

Doctrina

“Mora informada”

Una nueva categoría legal para proteger a los consumidores



Waldo Sobrino

Doctor en Derecho. Profesor adjunto de Derecho Civil (UBA). Director del Posgrado de Seguros y el Código Civil y Comercial en la Facultad de Derecho (UBA). Profesor del Doctorado Internacional en la materia Consumidores de Seguros (UBA).

SUMARIO: I. Introducción.— II. Los cambios modernos del deber de información.— III. Mora “con interpelación”: Código Civil de Vélez Sarsfield.— IV. Mora “automática”: Reforma de la ley 17.711 de Guillermo Borda.— V. Mora “no automática” y mora “informada” de los consumidores: Código Civil y Comercial de la Nación.— VI. Mora no automática para los consumidores (obligaciones querables o de recogida).— VII. Mora informada.— VIII. Sanciones por no informar la mora del asegurado.— IX. Suspensión de cobertura en forma secreta, automática e ilegal.— X. Moderna jurisprudencia.— XI. Conclusiones.

I. Introducción

I.1. El análisis teórico de la *mora* es un tema que se ha discutido a lo largo de los años, existiendo obras tradicionales de real valía (por todos: Ernesto Wayar) (1) que estudian la cuestión en profundidad, e incluso, hay análisis actuales muy interesantes, como el referido al *Verwirkung* (teoría del retraso desleal) como bien enseña el joven doctrinario Lucas Leiva Fernández (2).

Incluso, en la temática de la *mora*, deviene indispensable hacer la pertinente distinción del tema cuando se trata de los *consumidores* (3) y en particular de los *consumidores de seguros* (4).

I.2. Así, a grandes rasgos, la doctrina suele dividir a la “mora” en “mora automática” o “mora con interpelación” y cuya caracterización normativa fue variando a través del Código Civil de Vélez Sarsfield (1871), la Reforma de la Ley 17.711, realizada por el ge-

nial Guillermo Borda (1968) y el Código Civil y Comercial de la Nación (2015) (5).

I.3. Sin perjuicio de ello, es que entendemos que con la actual vigencia del Código Civil y Comercial, existe otra categoría novedosa para la protección de los consumidores: la “Mora Informada”.

I.4. Como vamos a desarrollar en el presente trabajo, la mora informada no es otra cosa que la aplicación práctica y concreta del Deber de Información del art. 42 de la Constitución Nacional, el art. 1100 del Código Civil y Comercial y el Deber de Prevención, que surge del art. 1710 del Código Civil y Comercial.

I.5. Así, en el caso específico de los *consumidores de seguros* es que:

en los casos de mora en el pago de la prima de los asegurados, la Compañía de Seguros va a tener que igualmente pagar los siniestros, salvo que hubiera informado de dicha

circunstancia relevante en forma expresa al asegurado.

I.6. Y, en los casos de los *consumidores en general*, es que las *empresas* (v.gr. los profesionales) no van a poder alegar la mora del consumidor para no cumplir con sus prestaciones, con la excepción de los casos donde hubieran informado de dicha circunstancia al cliente.

I.7. Para ello, vamos a tener que reanalizar algunas viejas pautas del siglo XVII (Domat) (6), del siglo XVIII (Pothier; Émérigon) (7) (8) y siglo XIX (Código Napoleón) (9), tomando lo positivo y desechando lo negativo, cuando puedan perjudicar a los consumidores y aplicando *la normativa vigente en el siglo XXI* que tiene como algunos de sus pilares:

(i) la *prevención del daño*;

(ii) la *protección de los más vulnerables* (v.gr. *consumidores*);

(iii) el *Deber de Información + Deber de Consejo + Deber de Advertencia* (10).

II. Los cambios modernos del deber de información

II.1. En forma preliminar, hay que señalar que si bien han corrido ríos de tinta analizando y estudiando el *Deber de Información*, es que en la práctica, no se han obtenido muchos resultados favorables (11).

Se trata de una excelente idea, mal aplicada...

Concretamente, en los últimos años, no se ha mejorado la información a los consumidores.

II.2. Por ello, es que nosotros proponemos hacer hincapié en dos [2] cuestiones fundamentales:

(i) *profundizar y ampliar el Deber de Información*: de manera de subdividirlo en:

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) WAYAR, Ernesto Clemente, “Tratado de la Mora”, Editorial Abaco, Buenos Aires, 1981.

(2) LEIVA FERNÁNDEZ, Lucas, “Verwirkung: la teoría del Retraso Desleal”, donde explica que el retraso desleal, se refiere a los acreedores que “...pudiendo reclamar su prestación al deudor, deliberadamente omiten hacerlo, conllevando un aumento de la deuda o una agravación exacerbada del patrimonio del deudor...”, LA LEY 20/11/2020.

(3) SOBRINO, Waldo, “Seguros y el Código Civil y Comercial”, La Ley, 2018, 2ª ed. actualizada y ampliada, t. I, cap. IX, acáp. IX.10) “Pago de la Prima”, ps. 748 a 802.

(4) SOBRINO Waldo, “Ley de Seguros Comentada”, Coautores: Sobrino, Waldo - Gava, Adriel y Cerda, Sebastián; Tomo 1, Tercera Parte: ‘Ley de Seguros Comentada’, art. 31 “Mora en el Pago de la Prima. Efectos”, acáp. VI

“La Mora en los Consumidores de Seguros”, La Ley, Buenos Aires, 2021, ps. 412.

(5) SOBRINO, Waldo, “La mora en el pago de la prima del seguro. Ilegalidad de la suspensión secreta y automática de la cobertura”, LA LEY 18/06/2018, 1.

(6) RIPERT, Georges - BOULANGER, Jean, “Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol”, Vol. I, p. 65, donde se expone “...Jean Domat, abogado del presidial de Clermont, nació en Clermont, Auvergne, en 1625; murió en París en 1696; amigo de Pascal...publicó en 1694 ‘Les lois civiles dans leur ordre naturel’, libro célebre que lo colocó en primer lugar entre los que prepararon en camino para el Código Civil...”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1987

(7) POTHIER, R. J., “Tratado de los Contratos”, traducción de la edición francesa de 1824, publicada bajo la dirección de M. Dupin, Atalaya, Buenos Aires, 1948.

(8) ÉMÉRIGON, Balthazar-Marie, “Traité des Assurances et des Contrats a la grosse”, t. I, Cap. I ‘Observations Générales’, Secc. III ‘Des Formules imprimées’, p. 53, donde se transcriben Pólizas de Seguros preimpresas, como *Formule de Marseille; Formule de Nantes; Formule usitée a Bordeaux; Formule de Londres*, Rennes, Chez Mollieux, Libraire-Éditeur, Chez Charles-Béchet, Paris, 1828. Señalamos que si bien nosotros consultamos la edición de 1828, es que la primera edición de la obra de Émérigon es del año 1783.

(9) MAZEAUD, Henri - Léon, TUNC, André, “Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual”, donde con referencia al Código Napoleón explican que “...los redactores del Código Civil se inspiraron directamente en...Domat...”, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1963, traducción de la 5ª ed., por Luis Alcalá-Zamora y Castillo, t. I, Vol. I, p. 52,

Nota 6.

(10) SOBRINO, Waldo, “Seguros y el Código Civil y Comercial”, La Ley, 2018, 2ª ed. actualizada y ampliada, t. I, Cap. IX, acáp. IX.1), ps. 491 a 541, “El ‘Deber de Información’: y su relación con el ‘Deber de Prevención’, el ‘Deber de Precaución’, el ‘Deber de Consejo’ y el ‘Deber de Advertencia’”.

(11) SWEDLOFF, Rick, “The New Regulatory Imperative for Insurance”, donde respecto a la asimetría de la información entre las Compañías de Seguros y los asegurados explica que “...information asymmetries make it difficult for consumers to understand and make good choices among different carriers and policies...”, p. 2036, publicado en *Boston College Law Review*, Vol. 61, Issue 6, Article 3, de fecha 26 de junio de 2020.

Nota a fallo

Alimentos a favor del hijo

Alcances. Límite etario. Principio de solidaridad familiar. Hijo mayor de 21 años que estudia. Carga de la prueba. Rechazo.
CNCiv., sala H, 21/03/2022. - Q., S. G. c. R. S. V. s/ alimentos. 6

Cuestiones interpretativas en un proceso por alimentos

(Flexibilidad de las estructuras, hijo que se capacita, *dies a quo* de la cuota, régimen de costas)

Julio Luis Gómez

Jurisprudencia

Impuesto a las Ganancias

Asociación civil. Reconocimiento de la exención tributaria. Inexistencia de distribución de utilidades entre socios. Finalidad social útil. Órgano encargado de su valoración.
CFed. La Plata, sala II, 30/05/2022. - Asociación de Empresas de Servicios Fúnebres de la Provincia de Buenos Aires c. Administración Federal de Ingresos Públicos-Dirección General Impositiva (AFIP-DGI) s/ contencioso administrativo-varios. 9

Capacidad económica de la progenitora conviviente

Alimentos. Se eleva la cuota alimentaria del progenitor no conviviente. Nuevo matrimonio del progenitor. Efectos.
CNCiv., sala I, 11/05/2022. - C., L. B. y Otros c. E. R. S. s/ Alimentos. 11

(i) *Deber de Información* + (ii) *Deber de Asesoramiento (o Consejo)* + (iii) *Deber de Advertencia (o Alerta o Prevención del daño)*;

(ii) *aplicar sanciones concretas a las empresas en caso de incumplimiento del Deber de Información.*

Si bien el desarrollo en extenso de esta temática excede el marco del presente trabajo, es que realizaremos algunas consideraciones, con la finalidad de aplicarlo en forma concreta al tema *sub examine*: la “Mora Informada”.

II.3. No obstante que la doctrina en forma habitual resalta la importancia del Deber de Información, es que, en nuestra opinión, no se realiza en forma eficiente ni logra brindar una verdadera protección a los consumidores (12).

Asimismo, también debemos señalar que todas estas obligaciones legales de las empresas se van a encontrar potenciadas y profundizadas como consecuencia de distintas circunstancias, como: la *irrupción de la Inteligencia Artificial* (13), donde en *lato sensu*, incluimos los *algoritmos, big data* (14) (también llamada ‘nube’) (15), *internet of things* (16), *Deep learning* (17), etc.

Ello es así, dado que por la aplicación de la *Inteligencia Artificial* (18), es que todavía va a tener más fuerza nuestra postura (19), dado que el cumplimiento eficiente del *Deber de Información (lato sensu)* (20) de las *Compañías de Seguros y los Productores de Seguros, es a costo cero* (21) (22).

III. Mora “con interpelación”: Código Civil de Vélez Sarsfield

III.1. Recordando al maestro (Luis María Boffi Boggero) de mi maestro (Carlos Gheresi) en su magnífico *Tratado de las Obligaciones* (23), corresponde señalar que en el Código Civil del hijo de Amboy, la *mora* era *con interpelación* (art. 509) como era entendida en forma tradicional, existiendo distintas formas de interpelación.

III.2. Dicha situación legal de la *mora con interpelación* también se aplicaba sin problemas en otros países, como bien enseñaban Henri y Léon Mazeaud - André Tunc (24).

Incluso, como explicaban Georges Ripert - Jean Boulanger (25), en el ámbito específico de los seguros, para evitar que la suspensión de cobertura de seguros produjera “...una grave sorpresa...” al asegurado, es que “...el asegurador debe constituir en mora al ase-

gurado...”, de forma tal que “...la suspensión no se produce hasta veinte días después de la constitución en mora...”

IV. Mora “automática”: Reforma de la ley 17.711 de Guillermo Borda

Posteriormente, en el año 1968, se produce la principal reforma al Código Civil de Vélez Sarsfield, a través de la modificación liderada por Guillermo Borda, donde se hicieron diversos cambios de importancia.

Entre ello, se puede mencionar los cambios introducidos en el art. 509, donde se estableció la aplicación de la *mora automática*, es decir, sin necesidad de interpelación previa del acreedor.

V. Mora “no automática” y mora “informada” de los consumidores: Código Civil y Comercial de la Nación

En forma general, la doctrina suele señalar que, en virtud de lo establecido en el art. 886 (26), es que en el Código Civil y Comercial, existiría un principio general de *mora automática* aplicable a todas las personas.

En cambio, desde nuestro punto de vista, para la aplicación de la *mora*, se debe distinguir entre: (i) *no consumidores* y (iii) *consumidores*.

V.1. No consumidores

En estos casos, se aplica el art. 886 del Código Civil y Comercial que determina la aplicación de la *mora* en forma *automática* cuando el deudor (no consumidor) no cumple con su obligación en el transcurso del tiempo fijado (27).

V.2. Consumidores

V.2.a. En cambio, cuando se deba analizar el tema de los *consumidores*, es que nosotros entendemos que en la gran mayoría de los casos la *mora no es automática (sino que requiere interpelación previa)*, de acuerdo con las pautas de los arts. 873, 874, 1094 y concordantes del Código Civil y Comercial de la Nación.

V.2.b. Y, no solo eso, sino que también en todos los casos de los *consumidores (general) y los consumidores de seguros (en particular)*, es que se va a aplicar lo que nosotros denominamos: “Mora Informada”.

Ello significa que luego que el asegurado incurre en *mora*, se encuentra en una situa-

ción de *mora en proceso*, es decir, que todavía no se le pueden aplicar consecuencias perjudiciales en su contra.

V.2.c. Así entonces, para que la *mora en proceso* se puede convertir y tener las consecuencias de la *mora efectiva*, es que de manera imprescindible, los *proveedores* deben haber cumplido en forma previa con el *deber de información* (art. 1100 Cód. Civ. y Com.) y —en especial— con el *deber de advertencia* (art. 1710 Cód. Civ. y Com.).

V.2.d. Concretamente:

si el consumidor (o asegurado) incurre en *mora*, pero la empresa (o Compañía de Seguros) no le *informa*, ni lo *alerta* de dicha situación, es que al existir previamente *mora del acreedor* (por no cumplir con el *deber de información y deber de alerta*), no se le puede aplicar ninguna clase de sanción al consumidor, ni suspender la cobertura al asegurado.

VI. Mora no automática para los consumidores (obligaciones querables o de recogida)

Atento que el presente trabajo se centra en la “Mora Informada” (y, no tanto, en la “Mora no automática” de los Consumidores), es que *brevitatis causae* nos remitimos a todo lo que con anterioridad escribimos al respecto (28) (29) (30).

Como consecuencia de ello, es que seguidamente solo vanos a realizar una prieta síntesis, para resaltar algunas cuestiones básicas y fundamentales de la *mora no automática de los consumidores*.

VI.1. Prelación normativa (art. 1094 Cód. Civ. y Com.)

