Q., a partir del 6 de Junio de 2022 disponiendo la destrucción de los legajos que obraban en cada una de las dependencias judiciales y contaban con el respectivo respaldo digital.

- Documental.

El segundo párrafo del art. 35 del C.P.C.C., dispone que los documentos privados y cualquier otra documental origi-

nal que se presenten en juicio serán reservadas en sobre en Secretaría y quedarán a disposición de los interesados cada vez que estos lo soliciten. A su vez, las copias de la documental deberán ser suscriptas por el letrado o su procurador y agregarse al expediente.

El precepto es contundente en el sentido que la documental original debe ser reservada en sobre en Secretaría. Es importante recordar que, en ciertos tipos de juicios, adjuntar a la demanda el título, hace a la admisibilidad de la misma. Ahora bien, dicha norma debe compatibilizarse con el expediente digital y el reglamento de presentación de escritos judiciales electrónicos.

En esta inteligencia, el Alto Tribunal Provincial dispuso: “Documental que deba acompañarse a la demanda: cuando el profesional matriculado entienda oportuno acompañar junto a la demanda el poder general o especial, la constancia de sellados y otros documentos, deberá digitalizarlos e incorporarlos dentro del documento único que constituye el escrito de la demanda firmada digitalmente. En estos casos acompañará la documental original en soporte papel por ante el órgano jurisdiccional donde tramitará el expediente, en la ocasión y del modo en que así lo requiera el Juzgado o Tribunal interviniente. Si la incorporación de la documental dentro del documento único de la presentación no fuera posible atento su característica y/o volumen, el presentante dejará expresa mención de esa circunstancia en el escrito

de la demanda firmado digitalmente; siendo su obligación presentarla de manera presencial en la ocasión y del modo en que sí lo ordene el órgano interviniente". (art. 12) Agregando, en el art. 17 "si en el escrito único de la presentación el profesional también incluyó documental, el Juzgado o Tribunal podrá imprimir solamente la parte correspondiente al escrito de la demanda; quedando todo el archivo vinculado electrónicamente dentro del sistema de gestión SISFE junto al correspondiente cargo electrónico.."

La directiva del Máximo Tribunal en relación a la documental, es clara en tanto la documental no debe ingresar a los juzgados, pues, pesa sobre los profesionales la carga de digitalizarla al presentarla y en caso de imposibilidad, debe expresamente mencionar los motivos que impiden el cumplimiento de la disposición reglamentaria, a fin de que el juez disponga modo y ocasión de presentación.

A fin de salvaguardar los derechos en juego, principalmente en los juicios ejecutivos donde el juzgador debe analizar la habilidad del título traído a ejecución, en forma previa a la admisibilidad de la vía, los juzgados requieren su exhibición, certificación de la copia adjuntada digitalmente y constituyen en todos los casos, al profesional en depositario judicial de la documental.

b) Incompatibilidades Relativas.

La instrumentación de nuevas herramientas informáticas,

también dio lugar a incompatibilidades relativas o de índole parcial, en tanto no son inconciliables con el actual ordenamiento procesal, empero, presentan ciertos conflictos de funcionalidad que pueden conducir a su inaplicabilidad.

Dentro de este grupo, encontramos entre otras, las notificaciones electrónicas.

Es sabido, que por Acta N° 7 del 7 de Marzo de 2019, la Corte Suprema de Justicia de la Provincia aprobó el Reglamento aplicable al Sistema de Notificaciones por Medios Electrónicos con Firma Digital. Clarificando, el artículo 2 de dicho reglamento que el valor y eficacia de las notificaciones electrónicas es idéntica a sus equivalentes convencionales.

El uso de las notificaciones electrónicas, plantea ciertos interrogantes, cuya respuesta excede el acotado margen de estudio de este trabajo.