Debemos recordar que el Código Civil de Dalmacio Vélez Sarsfield era de aplicación complementaria, accesorio y residual, dado que salvo casos excepcionales de orden público, es que se aplicaba en los casos (especialmente, los contratos), donde las partes no hubieran establecido cuestiones específicas.

Pero, en el Código Civil y Comercial de la Nación, hay un *cambio de paradigma*, dado que es la *centralidad del sistema legal de derecho* y —además— la *protección de los consumidores* es una de las bases del sistema legal (de acuerdo con las mandas del art. 42 de la Constitución Nacional, al tratarse de un *derecho constitucionalizado*) (31).

Así, como en forma expresa se determina en los Fundamentos, el Código Civil y Comercial de la Nación es el “piso mínimo” y

“núcleo duro” para la protección de los consumidores y resaltándose que “...ninguna ley especial...puede derogar esos mínimos sin afectar el sistema...”

Y ello se encuentra normativamente avalado y potenciado a través del art. 1094, que en forma expresa y contundente determina que la normativa de protección de los consumidores del Código Civil y Comercial tiene “Prelación Normativa”.

VI.1.a. Prelación externa

Sostenemos que —obviamente— el Código Civil y Comercial (v.gr. *ley general*) modifica a cualquier *ley especial* (como es el caso de la Ley de Seguros), cuando se conculque o contradiga el *piso mínimo* o *núcleo duro* del Código Civil y Comercial (32).

VI.1.b. Prelación interna

El art. 1094 se va a aplicar prioritariamente en el tema *sub examine*, dado que la *prelación normativa* también es *interna*, es decir, que si una cuestión legal puede ser analizada con dos partes diferentes del Código Civil y Comercial, por la *prelación normativa interna se debe aplicar aquellos artículos del Código que más favorezcan al consumidor (por sobre los demás artículos del Código)*.

VI.2. Art. 886 vs. arts. 873 y 874

Pues bien, justamente, el tema de la *mora* se trata en el art. 886, pero también existe una regulación específica en los arts. 873 y 874 del Código Civil y Comercial de la Nación (33).

Así entonces, por estricta aplicación del Art. 1094, que ordena la *Prelación Normativa* de todo aquello que más beneficie a los consumidores, debemos introducirnos en dicho análisis legal.

VI.2.a. Art. 886 Cód. Civ. y Com.: en dicha norma se hace referencia a la *mora automática*, de manera que en los casos en que se aplique dicho artículo se podría sostener que el acreedor no tendría que realizar ninguna clase de actividad previa para que el deudor incurra en mora.

VI.2.b. Art. 873 Cód. Civ. y Com.: por otro lado, se debe resaltar que en el art. 873 Cód. Civ. y Com. se dice que el lugar de pago es aquel que se establece por “...acuerdo las partes...”, de manera expresa o tácita (34).

De forma tal que podemos señalar que (salvo aquellos casos excepcionales donde

(12) SOBRINO, Waldo, (Ponencia) “¿Qué se debe Informar? ¿Cómo se debe Informar? para cumplir con el Deber de Información”, presentada en el “XVIII Congreso Nacional e Internacional de Derecho de Seguros”, celebrado en la Ciudad de Paraná (Entre Ríos), los días 11, 12 y 13 de Mayo de 2022, donde se señalaba que: “...las Compañías de Seguros y los Productores de Seguros deben informar las cuestiones importantes y trascendentes del contrato, en especial, donde exista un ‘sesgo de optimismo irreal’ del consumidor con la finalidad de bajar las expectativas de los consumidores, teniendo en cuenta que atento que los contratos no se leen, es que se deben utilizar las modernas tecnologías (videos; Códigos QR; Legal Design; páginas web; etc.) para que la ‘obligación de resultado’ de informar resulte ‘eficiente’ para el consumidor o asegurado, bajo apercibimiento legal (art. 1100 Cód. Civ. y Com.) que todo aquello que no sea correctamente informado no se va a aplicar cuando perjudique al consumidor...”

(13) SOBRINO, Waldo, “Inteligencia artificial y neurociencias aplicadas en la Ley de Seguros”; publicado en S.A.I.J. (Sistema Argentino de Información Jurídica); con fecha 22 de sept. de 2021

(14) SOBRINO Waldo, “Ley de Seguros Comentada”, ob. cit., ps. 90 a 151.

(15) HAN, Byung-Chul, “La desaparición de los rituales”, Capítulo *Del Mito al Dataísmo*, donde explica con relación al *Big Data* que en realidad “...el saber que produce *Big Data* o los grandes volúmenes de datos es inasequible a nuestra

comprensión...”, Herder Ed., Buenos Aires, 2020, p. 106.

(16) ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso; BONMATI SÁNCHEZ, José y DOMENECH, Juan José Gonzalo, “Implicaciones jurídicas en el desarrollo y uso de sistemas de Inteligencia Artificial en el Sector Asegurador”, Cap. 3 “Las nuevas Tecnologías y el sector Asegurador: INSURTECH”, acáp. 3.4 “Tecnologías aplicables en el Sector Asegurador”, subacáp. 3.4.2 “Internet of Things (IoT)”, donde se explican los cuatro (4) ecosistemas digitales de mayor aplicación en los seguros: 1) Automóviles conectados; 2) Salud de los asegurados; 3) Viviendas inteligentes; 4) Líneas comerciales, p. 46 y ss. publicado por Fundación MAPFRE, Madrid, 2021.

(17) COLOMBO, Celeste, “¿La utilización de algoritmos es una actividad riesgosa?”, donde enseña que el Deep Learning es “...una versión de aprendizaje automático que intenta imitar el razonamiento humano: los algoritmos trabajan en capas de redes neuronales artificiales...”, LA LEY 08/11/2019, 1.

(18) MUÑOZ PAREDES, María Luisa, “Big Data y contrato de seguro: los datos generados por los asegurados y su utilización por los aseguradores”, Aranzadi, Navarra, España, 2020, Cap. III “Ventajas y Desventajas del uso del ‘Big Data’ en el sector Asegurador”, p. 141, publicado en el libro *La regulación de los Algoritmos*.

(19) GOMEZ SANTOS, María, “Reaseguro y Big Data: hacia una nueva configuración del mercado asegurador”, en *Retos y Desafíos del Contrato de Seguro: del necesario*

‘aggiornamento’ a la metamorfosis del contrato (Libro Homenaje al Profesor Rubén Stiglitz), Ed. Civitas - Thomson Reuters, España, 2020, Cap. 9, p. 313 y ss.

(20) JUNQUEIRA, Thiago, “Big Data, Algoritmos e Inteligencia Artificial: os seguros em direção a uma autoestrada ou a um penhasco?”, publicado en *Direito do Seguro Contemporâneo* (Dirs. Ernesto Tzirulnik y Paulo Luiz de Toledo Piza), Roncarati, Brasil, 2021, t. II, cap. 35, ps. 1195 y ss.

(21) SOBRINO, Waldo “Inteligencia Artificial y Neurociencias aplicadas en la Ley de Seguros”, LA LEY 22/09/2021, 1.

(22) VEIGA COPO, Abel, “Seguro y Tecnología. El impacto de la digitalización en el contrato de seguro”, Thomson Reuters, España, 2020, Parte Primera, Cap. VIII “La función del seguro en la era digital y del Big Data”, ps. 130 a 149.

(23) BOFFI BOGGERO, Luis María, “Tratado de Derecho de las Obligaciones”, Astrea, Buenos Aires, 1985, t. 2, parágr. n° 423, p.143 y ss.

(24) MAZEAUD, Henri - MAZEAUD, Léon - TUNC, André, “Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual”, ob. cit., parágr. 2.284, p. 460 y ss.

(25) RIPERT, Georges - BOULANGER, Jean, “Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol”, La Ley, Buenos Aires, 1987, traducción de la Dra. Delia García Daireaux, bajo la supervisión del Dr. Jorge Joaquín Llamblas, Tomo VIII, “Contratos Civiles”, Sexta Parte “Seguros”, Cap. I ‘El Contrato de Seguros’, Secc. 2 ‘Obligaciones de

las partes’. Acáp. 1 ‘Obligaciones del asegurado’, apart. B ‘Pago de la prima’, parágr. n° 2.366 “Sanción de la falta de Pago de la Prima”, p. 562 y ss.

(26) SABAT MARTÍNEZ, José María, en “Código Civil y Comercial (Análisis Jurisprudencial. Comentado, Concordado y Anotado)”, Nova Tesis, Rosario, 2015, t. III, art. 886.

(27) CALVO COSTA, Carlos, “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, t. V, art. 886, p. 380.

(28) SOBRINO, Waldo, “Ley de Seguros Comentada”, ob. cit., p. 412.

(29) SOBRINO, Waldo, “La mora en el pago de la prima del seguro”, ob. cit.

(30) SOBRINO, Waldo, “Seguros y el Código Civil y Comercial”, ob. cit., ps. 784 y ss., t. I, Cap. IX ‘Seguros y el Nuevo Derecho del Código Civil y Comercial’, Acáp. IX.10 “Pago de la Prima”, acáp. 8) “Aplicación automática y secreta de la suspensión de cobertura, sin necesidad de informar al asegurado”.

(31) ZENTNER, Diego, “Contrato de Consumo”, La Ley, Buenos Aires, 2010.

(32) SOBRINO, Waldo, “Ley de Seguros Comentada”, ob. cit., p. 85 y ss.

(33) CALVO COSTA, Carlos, “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, ob. cit., t. V, art. 873, p. 353.

(34) WAYAR, Ernesto Clemente, “Tratado de la Mora”, Abaco, Buenos Aires, 1981, Cap. VII ‘Mora y el Lugar de

existiera un *acuerdo tácito del lugar de pago* en los contratos de adhesión y —en especial— en los contratos de consumo no existe ninguna clase de acuerdo respecto al lugar de pago.

En efecto, resulta una verdad de a puños que en los contratos de consumo (y, en los contratos de adhesión) no existe un “...acuerdo de partes...”, como exige la normativa del art. 873 para el lugar de pago (dado que no existe propiamente un ‘contrato’ de consumo, sino un ‘vínculo’ de consumo) (35).

VI.2.c. Art. 874 Cód. Civ. y Com.: atento a lo antes expuesto, es que ineluctablemente debemos abreviar en el art. 874 que ordena que si nada se ha acordado “...el lugar de pago es el domicilio del deudor...”

De esta forma, queda claro que si *el lugar de pago es el domicilio del deudor*, que en el caso *sub examine* es un *consumidor*, nos encontramos legalmente frente a: *Obligaciones querables o de recogida*.

VI.3. Obligaciones querables o de recogida

Una de las consecuencias de la aplicación del art. 874 es que vamos a encontrarnos frente a *Obligaciones Querables o de Recogida*, es decir, que: *el acreedor tiene que ir a recoger o cobrar el dinero al domicilio del deudor* (36).

Así, entonces, resulta evidente que *la mora no es automática*, dado que en forma previa debe existir una actividad concreta del acreedor, que tiene que concurrir al domicilio del deudor, para que se le pague (37).

Y, por ello, justamente, *la mora no es automática*, ya que —necesariamente— tiene que existir una conducta efectiva, concreta y afirmativa del acreedor, antes de que pueda existir *mora del deudor* (38).

VI.4. Jurisprudencia: “Berenstein” y “Rendo”

Si bien las obligaciones querables o de recogida (39) quizás no son demasiado conocidas, hay que destacar que existen distintos fallos que las han aplicado en forma específica.

cumplimiento”, acáp. n° 73 ‘La Mora del deudor cuando la obligación debe pagarse en su propio domicilio’, p. 478.

(35) SOBRINO, Waldo, “Contratos, Neurociencias e Inteligencia Artificial”, La Ley, Buenos Aires, 2020, Capítulo VI “Los ‘Contratos de Consumo’ son reemplazados por los ‘Vínculos de Consumo’”, ps. 107 a 161.

(36) ENNECCERUS, Ludwig - KIPP, Theodor - WOLFF, Martin, “Tratado de Derecho Civil”, t. II ‘Derecho de las Obligaciones’, Vol. I ‘Doctrina General’, (undécima revisión por Heinrich Lehmann, trad. de la 35ª edic. alemana por Blas Pérez González y José Alguer), Cap. I ‘Esencia y Contenido de las Obligaciones’, Pto. III ‘Modalidades de la Prestación’, acáp. n° 23 ‘Lugar de la Prestación’, Librería Bosch, Barcelona, España, 1933, p. 123.

(37) LÓPEZ MESA, Marcelo, “Las Obligaciones Querables (Requeribles) o de Recogida (categoría obligacional poco profundizada, pero de importancia práctica)”, donde se hace un profundo y excelente análisis de este tipo de obligaciones y cuya lectura es altamente recomendable, LA LEY 12/06/2013, 1.

(38) SOBRINO, Waldo, “Seguros y el Código Civil y Comercial”, La Ley, Buenos Aires, 2018, 2ª ed. actualizada y ampliada, t. I, cap. IX ‘Seguros y el Nuevo Derecho del Código Civil y Comercial’, acáp. IX.10 “Pago de la Prima”, Subacápite 4) “Las Obligaciones ‘Querables’ o de ‘Recogida’ son un ‘Principio General’ en el Derecho de Consumo y de los Consumidores de Seguros (según el Código Civil y Comercial)”, p. 759 y ss.

(39) SOBRINO, Waldo, “La Mora en el pago de la Prima del Seguro. Ilegalidad de la suspensión secreta y automática de la cobertura”, ob. cit., en especial: Capítulo VI “La ‘mora’ en las obligaciones querables o de recogida.

(40) Ver: CNCom., sala D, “Berenstein, Adolfo vs. Omega Coop. de Seguros Ltda. y otros”, 29/08/1995, TR LALEY AR/JUR/797/1995.

(41) SOBRINO, Waldo, “Consumidores de Seguros”, donde se menciona a la “...tradicional sentencia en el caso ‘Berenstein; A. vs. Omega Cooperativa de Seguros’, con un enjundioso voto del Dr. Alberti, donde para avalar

VI.4.a. “Berenstein, Adolfo vs. Omega Coop. de Seguros Ltda. y otros” (40), donde el recordado Camarista Eduardo Alberti explicaba que las obligaciones querables o de recogida (41) señalando que “...consiste en presentarse para cobrar en la sede del deudor de la prestación pecuniaria (sobre estos conceptos, y por todos, ver “lugar de pago”, en “Obligaciones”, del famoso Enneccerus)...” (42)

VI.4.b. “Rendo, Claudio vs. La Mercantil Andina S.A. s/Daños y Perjuicios” (43), dictada por la Sala Primera, Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial Mar del Plata, de fecha 21 de Junio de 2018, determina que las obligaciones querables o de recogida, son “...obligaciones en donde el pago se realiza en el domicilio del deudor...”, de manera tal que “...la mora del asegurado no es automática. ...”

Agregando luego que “...para que pueda producirse la mora del deudor, debe existir una conducta previa del acreedor, constituida justamente por la concurrencia al domicilio de aquel a cobrar la suma adeudada...” (44).

VII. Mora informada

VII.1. Introducción

En forma independiente y complementaria al tema de la mora automática o mora con interpelación previa, se debe analizar la trascendente cuestión de la: “Mora Informada”.

Ello es así, dado que luego que el consumidor pueda incurrir técnicamente dentro del concepto de ‘mora’, se debe analizar con profundidad todo lo inherente a la ‘mora informada’.

VII.2. Deber de información + deber de asesoramiento + deber de advertencia

Con la finalidad de no realizar reiteraciones innecesarias, en forma asaz sintética, haremos unas breves consideraciones del *Deber de Información + Deber de Asesora-*

estas pautas, por un lado, se acude a la realidad de los hechos y —por otro lado— se fundamenta en las obligaciones querables o de recogida...”, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 517.

(42) ENNECCERUS, Ludwig - KIPP, Theodor - WOLFF, Martin, “Tratado de Derecho Civil”, ob. cit.

(43) En la Sentencia “Rendo, Claudio vs. La Mercantil Andina S.A.” se enseña que “...por otro lado, si la aseguradora pretendiera prevalerse de la mora del deudor, estaría a su cargo demostrar fehacientemente que concurrió al domicilio del asegurado a cobrar la prima en forma previa al vencimiento...” Por todo ello, en este fundamental fallo se explica que: “...se trata de las denominadas obligaciones querables o de recogida, definición que nuestra doctrina y jurisprudencia han reservado para aquellas que deben cumplirse en el domicilio del deudor, siendo una de sus principales consecuencias la ausencia de mora automática a su respecto, ya que —como vimos supra— el acreedor en forma previa debe concurrir al domicilio del deudor para que este, ante la falta de pago, recién incurra en mora...” de manera tal que el acreedor deberá probar que concurrió a cobrar en el domicilio del asegurado

(44) OSTERLING PARODI, Felipe - CASTILLO FREYRE, Mario, “Compendio de Derecho de las Obligaciones”, Paletta Edit., Lima, 2008, p. 205; citado por LÓPEZ MESA, Marcelo; “Las Obligaciones Querables (Requeribles) o de Recogida (categoría obligacional poco profundizada, pero de importancia práctica)”, Cap. III “La Mora en las obligaciones querables o de recogida”, ob. cit.

(45) SOBRINO Waldo, “Ley de Seguros Comentada”, ob. cit., p. 275 y ss.

(46) SOBRINO, Waldo, (Ponencia) “Deber de Información + Deber de Asesoramiento + Deber de Advertencia: el ‘Ave Fénix’ en favor de los Consumidores (y la aplicación de la ‘Teoría del fruto del Árbol envenenado’”, presentada en el “XVIII Congreso Nacional e Internacional de Derecho de Seguros”, celebrado en la Ciudad de Paraná (Entre Ríos), los días 11, 12 y 13 de mayo de 2022,

miento + Deber de Advertencia (45), en especial, aplicada al tema *sub examine*, referido a la *mora informada* (46).

VII.2.a. Deber de información

VII.2.a.i. *Preliminar*: en forma introductoria, señalamos que el *Deber de Información*, analizado *lato sensu*, también incluye al *Deber de Asesoramiento* (o *Deber de Consejo*) y al *Deber de Advertencia* (o *Deber de Alerta* o *Deber de Prevención del Daño*) (47)

VII.2.a.ii. Sentado lo antes expuesto y haciendo referencia directa al *Deber de Información* propiamente dicho, debemos señalar que tiene su fundamento legal en el art. 42 de la Carta Magna (48); el art. 1100 del Cód. Civ. y Com.; el art. 4º de la Ley de Defensa del Consumidor, art. 11 de la Ley de Seguros (49), etc., determinando que existe la *obligación legal* de las empresas de informar a los consumidores respecto de *todas las características, especificaciones y “...circunstancias relevantes” vinculadas con el bien o servicio comercializado*

Continuando con el análisis, es que ahora debemos hacernos la siguiente pregunta:

¿ la suspensión de cobertura del seguro por la mora en el pago de la prima es una ‘circunstancia relevante’ ?

Adelantamos que la respuesta debe ser *binaria*:

Si o No !

No hay otra alternativa.

Así, abrevando tanto en el *sentido común*, como en la *Navaja de Ockham* (50), es que la respuesta es unívoca:

¡¡¡ la suspensión de cobertura de un seguro es quizás la “*circunstancia relevante*” más importante del seguro !!!

Por tanto: *no hay ninguna duda de que la Compañía de Seguros (profesional / provee-*

donde se señalaba que: “...el siglo XXI implica un cambio de paradigma en el Derecho de Seguros, donde el “Deber de Información” (art. 42 de la Constitución Nacional, art. 1100 del Cód. Civil y Com.); el “Deber de Asesoramiento” (art. 10, ley 22.400 y arts. 1725 y 961 Cód. Civil y Com.) y el “Deber de Advertencia” (art. 1710 del Código Civil y Comercial) van a resurgir como un ‘Ave Fénix’ en favor de los Consumidores, de manera tal que el incumplimiento de estas obligaciones por parte de las Compañías de Seguros y/o Productores de Seguros perjudicará legalmente a los profesionales y beneficiará a los consumidores por aplicación de la ‘Teoría del fruto del árbol envenenado’...”

(47) SOBRINO, Waldo, “Contratos, Neurociencias e Inteligencia Artificial”, ob. cit., p. 81.

(48) SAHIAN, José, “El Nuevo Derecho del Consumidor”, Cap. 3 “Derecho de los Consumidores a la Información”, acáp. IV ‘Naturaleza del Derecho a la Información de los consumidores en el ordenamiento constitucional argentino’, sub acáp. 1 “Fundamentalidad’ del Derecho a la Información de los consumidores”, donde con toda precisión se enseña que “...se admite sin hesitación la naturaleza constitucional del derecho a la información en la relación de consumo...”, p. 69 y ss. y subacápite 2 “Dimensión convencional de los derechos de los consumidores”, p. 77 y ss., La Ley, 2020.

(49) SOBRINO, Waldo, “Inteligencia Artificial y Neurociencias aplicadas en la Ley de Seguros”, ob. cit., Cap. X “Los diez (10) principales impactos en la Ley de Seguros por aplicación de las Neurociencias y la Inteligencia Artificial”, donde se desarrolla el impacto en (i) art. 1º: Contrato de Seguros; (ii) art. 5º: Reticencia; (iii) art. 11: Deber de Información; (iv) art. 12: Modificación unilateral de la póliza de seguros; (v) art. 15: Toma de conocimiento de la Compañías de Seguros de la Denuncias e Informaciones; (vi) art. 36: Caducidades; (vii) arts. 46 y 115: Denuncia del siniestro; (viii) art. 56: Plazo para aceptar o rechazar el siniestro; (ix) art. 65: Prorrata; (x) art. 118: Expectativas Razonables.

dor) debe informar al asegurado (consumidor / adherente) de que la principal prestación (v.gr. cobertura del seguro) se suspende por falta de pago.

VII.2.a.iii. Primera conclusión

Como consecuencia del “Deber de Información”, la Compañía de Seguros tiene la obligación legal de informar al asegurado en los casos en que se suspenda la cobertura por mora en el pago de la prima.

VII.2.b. Deber de asesoramiento (o deber de consejo)

VII.2.b.i. El Deber de Asesoramiento (51) (52) de las empresas en general y de las Compañías de Seguros, en particular (53) (y los Productores de Seguros, en especial —por orden del art. 10 de la ley 22.400—), significa que los profesionales deben “...asesorar al asegurado a los fines de la más adecuada cobertura...” (art. 10., inciso c. de la ley 22.400) (54) (55).

VII.2.b.ii. Segunda conclusión

Como derivación del “Deber de Asesoramiento” es que los profesionales (v.gr. Compañía de Seguros y Productores de Seguros) deben informar al asegurado la suspensión de cobertura, con la finalidad de mantener “la más adecuada cobertura”.

VII.2.c. Deber de advertencia (o deber de alerta o deber de prevención del daño)

VII.2.c.i. Y, el Deber de Advertencia, todavía exige más a los profesionales, dado que les impone la obligación legal de alertar al consumidor, en el sentido si el bien o servicio le puede producir algún perjuicio (56).

Es fundamental resaltar que el *Deber de Advertencia* se encuentra íntimamente vinculado con el *Deber de Prevención del daño* (57), expresamente normado en el art. 1710 del Código Civil y Comercial (58), dado que en la filosofía imperante en la nue-

(50) SOBRINO, Waldo, (Ponencia) “Seguro de Responsabilidad Civil de Automotores: algunas exclusiones irrazonables de cobertura (según la navaja de Ockham y Emma Zunz de Jorge Luis Borges)”, presentada en las “XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil”, celebradas el 26, 27 y 28 de Septiembre de 2013, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires

(51) STIGLITZ, Rubén, “Derecho de Seguros”, t. I, párr. n° 333 “El Deber de Consejo. La Obligación precontractual y contractual de Consejo”, donde explica que el Deber de Asesoramiento o Deber de Consejo es una obligación “...más pesada que la simple obligación de información...”, La Ley, Buenos Aires, 2008, 5ª ed. actualizada y ampliada, p. 401.

(52) CHAMATROPULOS, Alejandro, “Impacto del Código Civil en la regulación del Deber de Información vigente en las relaciones de consumo (más algunos aspectos adicionales...)”, RCCyC 2016 (diciembre), 18

(53) GAMEN, Sebastián A., “El Deber de Consejo en los contratos de seguros”, RCyS 2013-I, 281.

(54) SOBRINO, Waldo, “Ley de Seguros Comentada”, ob. cit.

(55) LORENZETTI, Ricardo, “Consumidores”, “El Deber de Consejo: escribanos, asesores financieros”, p. 180, donde explica que el Deber de Consejo se diferencia con el Deber de Información, en el sentido que importa “...un plus sobre la misma...”, dado que se le debe agregar una “...opinión motivada...”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003.

(56) SOBRINO Waldo, “Ley de Seguros Comentada”, ob. cit., p. 282 y ss.

(57) SOBRINO, Waldo, “Seguros y el Código Civil y Comercial”, ob. cit., ps. 491 a 541, Tomo I, Capítulo IX, acáp. IX.1) “El ‘Deber de Información’: y su relación con el ‘Deber de Prevención’, el ‘Deber de Precaución’, el ‘Deber de Consejo’ y el ‘Deber de Advertencia’”.

(58) ARAZI, Roland, “Aciertos y comentario crítico del Código Civil y Comercial”, LA LEY 11/11/2015, 5.

va normativa la mejor manera de reparar un daño es que el daño no se produzca (59) (60).

Y, si bien el *Deber de Advertencia* (61) es quizás el que menos desarrolló la doctrina y la jurisprudencia, está tomando una *centralidad fundamental* para la protección de los derechos de los consumidores (62).

Nótese que el *Deber de Alertar la suspensión de la cobertura* (por falta de pago de la prima del seguro) es la “principal advertencia” que se tiene que notificar al asegurado.

Ello es así, dado que si el asegurado no tiene cobertura del seguro, no tiene nada...

VII.2.c.ii. Respecto a la *obligación legal* de la *Compañía de Seguros* de informar al asegurado con relación a la *suspensión de cobertura* por *mora en el pago de la prima*, hace varios años, analizando el tema del “*Deber de Advertencia de la Compañía de Seguros*”, ya decíamos en nuestra obra *Seguros y el Código Civil y Comercial* (63) que:

“...Otro incumplimiento flagrante y generalizado del *Deber de Advertencia*, se produce en los seguros de responsabilidad civil de automotores obligatorios, cuando por distintas circunstancias el asegurado no paga la Prima y la Compañía de Seguros suspende la cobertura sin notificarlo...”

Señalando luego que:

“...Después de muchos años de abogado y de estudiar la temática de seguros, todavía no llego a comprender la causa por la cual las Aseguradoras no notifican a los asegurados que se produjo la suspensión de cobertura...”

Agregando más adelante:

“...Y, tampoco llego a comprender cómo los Tribunales aceptan que en los seguros obligatorios, donde resulta harto evidente que se busca proteger a las víctimas de accidentes de tránsito, se tolere este actuar negligente (*rectius*: doloso —v.gr.: “...manifiesta indiferencia por los intereses ajenos...”); art. 1724—), de las Compañías de Seguros y se les permita eximirse de responsabilidad, cuando no informaron al asegurado de la suspensión de cobertura...”

Y, finalizamos afirmando que:

“...Por ello, en nuestra opinión, la Compañía de Seguros, que no cumplió dolosamente con el *Deber de Advertencia*, informando que existe un retraso en el pago y no le avisó

al asegurado que va a suspender la cobertura, es que debe ser legalmente responsable del siniestro (arts. 9, 1067, 1084 y complementarios del Código Civil y Comercial)...”

Sentado todo lo expuesto, nos preguntamos:

¿ existe alguna otra cuestión más relevante, fundamental y sustancial para alertar a un asegurado, que advertirle que se suspende la cobertura del seguro (por falta de pago de la prima) ? (64)

Obvio que no...

VII.2.c.iii. Es imprescindible resaltar que uno de los pilares del cambio de filosofía del Código Civil y Comercial es que se prioriza la *prevención del daño* (por sobre la *reparación del daño*)

Por ello, el art. 1710 del Código Civil y Comercial (65), bajo el título de “*Deber de Prevención del daño*”, les ordena a las empresas en general y Compañías de Seguros, en particular, que:

“toda persona (en especial, las Compañías de Seguros frente a los consumidores) tiene el deber (v.gr. ‘obligación legal’) en cuanto de ella dependa, de: .b) adoptar de buena fe, y conforme a las circunstancias (alertar al asegurado, el estado de mora), las medidas razonables para evitar que se produzca un daño (suspensión de cobertura del seguro)”.

VII.2.c. iv. Tercera conclusión

En los casos en que la Compañía de Seguros no cumplió con el *Deber de Prevención del art. 1710 del Código Civil y Comercial* (66), se la debe hacer legalmente responsable por dicho incumplimiento.

VII.3. Mora en proceso

VII.3.a. Continuando con lo que venimos desarrollando, es que vamos a analizar concretamente, la *mora en proceso*, es decir, cuando el consumidor o asegurado incurre en el proceso de mora.