En relación a las *notificaciones automáticas*, el Alto Tribunal dispuso en el art. 2 in fine del reglamento, que los profesionales quedarán notificados automáticamente de cualquier providencia, auto o resolución, de conformidad con lo establecido en el art. 9 y siguientes del reglamento. De acuerdo a dicha disposición, los usuarios del Sistema de Notificaciones por medios electrónicos con firma digital se comprometen a ingresar periódicamente al "Sistema de Autoconsulta de Expedientes on line" del Poder Judicial.

De acuerdo a la reglamentación dictada, en la práctica forense, ha desaparecido el libro de asistencia o firmas, contemplado en el art. 61 del C.P.C.C., pues es carga del profesional ingresar periódicamente al “sistema de autoconsultas de expedientes on line”.

Ahora bien, ¿desde cuándo queda notificado? ¿desde que se dictó la providencia? Una interpretación armónica entre ambas disposiciones, ritual y reglamentaria, conlleva a sostener que el profesional quedará notificado automáticamente de toda resolución judicial, en la cual el ordenamiento no disponga lo contrario, los martes o viernes posteriores a la fecha de su dictado o el día hábil siguiente.

No se desconoce que hoy no media la imposibilidad de comparendo prevista por el codificador al disponer la notificación automática, por la cual se posterga el momento del perfeccionamiento de ciertas comunicaciones para ciertos días determinados y posteriores al dictado de la resolución, atento a la imposibilidad de conminar a las partes a notificarse personalmente en el expediente de cada providencia y de ese modo, agilizar el proceso a partir de la notificación ministerio legis.

Hoy tal imposibilidad no se configura, en tanto el profesional cuenta con la posibilidad de consultar diariamente los expedientes en los cuales tiene intervención desde la página web del Poder Judicial, lo que le permite tomar co-

nocimiento de los pronunciamientos dictados por los distintos órganos judiciales en forma inmediata. No obstante, hasta tanto no opere una reforma procesal, consideramos que una interpretación acorde a la garantía constitucional de defensa en juicio, conlleva a sostener que la notificación automática se configura los martes o viernes posteriores al dictado de la providencia.

En relación a las *notificaciones por cédula*. El artículo 10 del reglamento resulta claro, respecto a que la cédula convencional, será reemplazada por una cédula que se confeccionará en el Sistema de Gestión de Expedientes –sisfe-y la signará con firma digital. La misma debe ser suscripta con firma digital en día y hora hábil, salvo supuestos de habilitación.

Es dable advertir que la misma debe practicarse en los supuestos y con idénticos recaudos de los contemplados en el art. 62 del CPCC. Quedan exceptuadas aquellas notificaciones que deban realizarse exclusivamente al domicilio real, conforme la legislación vigente, o las que el juez o tribunal disponga la realización por otro medio. (art. 17)

A los fines de efectuar la notificación por este medio, es una carga procesal de los profesionales, además de constituir domicilio procesal y denunciar domicilio real conforme lo establecido en el art. 37 del CPCC, la constitución de un domicilio electrónico en cada uno de los

expedientes, carga que se materializa al denunciar un correo electrónico (art. 7)

Ahora bien, ¿es factible notificar por cédula electrónica al domicilio electrónico constituido en el expediente principal, el primer decreto dictado en un incidente conexo a aquél? En principio la respuesta negativa se impone, pues al no estar vinculado al nuevo expediente el profesional representante o patrocinante del demandado puede afectarse el derecho de defensa en juicio si se lo notifica por cédula electrónica. En tal caso, corresponderá notificar el primer decreto de trámite de manera convencional -cédula papel-.

En relación a *las notificaciones a los funcionarios del Ministerio Público* (art. 68 del CPCC), a partir de la puesta en funcionamiento en dichas reparticiones del Sistema de Gestión de Expedientes (SISFE), las notificaciones se efectúan a través del sistema informático, con la remisión de los autos. De modo, que tanto los dictámenes, escritos o demanda, se confeccionan, se remiten y recepcionan íntegramente en formato electrónico.

-Escritos judiciales. Presentación de demanda y de escritos judiciales con firma digital por medios electrónicos.

A mediados del año 2020, la Corte Suprema habilitó el inicio de demandas electrónicas a través de Autoconsulta Online y la página web institucional. (Acta N° 16, del 10/06/2020).