Aquí es donde debemos resaltar que en esta *mora en proceso* (o *mora sin consecuencias legales para el consumidor*) todavía no tiene ninguna clase de sanción al deudor, dado que a esta *mora en potencia*, todavía le falta para ser *aplicada*, que:

la empresa (profesional o Compañía de Seguros) cumpla previamente con el *Deber de Información* (y *Deber de Advertencia* o *Deber de Prevención*).

situación, cumpliendo cabal y eficientemente con sus obligaciones legales: el *Deber de Información* (art. 42 de la Const. Nac., art. 1100 del Cód. Civil y Comercial); *Deber de Asesoramiento* (art. 10 de la ley 22.400 y arts. 1725 y 961 Cód. Civil y Com.) y *Deber de Advertencia* (art. 1710 del Cód. Civ. y Com.)...”

(65) SOBRINO, Waldo, “El ‘Deber de Prevención’ (art. 1710 del Código Civil y Comercial) y su aplicación a los Seguros”, publicado en www.saij.gov.ar, del mes de junio de 2017.

(66) ARAZI, Roland, “Acertos y comentario crítico del Código Civil y Comercial”, ob. cit., pto. 5, donde con relación a la Función Preventiva del art. 1710 enseña que es “...uno de los mayores logros de la reforma...”.

(67) SOBRINO, Waldo, (Ponencia) “Deber de Información + Deber de Asesoramiento + Deber de Advertencia: el ‘Ave Fénix’ en favor de los Consumidores (y la aplicación de la ‘Teoría del fruto del árbol envenenado’)”, presentada en el “XVIII Congreso Nacional e Internacional de Derecho de Seguros”, celebrado en la Ciudad de Paraná (Entre Ríos), los días 11, 12 y 13 de mayo de 2022, donde se señalaba que: “...el siglo XXI implica un cambio de paradigma en el Derecho de Seguros, donde el ‘Deber de Información’ (art. 42 de la Const. Nacional, art. 1100 del Cód. Civil y Com.) y el ‘Deber de Asesoramiento’ (art. 10, ley 22.400 y arts. 1725 y 961 Cód. Civil y Com.) van a resurgir como un ‘Ave Fénix’ en favor de los Consumidores, de manera tal que el incumplimiento de

VII.3.b. En efecto, si a la *mora en proceso* no se le agrega el *cumplimiento del Deber de Información* (lato sensu), no va a tener ninguna clase de consecuencias perjudicial para el consumidor o asegurado (67).

De esta forma, la *mora en proceso* es una situación indispensable, pero no suficiente, dado que si no existe también el cumplimiento del *deber de Información de la empresa al consumidor, alertando del estado de mora, no se le van a aplicar sanciones al consumidor*

VII.3.c. Por analogía, un ejemplo de la Ley de Seguros nos va a servir para explicar la cuestión.

Sabido es que el art. 30 de la ley 17.418 (68) ordena que: *la prima se adeuda desde la vigencia del seguro, pero solo es exigible después de la entrega de la póliza.*

En el caso *sub examine* sucede lo mismo: la *mora (en proceso)* inicia el análisis de la cuestión, pero *no va a tener ninguna clase de repercusión perjudicial al consumidor, sino después de que la empresa (profesional) hubiera cumplido con el Deber de Información (del estado de mora).*

VII.4. Mora efectiva

VII.4.a. Así, después de la *mora en proceso* + *cumplimiento del Deber de Información*, se va a poder hablar de *mora efectiva*, es decir, que se puedan llegar a aplicar las consecuencias perjudiciales al consumidor en mora.

En efecto, la *mera mora en proceso*, si no se le agrega el indispensable y fundamental *cumplimiento del Deber de Información*, no va a tener ninguna consecuencia legal en contra del consumidor.

VII.4.b. Todo ello es la sencilla y concreta aplicación del art. 42 de la Constitución Nacional y el art. 1100 del Código Civil y Comercial, que exige y ordena a las empresas a cumplir con el deber de información con relación a las “...circunstancias relevantes...” (como es —justamente— la situación de mora de consumidor) (69).

VII.4.c. Si la empresa *no cumple con el deber de información, no lo considera una ‘circunstancia relevante’*

Y, si la propia empresa considera que *no se trata de una ‘circunstancia relevante’*,—obviamente— *no se le puede aplicar nin-*

guna clase de sanción al consumidor (por incumplir —v.gr. mora— con un pago, que la misma empresa considera que ‘no es una circunstancia relevante’.

Si la empresa hubiera considerado la *mora del consumidor* como una *circunstancia relevante*, lo hubiera informado al consumidor (cumpliendo con el *deber de información*)...

VIII. Sanciones por no informar la mora del asegurado

VIII.1. Introducción

Para comenzar el análisis, debemos recordar a Rudolph von Ihering, cuando con toda sabiduría enseñaba que “...el derecho es una idea práctica...” (70), de manera que el Derecho no debe quedar en algo meramente teórico, sino que debe aplicarse a la realidad.

Así, una de las tantas rémoras de la doctrina y jurisprudencia es la referida a *las sanciones concretas a las empresas cuando no cumplen con el Deber de Información y/o Deber de Asesoramiento y/o Deber de Advertencia.*

Así, entonces, es que seguidamente estudiaremos *las sanciones aplicables a las empresas que no cumplen con el deber de informar el estado de mora del consumidor* (71).

Inicialmente y sin pretender incursionar en el terreno de la filosofía del derecho, debemos partir de la *premisa fundamental* (como bien enseña el profesor alemán Robert Alexy) (72) respecto de la característica *deontológica del Derecho* (v.gr. *reglas y principios*), de manera que *el derecho es de aplicación obligatoria* y que *su incumplimiento genera sanciones legales.*

VIII.2. No cumplimiento del deber de información + deber de asesoramiento + deber de advertencia

Acercándonos más al tema *sub examen*, también debemos analizar *las sanciones que se deben aplicar a las empresas por no cumplir con el Deber de Información + Deber de Asesoramiento + Deber de Advertencia* (73).

Nótese que no estamos hablando de un *tema menor*, sino que —por el contrario— las *obligaciones legales* vinculadas con el *Deber de Información* (lato sensu) intentan tratar de disminuir un poco la absoluta asimetría de conocimiento entre los *profesionales* (empresas) y los *consumidores* (profanos).

(59) SOBRINO, Waldo, “El ‘Deber de Prevención’ (art. 1710 del Código Civil y Comercial) y su aplicación a los Seguros”, publicado en www.saij.gov.ar, del mes de junio de 2017

(60) VEIGA COPO, Abel, “Los Principios de Derecho Europeo del Contrato de Seguro”, Cap. II ‘Los Principios. Hacia un nuevo modelo regulatorio del seguro’, acáp. 3 “Perfección y duración del contrato de seguro”, donde hace referencia al Artículo 2:202 de los Principios de Derecho Europeo del Contrato de Seguro, cuyo título es “Deber de Advertencia sobre inconsistencias en la cobertura”, Grupo Editorial Ibáñez y la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2012, p. 80.

(61) TÉVEZ, Alejandra, “El ‘Deber de Advertencia’ en las relaciones de consumo”, LA LEY 05/05/2015, 1.

(62) SOBRINO Waldo, “Ley de Seguros Comentada”, ob. cit., p. 282 y ss.

(63) SOBRINO, Waldo, “Seguros y el Código Civil y Comercial”, ob. cit., p. 534 y ss.

(64) SOBRINO, Waldo, (Ponencia) “Aunque exista mora del asegurado en el pago de la prima, las Compañías de Seguros tienen que pagar los siniestros”, presentada en el “XVIII Congreso Nacional e Internacional de Derecho de Seguros”, celebrado en la Ciudad de Paraná (Entre Ríos), los días 11, 12 y 13 de mayo de 2022, donde se señalaba que: “...en los casos de mora del asegurado en el pago de la prima, la Compañía de Seguros igualmente pagar todas las prestaciones del seguro, salvo que en forma previa hubiera alertado al asegurado de dicha

estas obligaciones por parte de las Compañías de Seguros y/o Productores de Seguros perjudicará legalmente a los profesionales y beneficiará a los consumidores por aplicación de la ‘Teoría del fruto del árbol envenenado’...”

(68) SOBRINO Waldo, “Ley de Seguros Comentada”, ob. cit., p. 405 y ss.

(69) SOBRINO, Waldo, (Ponencia) “Aunque exista mora del asegurado en el pago de la prima, las Compañías de Seguros tienen que pagar los siniestros”, presentada en el “XVIII Congreso Nacional e Internacional de Derecho de Seguros”, celebrado en la Ciudad de Paraná (Entre Ríos), los días 11, 12 y 13 de mayo de 2022, donde se señalaba que: “...en los casos de mora del asegurado en el pago de la prima, la Compañía de Seguros igualmente pagar todas las prestaciones del seguro, salvo que en forma previa hubiera alertado al asegurado de dicha situación, cumpliendo cabal y eficientemente con sus obligaciones legales: el *Deber de Información* (art. 42 de la Const. Nac., art. 1100 del Cód. Civil y Comercial); *Deber de Asesoramiento* (art. 10 de la ley 22.400 y arts. 1725 y 961 Cód. Civil y Com.) y *Deber de Advertencia* (art. 1710 del Cód. Civ. y Com.)...”

(70) IHERING, Rudolph von, “La Lucha por el Derecho”, donde las primeras seis palabras de su excelente obra son: “...el derecho es una idea práctica...”, Civitas, Madrid, 1985, p. 59.

(71) SOBRINO, Waldo, (Ponencia) “Deber de Información + Deber de Asesoramiento + Deber de Advertencia:

el ‘Ave Fénix’ en favor de los Consumidores (y la aplicación de la ‘Teoría del fruto del árbol envenenado’)”, presentada en el “XVIII Congreso Nacional e Internacional de Derecho de Seguros”, celebrado en la Ciudad de Paraná (Entre Ríos), los días 11, 12 y 13 de mayo de 2022, donde se señalaba que: “...el siglo XXI implica un cambio de paradigma en el Derecho de Seguros, donde el ‘Deber de Información’ (art. 42 de la Const. Nacional, art. 1100 del Cód. Civil y Com.) y el ‘Deber de Advertencia’ (art. 1710 del Cód. Civ. y Com.) van a resurgir como un ‘Ave Fénix’ en favor de los Consumidores, de manera tal que el incumplimiento de estas obligaciones por parte de las Compañías de Seguros y/o Productores de Seguros perjudicará legalmente a los profesionales y beneficiará a los consumidores por aplicación de la ‘Teoría del fruto del árbol envenenado’...”

(72) ALEXY, Robert, “Teoría de los Derechos Fundamentales”, Cap. III ‘La estructura de las normas de Derecho Fundamental’, acáp. I. “Reglas y Principios”, sub acáp. 1. ‘Criterios tradicionales para la distinción entre Reglas y Principios’, trad. por Carlos Bernal Pulido; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, 2008, p. 64 y ss.

(73) SOBRINO Waldo, “Ley de Seguros Comentada”, ob. cit., p. 297, t. 1, Tercera Parte: ‘Ley de Seguros Comentada’, art. 11, acáp. XI “Sanciones para el incumplimiento del Deber de Información”.

O, como suele manifestar la doctrina: *el deber de Información es la columna vertebral del Derecho de los Consumidores.*

Pues, bien, la pregunta es:

¿qué consecuencias legales se aplican cuando las empresas rompen la columna vertebral del Derecho de los Consumidores, por no cumplir con el Deber de Información (lato sensu)?

VIII.3. *Mora del Consumidor (asegurado) y no cumplimiento del deber de información de la empresa*

Profundizando más el análisis, debemos estudiar el no cumplimiento del Deber de Información de las empresas, cuando el consumidor incurre en mora.

Para ello, nos podemos hacer algunas preguntas básicas:

El Deber de Información de las empresas... ¿es una mera sugerencia ética o es una obligación legal?

¿El incumplimiento de una obligación legal genera alguna consecuencia jurídica?

La respuesta a todos estos soliloquios (74) nos determina que *la violación del art. 1100 del Código Civil y Comercial y del art. 42 de la Constitución Nacional, obviamente, tiene que generar consecuencias disvaliosas y perjudiciales para las empresas incumplidoras (75).*

De manera tal que:

si las empresas en general y las Compañías de en particular, no cumplen con el Deber de Información (art. 1100 Cód. Civ. y Com.) y Deber de Advertencia (art. 1710 Cód. Civ. y Com.)

alertando al consumidor y/o asegurado del estado de 'mora', no se le va a aplicar ninguna sanción al vulnerable, ni se va a suspender la cobertura de la póliza de seguros, dado que existe un incumplimiento grave y previo de la empresa.

Como consecuencia de ello, si la Compañía de Seguros y/o el Productor de Seguros no cumplen con el Deber de Información + Deber de Asesoramiento + Deber de Advertencia (en forma previa y eficiente), *no se va a poder aplicar en perjuicio del asegurado distintos institutos y/o normativas y/o cláusulas del contrato de seguros; como por ejemplo: (i) desvalorización de la suma*

asegurada (76); (ii) prorrateada (77); (iii) agravación del riesgo; (iv) caducidades legales; (v) caducidades convencionales; (vi) exclusiones de cobertura; (vii) reticencia; (viii) denuncia del siniestro (en especial en la nefasta cláusula "claims made") (78); (ix) salvamento; (x) suspensión de cobertura por mora en el pago de la prima (79), etc.

IX. Suspensión de cobertura en forma secreta, automática e ilegal

IX.1. Desde hace varios años (80), en distintas publicaciones (81), venimos alertando de la injusticia y la irrazonabilidad de las Compañías de Seguros (82), que en un claro fraude a la ley (art. 12, Cód. Civ. y Com.) (83), realizan la suspensión automática y secreta de la cobertura del seguro, sin informar en forma previa al asegurado.

Aquí se produce lo que alertaba hace años el filósofo Karl Larenz cuando enseñaba que muchas veces "...triumfa el 'derecho del más fuerte', que es lo contrario a un orden justo..." (84).

IX.2. Por razones de espacio es que no vamos a reiterar lo oportunamente expuesto respecto a este tema, de manera que solo recordaremos que cuando se produce la mora del asegurado, en el pago de la Prima, en general, la Compañía de Seguros (en forma calculada y dolosa) (85) no hace nada.

Ello es así, dado que:

(i) *si no se produce un siniestro*, luego le va a querer cobrar la prima al asegurado, durante toda la vigencia del seguro;

(ii) *pero, si se produce un siniestro*, por el contrario, va a alegar que la cobertura se suspendió en forma automática (y secreta) (86).

IX.3. Concretamente: *en todos los escenarios, siempre gana la Compañía de Seguros; y —también— siempre pierde el consumidor de seguros.*

Y, en todos los casos, la Compañía de Seguros no cumplió con el Deber de Información.

Cosas veredes, Sancho...

IX.4. Por todo lo expuesto, es que queremos resaltar que:

la suspensión de cobertura en forma secreta y automática es la negación flagrante y la

violación palmaria del Deber de Información, que conculca específicamente la normativa vigente y perjudica de manera absurda e irrazonable a los más vulnerables (v.gr. consumidores de seguros).

X. Moderna jurisprudencia

X.1. Es muy importante resaltar que ya existen modernos fallos que se encuentran en sintonía con lo que venimos desarrollando, al determinar que *aunque exista mora del asegurado en el pago de la prima, la Compañía de Seguros igualmente es responsable del pago del siniestro, si no cumplió en forma previa con el Deber de Información y Deber de Advertencia (87).*

X.2. Así, por ejemplo, en la Sentencia "Aubert, Alejandra vs. Gardon, Víctor" dictada por el prestigioso Supremo Tribunal de Justicia de la Provincia de La Pampa, con fecha 11 de agosto de 2021, se expresó que: *"...vale recordar que la suspensión de cobertura es quizás una de las más trascendentes circunstancias respecto de las cuales el asegurado debe ser informado y por ello se exige acentuar el deber de información diligente impuesto en cabeza del asegurador..." (88).*

Luego el Tribunal agrega que: *"...la suspensión de cobertura no puede ser un efecto directo y automático de la mora del asegurado..."*

Como consecuencia de ello, se sentencia que: *"...ante la falta de pago de la prima el asegurado debe informar al asegurado el incumplimiento de su obligación..."*, de manera tal que se debe *"...descartar la aplicación automática de la suspensión de cobertura ante la falta de pago de la prima del seguro..."*

Asimismo, con toda precisión, resalta el Supremo Tribunal de Justicia de La Pampa que: *"... cuando se decide la suspensión de cobertura del seguro existen circunstancias relevantes (art. 1100 Cód. Civ. y Com.; art. 4º ley de Defensa del Consumidor; art. 42 de la CN) que ameritan la necesidad de informar al asegurado..."*

X.3. Nótese la trascendencia e importancia de la Sentencia "Aubert vs. Gardon", dado que le aplica una sanción puntual y específica a la Compañía de Seguros que no cumple con el Deber de Información (89) y el Deber

de Advertencia, determinando que deberá pagar el siniestro, aunque existiera mora del asegurado en el pago de la prima del seguro.

XI. Conclusiones

XI.1. La mora ha ido evolucionando a lo largo del tiempo, de manera tal que en el siglo XXI se la entiende como un sistema flexible y adecuado para no desproteger a los consumidores.

XI.2. En muchos casos, a los consumidores se le aplica la mora con interpelación

XI.3. Siempre, a los consumidores, por aplicación del Deber de Información + Deber de Asesoramiento + Deber de Advertencia (o Deber de Prevención), se debe aplicar la "Mora Informada".

XI.4. La Mora Informada significa que, aunque exista mora del consumidor, la empresa (proveedor) igualmente deberá cumplir con tus prestaciones legales, salvo que hubiera cumplido previamente con el Deber de Información (lato sensu).

XI.5. Como principio general de los consumidores se puede sostener que: *Primero: la empresa debe cumplir con el Deber de Información (lato sensu) y, solo después se podrá pretender aplicar sanciones al consumidor.*

XI.6. En el ámbito específico de los seguros y los consumidores de seguros, se puede sostener que: *Si la Compañía de Seguros (y Productor de Seguros) no cumple en forma previa y eficiente con el Deber de Información (lato sensu), no se va a poder aplicar ninguna clase de sanción y/o pautas legales o contractuales que perjudiquen a los consumidores de seguros (90).*

XI.7. El Deber de Información (lato sensu) es una obligación previa indispensable para que se pueda aplicar al asegurado las consecuencias perjudiciales de la ley y el contrato de seguros.

XI.8. El *leading case* "Aubert vs. Gardon" es una de las sentencias más importantes dictadas en los últimos años, para la protección de los consumidores (91).

XI.9. El Deber de Información (art. 1100 Cód. Civ. y Com.) + Deber de Asesoramiento (art. 10 ley 22.400) + Deber de Advertencia (art. 1710 Cód. Civ. y Com.) son obligaciones

(74) UNAMUNO, Miguel, "Soliloquios y Conversaciones", Espasa Calpe, Buenos Aires, 1944, 2ª ed.

(75) SOBRINO, Waldo, "Ley de Seguros Comentada", ob. cit., ps. 275 y ss.

(76) *Ibidem*, ps. 543 a 559.

(77) SOBRINO, Waldo, (Ponencia) "La Prorrata no se aplica a los Consumidores" presentada en el "XVIII Congreso Nacional e Internacional de Derecho de Seguros", celebrado en la Ciudad de Paraná (Provincia de Entre Ríos), con fecha 11, 12 y 13 de mayo de 2022, donde sosteníamos que: "... La Prorrata no se aplica a los Consumidores, salvo que en forma previa la Compañía de Seguros y/o el Productor-Asesor de Seguros hubieran alertado al asegurado de dicha situación, cumpliendo cabal y eficientemente con sus obligaciones legales: el Deber de Información (art. 42 de la Const. Nac., art. 1100 del Cód. Civil y Comercial); Deber de Asesoramiento (art. 10 de la ley 22.400 y arts. 1725 y 961 Cód. Civil y Com.) y Deber de Advertencia (art. 1710 del Cód. Civ. y Com.)..."

(78) SOBRINO, Waldo, "Ley de Seguros Comentada", ob. cit., t. II, Quinta Parte: "Cláusula Claims Made", ps. 647 a 691.

(79) SOBRINO, Waldo, (Ponencia) "Aunque exista mora del asegurado en el pago de la prima, las Compañías de Seguros tienen que pagar los siniestros", presentada en el "XVIII Congreso Nacional e Internacional de Derecho de Seguros", celebrado en la Ciudad de Paraná (Entre Ríos), los días 11, 12 y 13 de mayo de 2022, donde se señalaba que: "...en los casos de mora del asegurado en el pago de la prima, la Compañía de Seguros igualmente pagar todas las prestaciones del seguro, salvo que

en forma previa hubiera alertado al asegurado de dicha situación, cumpliendo cabal y eficientemente con sus obligaciones legales: el Deber de Información (art. 42 de la Const. Nac., art. 1100 del Cód. Civil y Comercial); Deber de Asesoramiento (art. 10 de la Ley 22.400 y arts. 1725 y 961 Cód. Civil y Com.) y Deber de Advertencia (art. 1710 del Cód. Civ. y Com.)..."

(80) SOBRINO, Waldo, "La Mora en el pago de la Prima del Seguro. Ilegalidad de la suspensión secreta y automática de la cobertura", ob. cit.

(81) SOBRINO, Waldo, "Seguros y el Código Civil y Comercial", ob. cit., t. I, Capítulo IX "Seguros y el Nuevo Derecho del Código Civil y Comercial", acáp. IX.10 "Pago de la Prima", acáp. 8) "Aplicación automática y secreta de la suspensión de cobertura, sin necesidad de informar al asegurado", p. 784 y ss.

(82) SOBRINO, Waldo, "Ley de Seguros Comentada", ob. cit., t. I, Tercera Parte: "Ley de Seguros Comentada", art. 31 "Mora en el Pago de la Prima. Efectos", acáp. XIII "La ilegalidad de la cláusula que determina que, en caso de mora del asegurado, se produce la suspensión de cobertura en forma automática y secreta", p. 429 y ss.

(83) GHERSI, Carlos - WEINGARTEN, Celia (dirs.), en "Código Civil y Comercial (Análisis jurisprudencial. Comentado, Concordado y Anotado)", Nova Tesis, Rosario, 2015, t. I, art. 12, p. 62.

(84) LARENZ, Karl, "Derecho Justo (fundamentos de ética jurídica)", Ed. Civitas, Madrid, España, 1995, trad. de Luis Díez-Picazo, Cap. I "Los Fundamentos", acáp. 3) "La idea del Derecho como punto de referencia unitario de los Principios", apartado. b) "La Justicia", p. 51.

(85) Con toda precisión terminológica decimos que las Compañías de Seguros que no cumplen con el Deber de Información y el Deber de Advertencia, actúan con dolo, ya que el art. 1724 del Cód. Civ. y Com., en forma expresa, determina que existe dolo cuando el incumplidor actúa con una "manifiesta indiferencia por los intereses ajenos". Pues bien, parece que el Código Civil y Comercial de la Nación, está haciendo expresa referencia al caso sub examine

(86) GONZÁLEZ VILA, Diego, (Ponencia) "La Ilegalidad de la Cláusula de Suspensión de cobertura automática por falta de pago de la prima", presentada en el XVII Congreso Nacional de Seguros, organizado por la A.I.D.A. (Asociación Internacional de Derecho de Seguros) y el Colegio de Abogados de Mendoza, realizado en la Ciudad de Mendoza en el mes de mayo de 2018.

(87) SOBRINO, Waldo, (Ponencia) "Aunque exista mora del asegurado en el pago de la prima, las Compañías de Seguros tienen que pagar los siniestros", presentada en el "XVIII Congreso Nacional e Internacional de Derecho de Seguros", celebrado en la Ciudad de Paraná (Entre Ríos), los días 11, 12 y 13 de mayo de 2022, donde se señalaba que: "...en los casos de mora del asegurado en el pago de la prima, la Compañía de Seguros igualmente pagar todas las prestaciones del seguro, salvo que en forma previa hubiera alertado al asegurado de dicha situación, cumpliendo cabal y eficientemente con sus obligaciones legales: el Deber de Información (art. 42 de la Const. Nac., art. 1100 del Cód. Civil y Comercial); Deber de Asesoramiento (art. 10 de la ley 22.400 y arts. 1725 y 961 Cód. Civil y Com.)..."

Com.) y Deber de Advertencia (art. 1710 del Cód. Civ. y Com.)..."

(88) SOBRINO, Waldo, "La Obligación de pagar los siniestros de las Compañías de Seguros, aunque existe Mora del asegurado en el pago de la prima (panegírico del 'leading case' "Aubert vs. Gardon")", publicado en "El Derecho", Suplemento de Seguros (Dir. Leticia Pelle), con fecha 18 de abril de 2022

(89) SOBRINO, Waldo, "Ley de Seguros Comentada", ob. cit., t. I, Tercera Parte: "Ley de Seguros Comentada", art. 11, acáp. V "Deber de Información", ps. 275 y ss.

(90) SOBRINO, Waldo, (Ponencia) "Aunque exista mora del asegurado en el pago de la prima, las Compañías de Seguros tienen que pagar los siniestros", presentada en el "XVIII Congreso Nacional e Internacional de Derecho de Seguros", celebrado en la Ciudad de Paraná (Entre Ríos), los días 11, 12 y 13 de mayo de 2022, donde se señalaba que: "...en los casos de mora del asegurado en el pago de la prima, la Compañía de Seguros igualmente pagar todas las prestaciones del seguro, salvo que en forma previa hubiera alertado al asegurado de dicha situación, cumpliendo cabal y eficientemente con sus obligaciones legales: el Deber de Información (art. 42 de la Const. Nac., art. 1100 del Cód. Civil y Comercial); Deber de Asesoramiento (art. 10 de la ley 22.400 y arts. 1725 y 961 Cód. Civil y Com.) y Deber de Advertencia (art. 1710 del Cód. Civ. y Com.)..."

(91) SOBRINO, Waldo, "La Obligación de pagar los siniestros de las Compañías de Seguros, aunque existe Mora del asegurado en el pago de la prima (panegírico del 'leading case' "Aubert vs. Gardon")", ob. cit.

de resultado y deben ser cumplidas en forma previa y eficiente por las Compañías de Seguros y Productores de Seguros.

XI.10. El incumplimiento del Deber de Información + Deber de Asesoramiento + Deber de Advertencia por parte de la Compañía de Seguros y los Productores de Seguros, implica jurídicamente: (i) por un lado, que se le deben aplicar sanciones legales específicas a los profesionales; y (ii) por otro lado, que no se puede perjudicar a los consumidores por el incumplimiento de los profesionales.

(92) SOBRINO, Waldo, "Ley de Seguros Comentada", ob. cit., t. 1, Tercera Parte: 'Ley de Seguros Comentada', art. 11, acáp. V "Deber de Información",

XI.11. La categoría de "Mora Informada" significa que en los casos de mora del asegurado en el pago de la prima, la Compañía de Seguros va a tener que igualmente pagar todas las prestaciones del seguro, salvo que en forma previa hubiera alertado al asegurado de dicha situación, cumpliendo cabal y eficientemente con sus obligaciones legales: el Deber de Información (art. 42 de la Constitución Nacional; art. 1100 del Cód. Civ. y Com.); Deber de Asesoramiento (art. 10 de la ley 22.400 y arts. 1725 y 961 Cód. Civil y Com.) y Deber de Advertencia (art. 1710 del Cód. Civ. y Com.) (92) (93).

ps. 275 y ss.

(93) SOBRINO, Waldo, (Ponencia) "Aunque exista mora del asegurado en el pago de la prima, las Com-

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/1942/2022

Más información

Otaola, María Agustina, "Hacia la humanización del derecho de seguros", RC-CyC 2022 (febrero), 302, TR LALEY AR/DOC/3448/2021

Pocius, Nadia Alejandra, "El derecho del consumo en la era de la economía digital. Dinámica de los contratos electrónicos. Armonización legislativa. Regulación nacional y regional (MERCOSUR).

Firma electrónica vs. Firma digital", RC-CyC 2022 (junio), 295, TR LALEY AR/DOC/777/2022

Libro recomendado

Contratos. Neurociencias e Inteligencia Artificial

Autor: Sobrino, Waldo

Edición: 2020

Editorial: La Ley, Buenos Aires

pañías de Seguros tienen que pagar los siniestros" presentada en el "XVIII Congreso Nacional e Internacional de Derecho de Seguros", celebrado en la Ciu-

dad de Paraná (Provincia de Entre Ríos), con fecha 11, 12 y 13 de mayo de 2022.

Nota a fallo

Alimentos a favor del hijo

Alcances. Límite etario. Principio de solidaridad familiar. Hijo mayor de 21 años que estudia. Carga de la prueba. Rechazo.

1. - No resulta suficiente para fijar una cuota alimentaria a favor del hijo mayor de

21 años la mera prueba de estar inscripto en la matrícula, sino que debe justificarse que el horario de cursado o el cumplimiento de otras obligaciones curriculares le impiden realizar una actividad rentada para sostenerse en forma independiente.

2. - Por aplicación del principio de solidaridad familiar, el art. 663 del Cód. Civ. y Com. contempla la situación del hijo

mayor que se capacita. Al respecto prevé que la obligación de los progenitores de proveer recursos al hijo subsiste, si la prosecución de estudios o preparación profesional de un arte u oficio le impide proveerse de medios necesarios para sostenerse independientemente.

CNCiv., sala H, 21/03/2022. - Q., S. G. c. R. S. V. s/ alimentos.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/23396/2022]

Costas

Se imponen en el orden causado.

Véase el texto completo en p. 7

Cuestiones interpretativas en un proceso por alimentos

(Flexibilidad de las estructuras, hijo que se capacita, *dies a quo* de la cuota, régimen de costas)



Julio Luis Gómez

Doctor en Ciencias Jurídicas (UC Santa Fe). Abogado y escribano (UNL). Profesor de Derecho de Familia en grado, posgrado y doctorado. Jurado de tesis doctorales. Miembro de la Academia Iberoamericana de Derecho de Familia y de las Personas.

SUMARIO: I. El caso. — II. Sus cuestiones.

I. El caso

En lo que a nuestro comentario interesa, ha de recordarse que la sentencia "a quo" condenó a la progenitora de L. y F. a abonarles una cuota alimentaria, retroactivamente y hasta los veintinueve años de cada uno de ellos; rechazó la pretensión alimentaria fundada en el art. 663 del Cód. Civ. y Com. y le impuso las costas.

El progenitor apeló dicho fallo fundado en que se ha acreditado que el hijo mayor, L., al momento de iniciarse la acción se encontraba cursando una carrera universitaria y que el menor, F., es diabético e insulino-dependiente y que, por tal razón y sobre todo a partir de la crisis sanitaria producto de la pandemia COVID-19, ve dificultado el desarrollo de cualquier tarea que tenga por objeto proveer su autoabastecimiento; asimismo postuló que la retroactividad de la sentencia que determinó los alimentos debía serlo a la fecha de la mediación principiada en diciembre de 2015.

La progenitora apeló tal decisión agraviándose, puesto que, dada la circunstancia

de que L. ya era mayor de 21 años al iniciarse la acción, no debió reconocerse una cuota alimentaria en su favor, alegando, por lo demás, y a todo evento que, de los términos en que se promovió la presente no surge que el reclamo haya incluido alimentos para L., sino solo con relación a F.; asimismo cuestionó el pronunciamiento de primera instancia en cuanto a la retroactividad establecida en la sentencia alegando que, por haberse iniciado la demanda cuando habían transcurrido más de seis meses desde el cierre de la mediación, ella debió ser determinada a partir de la interpelación a su parte que tuvo lugar el día 10 de julio de 2018; y esto en virtud de lo dispuesto por el art. 669 del Cód. Civ. y Com. de la Nación y por imponerle las costas solicitando que sean soportadas en el orden causado.

II. Sus cuestiones

II.1. La integración subjetiva de la pretensión activa

Correspondía inicialmente determinar, en la especie, por quién o quiénes accionaba el progenitor con el objeto de que la

progenitora pagara una cuota alimentaria en su favor.

Con tal fin, la Sala de intervención observó que en la ya aludida demanda el actor había manifestado que lo hacía "por su hijo F." aunque, al identificar el objeto de su pretensión, indicó que demandaba "por los hijos del matrimonio".

Señaló también que, si bien en presentación posterior a su acción el mencionado demandante aclaró que "la demanda lo es en favor de F. G. Q.", no podía ignorar la circunstancia de que, al ofrecer prueba, aquel lo hizo para acreditar gastos propios de "las necesidades de sus dos hijos".

Así las cosas, y sin perjuicio de calificar, acertadamente, de ambiguo el reseñado comportamiento del progenitor, el tribunal concluyó, atento a "la petición inicial", que la acción era tanto por L. como por F.

Al hacerlo adhirió, seguramente, aunque sin manifestación explícita en el punto, a doctrina especializada en la materia, conforme la cual en los procesos de familia ha de estarse

a la denominada "flexibilidad de las estructuras" (1), pudiendo operar la ya aludida flexibilidad con referencia a "las postulaciones de las partes" (2), y guiada por el principio de la tutela judicial efectiva, de recepción normativa en el art. 706 del Cód. Civ. y Com., a estar del cual, y como bien se ha dicho, "los jueces no quedarán atados a las pretensiones y defensas esgrimidas que conforman la traba de la litis. Por el contrario serán custodios de la mejor solución posible cuando se trate de personas en situación de vulnerabilidad" (3), debiendo recordarse aquí que, en la especie en análisis, se trataba de los alimentos derivados de la responsabilidad parental, los cuales atienden a personas en necesidad (4).

Mal podía, entonces, la Sala proyectar sobre uno de los hijos (L.) la deficiente conducta procesal —reputada de ambigua, recordamos— de quien por él demandaba, lo que se hubiera traducido en el que se ha calificado, para hipótesis análoga, dada la presencia de hijos menores de edad en la causa, y acreedores de indemnización de carácter alimentario, de "exceso de rigor ritual que deja sin posibilidad de un acceso real y efectivo a la justicia" (5).

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, "Principios procesales y Tribunales de Familia", JA 1993-IV-676, pto. VII.

(2) VARGAS, Abraham L., "Los procesos de familia y sus principios específicos", Zeus, t. 103, D - 165, pto. III, 9.

(3) BERMEJO, Patricia - PAULETTI, Ana Clara, "Procesos de familia" en KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída - HERRERA, Marisa - LLOVERAS, Nora, (dirs.), "Tratado de Derecho de Familia", t. V - B - Actualización doctrinal y jurisprudencial, Rubinzal - Culzoni Edi-

tores, Buenos Aires, Santa Fe, 2016, Cap. XI, 1.4.

(4) GÓMEZ, Julio Luis, "Reconfiguraciones del Derecho a los Alimentos en las Relaciones de Familia", Prólogo del Doctor Francisco A. M. Ferrer, Ed. Librería Cívica, Santa Fe, 2021 (Alimentos del hijo menor edad, Alimentos

del hijo mayor de edad menor de veintiún años, Alimentos del hijo que se capacita).

(5) Voto del Juez Omar Palermo, Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala I, en LLGran Cuyo, p. 935.

En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia, con criterio similar y en reciente pronunciamiento, haciendo suyo el dictamen del Procurador General, dejó sin efecto la sentencia del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy —Sala IV, Laboral—, que confirmó la declaración de caducidad de la instancia en la causa en que se advertía inacción tanto de la representante legal de los hijos menores de edad como del Ministerio Público del Trabajo, debiendo tutelarlos, así como la circunstancia de no haberse dado intervención al Ministerio de Menores.

Argumentó el Alto Tribunal, para así decidir, que dichas inacciones y ausencia lesionaban el interés de los aludidos menores en la percepción de la indemnización por la muerte de su padre, indemnización a la que también reconoció carácter alimentario (6).

II.2. Alimentos para el hijo que se capacita. Sus requisitos de operatividad: la especie en tratamiento y el “obiter dictum” de la Sala. La invocada afección de la salud de F.

Así las cosas, la Sala examinó la concurrencia —o no— de los presupuestos para la procedencia de la cuota alimentaria reclamada, tanto para L. como para F., en razón de sus estudios universitarios como de la afección de salud.

Al respecto advirtió que, para la hipótesis de los alimentos del hijo que se capacita, el *onus probandi* de la aludida concurrencia pesa sobre su reclamante, siguiendo, en ello, a doctrina especializada en la materia conforme la cual “(t)ratándose de una excepción a la regla general prevista en el artículo 658, corresponde al acreedor alimentario, que pretende que la obligación a su favor continúe prestándose, probar el supuesto de hecho de la norma” (7).

En el punto concluyó, por lo demás, en que no era obstáculo a lo dicho la disposición del art. 710 del Cód. Civ. y Com., conforme la cual “(l)a carga de la prueba recae, finalmente, en quien está en mejores condiciones de probar”, puesto que, por imperio del art. 705 de dicho ordenamiento jurídico, prevalece, sobre aquella, la específica manda de su art. 663 de la cual surge que “debe acreditarse la viabilidad del pedido”,

acreditación esta que no es exigible para el hijo menor de edad ni para el de dieciocho a veintidós años, dada la presunción, para estos, de su necesidad (8).

A estar de lo dicho, advirtió que, no obstante haberse acompañado a la causa certificados que probaban el carácter de alumnos regulares universitarios de L. y de F., no se había demostrado que la referida calidad les obstaculizara cumplir labor alguna que les proveyera satisfacer sus necesidades por sí mismos.

Y si bien este argumento bastaba para el caso, en un *obiter dictum* orientador de la jurisprudencia el tribunal adhirió, con cita de Kemelmajer de Carlucci, a la doctrina autoral a estar de la cual, a los requisitos explícitos previstos por el art. 663 del Cód. Civ. y Com. para la procedencia de los alimentos para el hijo que se capacita, ha de sumársele la de su continuidad de los estudios en modo razonablemente regular (9).

En cuanto a la señalada afección de la salud de F., alegada como imposibilitante de su autoprovisión alimentaria, la Sala sentenció advirtió que dicha imposibilidad, en la hipótesis del invocado art. 663 del Cód. Civ. y Com., debía provenir de las circunstancias de su capacitación y no de las de la referida afección de la salud.

Por lo demás, y solo “a mayor abundamiento”, el tribunal observó que, en pureza, no se había acreditado, mediante medios de convicción propios del caso, que la aludida enfermedad le vedara a F. obtener los recursos necesarios para su sustentación.

II.3. El dies a quo de las cuotas debidas por la progenitora

En cuanto al aludido día, la Sala de intervención aplicó al caso, adecuadamente, la disposición del art. 669 del Cód. Civ. y Com. conforme el cual “(l)os alimentos se deben desde el día de la demanda o desde la interpelación del obligado por medio fehaciente, siempre que se interponga la demanda dentro de los seis meses de la interpelación”.

En tal sentido reputó como “interpelación” a la mediación obligatoria previa al

proceso judicial por alimentos definitivos ordenada por los arts. 1º, 2º, 4º y 31, inc. 1 de la ley 26.589, la cual en el caso concurría.

Al respecto cuadra advertir que, efectivamente, y así lo entendió el tribunal, dicha mediación exhibe, y da a conocer al deudor alimentante, la necesidad alimentaria del acreedor alimentista; razón de ser de la mencionada “interpelación”.

Al hacerlo la Sala continuó y confirmó la interpretación ya hecha, anteriormente, por la jurisprudencia (10), la cual ha tenido en cuenta, seguramente, la fundamentación dada por los autores del Anteproyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio 2012, quienes afirmaron que la calificada por ellos como “interpelación del obligado por medio fehaciente” comprendía “la mediación en aquellos ámbitos en los cuales este tipo de resolución pacífica de conflictos es previa y forma parte de todo reclamo alimentario” (11).

Es que, como se ha dicho, en su debida labor de intérpretes del texto normativo, los jueces bien pueden hacer uso de los denominados “trabajos preparatorios”, de entre los cuales se ha señalado, en la doctrina, a “los proyectos iniciales de las leyes”, categoría que cabe asignar aquí al ya mencionado Anteproyecto del Código Civil Unificado con el Código de Comercio 2012 (12).

Ahora bien, en la especie se habían iniciado dos mediaciones, una en diciembre de 2015 y otra en mayo de 2017.

A la primera, el tribunal la declaró caduca, por imperio del art. 51 de la ya citada ley 26.589, debido “al tiempo transcurrido” desde su cierre, advirtiendo, por lo demás, que prueba de ello era la promoción de una segunda, el 16 de mayo de 2017, con anterioridad a la demanda de la que trataba, la cual reconocía como fecha de su promoción la del mes de noviembre de 2017.

Así las cosas, y siendo que como del cómputo del plazo sucedido entre ambos actos surgía que el de los seis meses previsto por el art. 669 del Cód. Civ. y Com. ya dicho no se había agotado, la Sala resolvió que la retroactividad de su sentencia sería desde el referido 16 de mayo de 2017.

En el punto, y asimismo, el tribunal recorrió que, tal como los autores del Anteproyecto del Código Civil Unificado con el de Comercio 2012 lo explicaran, la exigencia de interposición de la demanda dentro de un determinado plazo “pretende evitar situaciones abusivas” (13), pudiendo señalar, por nuestra parte y como ejemplo entre ellas, que, como Delgado Echeverría observara agudamente, “la condena al pago de las cantidades acumuladas en el pasado” llegará a “suponer una carga insoportable” (14).

Asimismo, y en la especie, la Sala de intervención consignó que, en el caso, “no advierte que se haya configurado una situación abusiva”.

Bueno es que lo haya hecho, puesto que, de dicha observación, se colige que, en hipótesis diferente, es decir, en la de configurarse “situación abusiva” alguna, esta debiera ser impedida en su consumación por imperio del art. 10 del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

II.4. El régimen de costas de la causa

Sabido es que, como la doctrina lo señala, en los procesos de alimentos el régimen de costas es, en principio, el de su imposición al alimentante, con el fin de que la cuota que se determine no se vea retraída, en su integridad, por la satisfacción de aquellas (15).

No obstante, y como también se lo ha dicho, “es dable aclarar que esto no implica que el principio general se aplique “a ultranza”, ya que excepcionalmente puede ser variado” (16).

En el caso el tribunal entendió operante la mencionada excepción, dadas sus especificidades, agravios y decisión que la inscribían en el catálogo de aquellas en los que concurren “vencimientos recíprocos”.

Es que, efectivamente, y tal como surge de la lectura del pronunciamiento, los ya mencionados “vencimientos recíprocos” justificaban, en la trascendencia de su entidad, el aludido régimen de costas determinado por la Sala.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/1943/2022

(6) CS, “Aguirre, Gabriela Yolanda c/ Quevedo, Eulalia y otro s/ daños y perjuicios (accidente de trabajo), 10/05/2022, TR LALEY AR/JUR/63514/2022.

(7) JURY, Alberto, “El derecho alimentario de los hijos mayores de edad”, en KEMELMAJER de Carlucci, Aída, MOLINA de Juan, Mariel F., (dirs.), “Alimentos”, Rubinzal - Culzoni Editores, Buenos Aires, Santa Fe, 2014, Cap. IV, pto. III.3.

(8) GÓMEZ, Julio Luis, ob. cit.

(9) Ibidem, punto IV, nota al pie de p. 223.

(10) CNCiv., sala J, 8/09/2015.

(11) “Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, III, Libro Seg., Tít. 7.

(12) EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, “La argumentación en la justicia constitucional”, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2008, Cap. Seis.

(13) “Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, III, Libro Seg., Tít. 7.

(14) Su cita es por Martínez de Aguirre Aldaz, Carlos, “El parentesco. La obligación legal de alimentos”, en Martínez de Aguirre Aldaz, Carlos; de Pablo Contreras, Pedro; Pérez Álvarez, Miguel Ángel, *Derecho de Familia*, Edisofer s.l., Madrid, 2016, pto. 14, B.

(15) FLORES LEVALLE, Ramiro G., en CALLEGARI,

Mariana G. - SIDERIO, Alejandro, “Alimentos”, La Ley, 2017, Cap. X, pto. XI., OTERO, Mariano C., “Juicio de alimentos”, Hammurabi, Buenos Aires, 2017, Cap. VIII, pto. 47, a).

(16) OTERO, Mariano C., “Juicio de alimentos”, Hammurabi, Buenos Aires, 2017, Cap. VIII, pto. 47, a).

Texto completo de fallo de p. 6

2ª Instancia.- Buenos Aires, marzo 21 de 2022.

Considerando:

Las presentes actuaciones fueron elevadas física y virtualmente a esta Sala a efectos de resolver los recursos de apelación articulados el día 3 de noviembre de 2021 por la parte actora y el día 12 de noviembre de 2021 por la parte demandada, contra la sentencia dictada el día 26 de octubre de 2021. Los recursos se encuentran fundados en las presentaciones de fecha 23 de noviembre de 2021 y 30 de noviembre de 2021, respectivamente. Corridos los pertinentes traslados, fueron respondidos con fecha 3 de diciembre de 2021 y 14 de diciembre de 2021.

I. Cuestionan ambas partes la sentencia dictada en el presente proceso de alimentos.

La parte actora invoca que la magistrada incurrió en un error al consignar que la demandada percibió el 8 de abril de 2015 la suma de \$68.088,73 cuando, en rigor, percibió la de \$680.088,73; que ello demuestra su capacidad económica para cumplir con sus obligaciones alimentarias; que no se ha considerado que ambos hijos se han presentado en autos; que no se ha valorado que el hijo menor, F., es diabético e insulino dependiente y que, por tal razón y sobre todo a partir de la crisis sanitaria producto de la pandemia COVID-19, ve dificultado el desarrollo de cualquier tarea que tenga por objeto proveer su autoabastecimiento; que también se ha acreditado que el hijo mayor, L., al momento de iniciarse la acción se encontraba cursando una carrera universitaria; que existe una contradicción entre los considerandos y la parte dispositiva

en cuanto al plazo fijado para el pago de cada mes; que no se ha fijado el mecanismo de actualización de la cuota y que, a todo evento, el monto de \$10.000 fijado en la sentencia para cada hijo, resulta reducido en función de los gastos que se han acreditado en autos.

Por su parte, la demandada se queja también de la decisión adoptada en la instancia de grado y sostiene que L. ya era mayor de 21 años al iniciarse la presente acción por lo que no debió reconocerse una cuota alimentaria en su favor. A todo evento, alega que, de los términos en que se promovió la presente acción, no surge que el reclamo haya incluido alimentos en favor de L., sino solo en favor de F. Cuestiona la retroactividad establecida en la sentencia y alega que, por haberse iniciado la demandada cuando habían transcurrido más de seis meses desde el cierre de la mediación, ella debió establecerse a partir de la interpelación a su parte, que tuvo

lugar el día 10 de julio de 2018. Todo ello, en virtud de lo dispuesto por el art. 669 del Cód. Civ. y Com. de la Nación. Por último, cuestiona la imposición de las costas y solicita que ellas sean soportadas en el orden causado.

II. A los fines de resolver los recursos deducidos, cabe poner de resalto, en primer término, que el tribunal de apelación no se encuentra obligado a seguir a los litigantes en todas sus argumentaciones, ni a refutar estas una por una, en tanto posee amplia libertad para ordenar el estudio de los hechos y de las distintas cuestiones planteadas asignándoles el valor que corresponda a las que realmente lo tengan y sean decisivas para fundar la sentencia, pudiendo prescindir en consecuencia de aquellas que no sirvan a la justa solución de la litis.

Con dicho alcance, habrán de analizarse los agravios vertidos los que, a criterio del

Tribunal, cabe resumir en las siguientes cuestiones a dilucidar: a) si en la demanda se incluyó el reclamo de alimentos en favor de ambos hijos o solo en favor de F; b) si es correcta la sentencia que fijó una cuota de \$10.000 hasta los 21 años en favor de ambos hijos; c) si, en su caso, se configura el supuesto previsto en el art. 663 del Cód. Civ. y Com. de la Nación; d) si la suma fijada es suficiente; e) cuál es el plazo en el que deben abonarse los alimentos fijados y si corresponde su actualización; f) si es correcta la retroactividad establecida en la sentencia y g) si es correcta la imposición de costas contenida en el pronunciamiento apelado.

III. Del examen de la causa resulta que las presentes actuaciones fueron inicialmente promovidas por S. G. Q. quien, en su escrito introductorio señaló que peticionaba por su hijo F., sin perjuicio de lo cual, al consignar el objeto de su pretensión, destacó que iniciaba formal demandada de alimentos “por los hijos del matrimonio”.

Relató, en su escrito introductorio, que desde el cese de la convivencia la demandada no había asumido ninguna obligación alimentaria en favor de los hijos en común, nacidos el día ... de diciembre de ... (L) y el ... de ... de ... (F) y agregó que L. se encontraba cursando la carrera de arquitectura en la Universidad de B. (desde el año 2014) y que F. cursaba cuarto año del colegio S. B. Alegó que los aranceles de ambas instituciones eran abonados con la ayuda de los abuelos paternos, así como los gastos de comedor y los exámenes internacionales.

Invocó que ambos hijos viven con él en un inmueble alquilado y que también es él quien abona en forma exclusiva las expensas, servicios e impuestos de dicho inmueble.

Destacó que los hijos cuentan con la cobertura médica de Medicus —que su parte ha contratado— y que F. es portador de diabetes, que requiere control diario de sus valores de glucemia y que, a tal fin, se le indicaron dos sensores que duran 15 días y se renuevan dos veces por mes, cuyo costo no es afrontado por su plan de salud.

Agregó que se encontraba abonando el viaje de egresados de F. y que los demás gastos (por recreación, vestimenta y alimentación) también se encontraban a su cargo.

Si bien en la presentación de fecha 16 de febrero de 2018 (ver fs. 54 del expediente en soporte físico) el actor aclaró que “el ejercicio de la presente demanda lo es en favor de F. G. Q. ...”, a criterio del Tribunal, no puede pasarse por alto que, al ofrecer la prueba con la que pretendió acreditar sus dichos persiguió demostrar los gastos irrogados con motivo de las necesidades de sus dos hijos, sin limitarlo —exclusivamente— a las necesidades del menor de ellos, F.

Al ser ello así, cabe concluir que, pese a la ambigüedad de las respectivas presentaciones reseñadas, la petición inicial persiguió el reconocimiento de la obligación alimentaria de la demanda en favor de sus dos hijos. De ahí que, respecto de L. —quien al promoverse la acción ya contaba con 21 años de edad— la pretensión debe canalizarse a partir de lo que contempla el art. 663 del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

En efecto, amén de los términos en que se introdujo la pretensión, por el principio *iura novit curia*, no es solo facultad sino deber del magistrado aplicar el derecho en forma correcta cuando las partes lo hicieron incorrectamente, sin que ello comprometa el principio de congruencia (conf. esta Sala, “CNA Aseguradora de riesgos del Trabajo SA c. Finno, Carolina M. y otros s/ daños y perjuicios”, del 16/11/2009 (Sumario N° 19.810 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil).

En función de lo expuesto y en relación con el primero de los cuestionamientos reseñados en el último párrafo del considerando II (a), cabe concluir que el reclamo alimentario que motiva este proceso se refiere a los dos hijos de las partes.

Como lógico corolario de lo expuesto y atento a los términos de la sentencia dictada en autos —por la que se fijó una cuota de \$10.000 en favor de cada hijo y hasta los 21 años— le asiste razón a la demandada —cuando sostiene que no debió incluirse a L.—, quien ya contaba con dicha edad al promoverse las actuaciones.

No obsta a lo expuesto el argumento vertido por el actor en cuanto a que el reclamo data de diciembre de 2015 —fecha en que se inició la primera mediación que precedió el inicio de estas actuaciones— ya que atento al tiempo transcurrido desde el cierre de dicha mediación, ella se encuentra alcanzada por el instituto previsto en el art. 51 de la ley 26.589 y como tal, carece de virtualidad a los fines pretendidos. Prueba de ello es que, posteriormente, se inició una segunda mediación (el 16 de mayo de 2017) antes de promover este expediente.

Con este alcance, cabe dar respuesta al segundo cuestionamiento reseñado en el último párrafo del punto II (b).

IV. Aclarado lo anterior, corresponde analizar el tercero de los cuestionamientos allí reseñados (II.c), vinculado a la configuración en el caso de los supuestos previstos en el art. 663 del Cód. Civ. y Com. de la Nación. Ello así, a efectos de analizar si cabe extender la obligación alimentaria de la demandada más allá del límite etario previsto en la sentencia en crisis.

Al respecto, cabe recordar que en orden a lo dispuesto por el art. 658 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, tal como lo establecía la ley 26.579, la obligación alimentaria de los progenitores se extiende —como regla y con igual contenido que el previsto en el art. 659 del citado cuerpo legal— hasta los 21 años de edad, salvo que el alimentante acredite que el hijo mayor de edad cuenta con recursos suficientes para proveérselos por sí mismo.

Por aplicación del principio de solidaridad familiar, el art. 663 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, contempla la situación del hijo mayor de ... años que se capacita. Al respecto prevé que la “obligación de los progenitores de proveer recursos al hijo subsiste hasta que este alcance la edad de ..., si la prosecución de estudios o preparación profesional de un arte u oficio, le impide proveerse de medios necesarios para sostenerse independientemente”.

Aquí, la carga de la prueba de la viabilidad del pedido recae sobre quien promueve el reclamo, sea el hijo mayor de 21 años o el progenitor con quien este convive (norma citada último párrafo). En efecto, si bien el art. 710 del Cód. Civ. y Com. de la Nación consagra la figura de la teoría de las cargas dinámicas como regla en materia probatoria para los procesos de familia, la norma debe interpretarse en consonancia con lo establecido en el art. 705 del citado cuerpo legal que impone tener en cuenta lo que la ley “disponga en casos específicos”, como sucede en la especie en orden a lo previsto en el citado art. 663 del Cód. Civ. y Com. de la Nación (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, 22/08/2018, “F. D. L. y otro c. B., C. E. s/ alimentos”, RCCyC, 2019 (marzo), 185 JA, 2019-II SJA 08/05/2019, 36, TR LA-LEY AR/JUR/50441/2018).

Es así que para acreditar la configuración de los presupuestos exigidos por la norma, quien reclama deberá probar los siguientes extremos: que el hijo mayor de 21 años: “a) cursa estudios, cursos o carreras de forma-

ción profesional o técnica, o de oficios o de artes; b) realiza su formación de modo sostenido, regular y con cierta eficacia, de acuerdo a las circunstancias de cada caso; c) la realización de estos estudios o formación sea de una intensidad tal que no le permita proveer a su sostenimiento” (v. Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa; Lloveras, Nora - Directoras, “Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014”, Rubinzal-Culzoni Edit., Año 2014, T. IV, p. 176).

En efecto, no resulta suficiente “la mera prueba de estar inscripto en la matrícula, sino que debe justificarse que el horario de cursado o el cumplimiento de otras obligaciones curriculares, le impiden realizar una actividad rentada para sostenerse en forma independiente” (v. Otero, Mariano C., “Juicio de alimentos”, Ed. Hammurabi, Año 2017, p. 109).

Desde esta perspectiva, no cabe más que coincidir con lo expresado por la magistrada de grado en tanto no admitió la fijación de alimentos más allá de los 21 años de los hijos.

Es que si bien se han presentado certificados expedidos por la Universidad de B. y por la Universidad Tecnológica Nacional que dan cuenta, respectivamente, que al 23 de noviembre de 2017 L. era alumno regular de la carrera de Arquitectura y que al 11 de julio de 2021 F. era alumno regular de la carrera de Ingeniera Civil; lo cierto es que no se ha arrojado ningún elemento tendiente a acreditar la carga horaria de cada carrera o la existencia de actividades extracurriculares que les impidieran realizar una actividad remunerada para subvenir sus propias necesidades.

Al ser ello así, deviene abstracto analizar el argumento vertido por la parte actora y vinculado a la enfermedad de F. ya que, en definitiva, para que se configure el supuesto previsto en la norma es necesario que la aludida imposibilidad se motive en la naturaleza y extensión propias de la capacitación elegida y no en otros factores.

Sin perjuicio de ello, y solo a mayor abundamiento, cabe poner de resalto que tampoco se ha acompañado la histórica clínica de F. ni ninguna otra constancia médica que indique que, por su enfermedad, se encuentre impedido de realizar una tarea remunerada lo que, a criterio del Tribunal, no debe necesariamente inferirse de dicho cuadro.

En función de lo anterior y por no existir elemento de prueba que permita encuadrar el caso de autos en el supuesto previsto en el art. 663 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, habrán de desestimarse los agravios vertidos por el actor, en este sentido.

V. Resta ahora analizar los agravios vertidos en torno al monto de la cuota alimentaria que se ha establecido en la sentencia (II.d).

A tal fin, cabe recordar que la obligación alimentaria derivada de la responsabilidad parental resulta contemplada con un amplio contenido en el art. 659 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, y 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”, rubros estos que deben interpretarse con amplitud, en concordancia con las necesidades especiales del beneficiario y las posibilidades económicas de los alimentantes” (v. Alterini, Jorge H., “Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético” —director general—, Ed. LA LEY, Año 2015, T. III, p. 779).

Cabe agregar, asimismo, que la prestación alimentaria impuesta a los progenitores no está sujeta “a la prueba de la necesidad por

parte del reclamante” (v. Bossert, Gustavo A., “Régimen jurídico de los alimentos”, 2ª ed. actualizada y ampliada, Ed. Astrea, año 2004, p. 213).

En la especie, se han detallado en la demanda los importes estimados para cubrir los gastos mensuales del alimentado, los que se han actualizado en la presentación del día 15 de septiembre de 2021, importes estos que se vislumbran como razonables, teniendo especialmente en cuenta el amplio alcance de la obligación alimentaria, el tiempo transcurrido desde que se inició el presente proceso (30 de noviembre de 2017), la edad del alimentado y el notorio y de público conocimiento del efecto inflacionario que padece el país.

En consecuencia, teniendo en cuenta la naturaleza de las actuaciones, las particularidades del caso, las constancias de la causa, las pruebas producidas y los restantes extremos indicados en el presente considerando, se estima prudente elevar la cuota fijada para F. Q. a la suma de pesos veinte mil (\$20.000).

VI. En cuanto al cuestionamiento aludido en el punto II (e) y vinculado a la contradicción existente entre los considerandos y la parte dispositiva del fallo respecto al plazo fijado para el pago mensual de los alimentos, cabe poner de resalto que, según lo ha entendido esta Sala, “cuando existe una contradicción entre los considerandos y la parte dispositiva de una sentencia, la regla es que hay que atenerse, sin duda, a la última (conf. esta Sala, en autos “Berreta, Oscar J. c. Soria, Noemí S. s/ ejecución hipotecaria” Expte. 58.126/2014, del 15 de septiembre de 2017; íd. CNCiv. Sala D, Recurso N°: D102124 Fecha: 25/02/1997, “Mesa, Teresa c. Ferrocarriles Argentinos s/ daños y perjuicios”, sumario N° 0009546 de la Base de Jurisprudencia de la Cámara Civil).

Sin perjuicio de ello se destaca que, con fecha 10 de marzo de 2022, F. ha cumplido 21 años de edad, por lo que el agravio vertido en este punto, así como el referido a la falta de pautas para su actualización, han perdido actualidad. Máxime si se considera que la cuota fijada en el considerando anterior lo ha sido conforme a valores actuales.

VII. En cuanto al agravio aludido en el punto II (f) referido a la retroactividad decidida en la sentencia, cabe recordar que el actual art. 669 del Cód. Civ. y Com. de la Nación prevé que los alimentos se deben desde el día de la demanda o desde el día de la interpelación, si esta se puede probar fehacientemente y se interpone la demanda dentro de los seis (6) meses de esa intimación.

En los Fundamentos del Anteproyecto de Cód. Civ. y Comercial, sus autores explican que, de esta forma, se pretende evitar retroactividades “abusivas”.

En tal inteligencia, en virtud de lo dicho precedentemente respecto a la caducidad del trámite de la primera mediación que se inició en el mes de diciembre de 2015 y toda vez que a la que cabe retrotraer el pago de los alimentos se inició en el mes de mayo de 2017, mientras que la demanda se inició en noviembre del mismo año, no advierte el Tribunal que se configure en el caso una situación abusiva.

De ahí que habrá de confirmarse este aspecto de la decisión recurrida, con la aclaración de que la retroactividad establecida lo será desde el trámite de la segunda mediación que se inició el día 16 de mayo de 2017.

VIII. Resta solo resolver el cuestionamiento vinculado en el considerando II (f) vinculado al modo como se han impuesto las costas.

Al respecto, cabe primeramente señalar, como es sabido, que las costas no consti-

tuyen un castigo para el perdedor, sino que importan solo un resarcimiento de los gastos que ha debido efectuar la parte a fin de lograr el reconocimiento de su derecho a efectos de que ellos no graviten en definitiva en desmedro de la integridad del derecho reconocido.

Bajo tal entendimiento, teniendo en cuenta las particularidades del caso, los términos

en que han sido decididos los agravios y por existir vencimientos recíprocos, entiende el Tribunal que las costas de ambas instancias deberán ser soportadas en el orden causado (arg. arts. 68 y 69 del Cód. Procesal).

IX. Por las consideraciones precedentes, normativa legal citada y demás constancias del expediente, el Tribunal resuelve: I.

Modificar parcialmente la sentencia apelada y elevar a la suma de pesos veinte mil (\$20.000) la cuota alimentaria a cargo de la demandada y en favor —exclusivamente— de su hijo F. Q. a regir desde la fecha del acta de mediación (16 de mayo de 2017) y hasta el día que cumplió 21 años de edad (10 de marzo de 2022). II. Confirmarla en cuanto rechazó la pretensión alimenta-

ria formulada en los términos del art. 663 del Cód. Civ. y Comercial. III. Las costas de ambas instancias serán soportadas en el orden causado. Regístrese y notifíquese por secretaria. Cumplido, comuníquese al CIJ (Ac. 15/2013 y 24/2013 CSJN) y devuélvase física y virtualmente. — *Liliana E. Abreut de Begher.* — *Claudio M. Kiper.* — *José B. Fajre.*

Jurisprudencia

Impuesto a las Ganancias

Asociación civil. Reconocimiento de la exención tributaria. Inexistencia de distribución de utilidades entre socios. Finalidad social útil. Órgano encargado de su valoración.

1. - Debe revocarse la sentencia que desestimó la demanda interpuesta por una asociación con el objeto de impugnar la resolución de la AFIP que había rechazado el reconocimiento de la exención en el Impuesto a las Ganancias, pues la demandada no demostró, en el caso, la existencia de una distribución encubierta de utilidades entre los integrantes de la asociación ni que las ganancias de esta se destinen a fines distintos de los establecidos en su objeto social.
2. - La tarea de valoración sobre si la finalidad de una entidad es socialmente útil pertenece exclusivamente a los organismos que tienen a su cargo la función de registro público de comercio —la Dirección Provincial de Personas Jurídicas, en el caso concreto—, los que, tanto al momento de otorgar la personería jurídica como en los sucesivos controles que deben realizar durante la vida de estas entidades, han de comprobar el ajuste de esos objetivos a las formas asociativas solidarias.
3. - El mecanismo mediante el cual la AFIP debería revisar si un contribuyente se ajustó a los requisitos legalmente establecidos para gozar de la franquicia es la determinación de oficio, que permitiría verificar si en cada período anual la actora cumplió las condiciones para la exención impositiva, prevista en el art. 17 de la ley 11.683. [1]

CFed. La Plata, sala II, 30/05/2022. - Asociación de Empresas de Servicios Fúnebres de la Provincia de Buenos Aires c. Administración Federal de Ingresos Públicos - Dirección General Impositiva (AFIP-DGI) s/ contencioso administrativo-varios.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/68204/2022]

Jurisprudencia vinculada

[1] En igual sentido. Entre otros: Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, sala II, "Asociación Médica de San Vicente c. AFIP s/ Impugnación de acto administrativo", 18/03/2021, TR LALEY AR/JUR/4863/2021

Costas

A la vencida (art. 68, 1 er. párr.).

2ª Instancia. - La Plata, mayo 30 de 2022.

Considerando:

El doctor *Di Lorenzo* dijo:

I. Llega la causa a esta Alzada en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte actora y sostenido con la expresión de agravios de fecha 01/03/2021, contra la sentencia de primera instancia del 01/06/2020 que desestimó la demanda interpuesta por la Asociación de Empresas de Servicios Fúnebres de la Provincia de Buenos Aires contra la Administración Federal de Ingresos Públicos - Dirección General Impositiva y, en consecuencia, confirmó la resolución administrativa N° 193/2013.

II. En primer término, cabe señalar que María Verónica Frascarelli, en representación de la Asociación de Empresas de Servicios Fúnebres de la Provincia de Buenos Aires interpuso demanda contenciosa judicial, en los términos del art. 23 inciso c de la ley 19.549, contra la Administración Federal de Ingresos Públicos - Dirección General Impositiva, con el objeto de impugnar la resolución N° 193/2013 mediante la que se denegó el recurso de apelación que fuera interpuesto contra la resolución N° 137/2012, a través de la que se revocó el reconocimiento de la exención tributaria y se denegó la solicitud de un nuevo reconocimiento de la exención desde la fecha de presentación (08/09/2005).

En su escrito, la actora solicitó la declaración de nulidad de la resolución N° 193/2013 y su antecesora N° 137/2012 por revocar hacia atrás una exención debidamente otorgada con carácter definitivo. Agregó que la entidad no había modificado, ni trastocado sus actividades, objetivos ni fines estatutarios.

Asimismo, peticionó la nulidad y/o revocación de ambas resoluciones por falsedad de causa y motivación, toda vez que había denegado el reconocimiento de la exención con el argumento falaz de que la Asociación "presta servicios comerciales", lo que es falso dado que cumple con gestiones y prestaciones inherentes a las actividades y objetivos contenidos en el estatuto, cumpliendo con las presupuestas sustanciales y formales exigidos por el artículo 20 inciso f) de la ley 20.628.

La actora recordó que se encuentra exenta en los términos legales atento su carácter de asociación sin fines de lucro con actividades de interés general. Exención obtenida con carácter definitivo.

Alegó que no había modificado su objeto social ni las actividades que podía estatutariamente realizar, de ahí que siempre obtuvo su certificado de exención provisional, al ratificar su exención con las solicitudes de reconocimiento practicadas en los términos de las resoluciones generales vigentes.

Indicó que a pedido de funcionarios del Fisco, se aportó documentación contable

y se informó que la actividad desplegada apuntaba a satisfacer intereses sociales y de sus asociados, de conformidad con los objetivos propuestos en el Estatuto.

Expresó que, sin noticias previas, el 30 de noviembre de 2012 la División Gestiones y Devoluciones de la Dirección Regional Sur dictó la resolución N° 137/2012 mediante la que revocó hacia atrás la exención que tenía su representada y, denegó desde el año 2005 el reconocimiento de exención tributaria en el impuesto a las ganancias.

Indicó, además, que los razonamientos utilizados para sustentar el acto eran manifiestamente improcedentes.

En ese sentido, apuntó que el acto era nulo porque se había revocado en la instancia administrativa el reconocimiento de exención tributaria que se había obtenido con carácter definitivo.

Así, explicó que, el reconocimiento de la exención tributaria había obtenido carácter definitivo, por lo que no podía ser revocado de oficio conforme prescribe el artículo 18 de la ley 19.549.

Continuó diciendo que se había dejado sin efecto hacia atrás y de modo arbitrario una exención, sin modificarse los hechos ni las actividades desplegadas por la entidad.

Expresó que el acto administrativo fue dictado sin fundamentos reales y con repudio a las normas tributarias aplicables al caso (artículo 20, inciso f de la ley 20.628).

Agregó que existió un claro desvío de competencias al denegar la AFIP la exención impositiva y que el juez administrativo desatendió que el objeto que inspira la existencia de la entidad es el fin social y de protección del servicio fúnebre y de sepelio, y en consecuencia sus ingresos no representan beneficios o rentas en sentido técnico legal, pues no hay reparto ni distribución de utilidades.

Insistió en que todas las actividades realizadas por la asociación reafirman y justifican el otorgamiento de la exención del tributo y que la norma que acuerda la exención se aplica siempre en tanto el sujeto revista jurídicamente y brinde actividades concordantes con su objeto social sin distribuir utilidades.

Manifestó que la asociación asume compromisos para con sus miembros, los que son desarrollados a través de las diversas actividades efectivamente ejercitadas, entre los que se encuentra el compromiso para la protección y control de las prestaciones fúnebres y servicios de sepelio que brindan a la comunidad los asociados, que incluye, como derivación natural e ínsita a ello, el resguardo de las contraprestaciones que le son debidas.

Por otra parte, refirió que la actividad objetada por la demandada, que implicaba la realización de actos tendientes a obtener,

por cuenta de sus asociados, los importes que los mismos devengan por sus servicios fúnebres, no solo es acorde a la esencia de una asociación, que brinda el apoyo y la protección a todos sus asociados, que, además, se encuentra expresamente contemplada en el estatuto.

Por último, sintetizó que todas las actividades realizadas por la asociación reafirman y justifican el otorgamiento de la exención en el Impuesto a las ganancias, porque la norma que acuerda la exención del tributo a favor de las asociaciones se aplica siempre en tanto el sujeto reviste jurídicamente esa calidad y, a su vez, brinde actividades concordantes con su objeto social sin distribuir utilidades, es decir, si la institución existe y desarrolla su objeto, la exención rige plenamente como sucede en el presente caso.

A través de su larga exposición escrita, la actora pretende la nulidad absoluta e insanable de las resoluciones 193/2013 y 137/2012 por transgresiones de la administración a la norma y sin la correcta verificación de las circunstancias fáctica imperantes en el desarrollo de la actividad de la entidad.

Respecto a esto último, transcribió la descripción del juez administrativo en cuanto dijo que "analizada la actividad desarrollada por la entidad, la misma certifica el desempeño de tareas íntimamente ligadas a una actividad netamente comercial, lo cual nada difiere de una empresa privada, toda vez que su esfuerzo está directamente dirigido a un beneficio exclusivo de sus asociados, operando como un sujeto al que le tercerizó la intermediación de funciones entre sus asociados y los organismos con los que ha suscripto convenios, actividad por la que obtiene significativos recursos, lo que no devela un fin social sino, por el contrario, evidencia una actividades abiertamente separadas del objeto primigenio".

La actora esgrimió, frente a lo anterior, que el funcionario confunde tener un fin lucrativo con obtención de ingresos, esto último estatutariamente previsto en la asociación. Y agregó que la onerosidad del servicio no es asimilable a la búsqueda de ganancias con fines especulativos tal como si acontece con las empresas y comerciantes, por lo que dicha apreciación efectuada por el fisco para asimilar el lucro que ellos obtienen al lucro de la asociación es jurídica y fiscalmente incorrecta.

Seguidamente expuso que procede la nulidad absoluta e insanable de las resoluciones atacadas pues; 1) se transgredió el artículo 18 de la ley 19.549 que veda la posibilidad de revocar de oficio una resolución estable; 2) la AFIP carece de facultades para revocar exenciones subjetivas en función de las calidades de ente jurídico, en el caso se desconoció que el carácter asociativo y civil sin fines de lucro constituye presupuesto fundamental para el goce de beneficio; 3) resulta improcedente desde el punto de vista sustancial la revocato-

ria de la exención. Al respecto recordó que la entidad es una asociación sin fines de lucro creada en 1952, con sede en la ciudad de Avellaneda, y que entre las actividades prevista por el Estatuto, en su artículo 1, se encuentra la tramitación del cobro de los servicios prestados por sus asociados, que implica la realización de actos tendientes a obtener, por cuenta de sus asociados, los importes que los mismos devengan por sus servicios fúnebres y que es acorde a la esencia de una asociación que brinda apoyo y protección a todos sus asociados. Explico, además, que era un recurso legítimo que pasaba a constituir el capital de la asociación, puesto que el Estatuto prevé la capitalización de todos los recursos y la imposibilidad de repartir beneficios entre los asociados.

Repasó el alcance e inteligencia de la exención tributaria contenida en el artículo 20, inciso f) de la ley 20.628 y citó jurisprudencia sobre ello.

Para dejar en claro que, los recursos que obtiene su asociación a través de las distintas actividades que lleva adelante, se emplean para satisfacer intereses del bien común y en ningún caso se distribuyen entre los asociados o miembros del ente, guardando una estrecha relación con el cumplimiento de un beneficio socialmente útil.

Precisó que la actividad objetada estaba expresamente consagrada como actividad esencial de la asociación en armonía con el compromiso profesional y la protección de los intereses de sus asociados, por lo que el criterio fiscal debía desecharse.

III. La accionada contestó demanda, negó todos y cada uno de los hechos expuestos por la actora en su escrito