Meses más tarde, fines del año 2020, por Acta Acuerdo n° 35 y 46, la Excm. Corte Suprema de Justicia de Santa Fe, dispuso la presentación electrónica de todo escrito en expediente en trámite a través de la autoconsulta on line. En primer momento, la misma podía signarse con o sin firma digital, resultando obligatoria la suscripción con firma digital a partir de junio de 2021.

Tanto la presentación de demanda como de escritos cargos electrónicos, debe cumplir con las pautas dispuestas por el ordenamiento procesal y ley orgánica del poder judicial, no sufriendo alteración alguna en tanto la firma ológrafa fue reemplazada por la firma digital, la cual posee idéntico valor, conforme normativa sustancial.

La presentación remota de escritos y demanda, es un avance significativo en la modernización del sistema de gestión. Un paso trascendental en la digitalización.

Tales avances, crean nuevos interrogantes. Por ejemplo, atento que la Corte Suprema habilitó la presentación de escritos cargos en horario vespertino por parte de los profesionales, ¿se encuentra vigente el “día de gracia” dispuesto en el art. 70 segundo párrafo del C.P.C.C. ? ¿es necesario correr traslado para alegar por su orden cuando las partes pueden cotejar el expediente digital en simultáneo? ¿distinguir entre plazos para contestar traslado atento diferir el asiento de los órgano jurisdiccionales tiene razón de ser? ¿Cómo se documentará la

comparecencia de partes, testigos, auxiliares, etc., en las audiencias de los procesos escritos? ¿Es factible un protocolo electrónico de autos y sentencias? ¿Y de oficios? Preguntas, entre otras, que deberá responder el legislador en una futura reforma del código procesal y nuestro Máximo Tribunal.

V. A modo de provisoria conclusión.

El camino a la digitilización total, dispuesto por el Máximo Tribunal Provincial, entraña desafíos para todos los operadores del derecho, sean Jueces, secretarios, empleados, abogados, litigantes y auxiliares.

Los retos son muchos.

Por un lado, hasta tanto no opere una reforma integral del ordenamiento procesal, será tarea de cada uno de los operadores, dentro de sus facultades, compatibilizar las disposiciones procesales a las exigencias digitales. Y a la inversa, el expediente en formato digital deberá respetar las previsiones procesales vigentes, a fin de resguardar las garantías constitucionales de acceso a la justicia y defensa en juicio.

Por otro, será labor de los especialistas en informática desarrollar herramientas digitales “amigables”, prácticas y facilitadoras de labor judicial, tendientes a optimizar los recursos, principalmente, el tiempo.

Una justicia expedita y de calidad, es el empeño de la función judicial. Tal norte debe guiar a quienes le toca la difícil labor de crear un sistema de gestión informática acorde al tiempo presente y futuro. ■

CITAS

¹ MONTENEGRO, CARLOS ALBERTO C/ BOLLATTI, SERGIO RODOLFO S/ Apremio Por Honorarios - Recurso Directo, 12/11/2021, Cita: 11/22,

² “Cambios necesarios en el Proceso Civil y el Sistema de Justicia”. GUSTAVO CAMELO, en Revista de Derecho Procesal. 2021-2 “El proceso Eficaz -II”, Pag. 90. Rubizal – Culzoni.

³ JUAQUIN DELGADO MARTIN, *Judicial-Tech, el proceso digital y la transformación tecnológica de la justicia. Obstención, tratamiento y protección de datos en la justicia*. Pag. 241. L.L. Madrid.

⁴ GERMAN E. GROSSO MOLINA, “Digitalización y Eficacia Procesal”, en Revista de Derecho Procesal. El proceso Eficaz. 2021-1, pag. 199, Ed. Rubinzal-Culzoni.

⁵ CSJN, 27/12/57, “Siri Angel”, Fallo 239:459.

⁶ Camps, C.E., El proceso electrónico y el Derecho Procesal Electrónico, 2019.



Colegio de Magistrados y Funcionarios
del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe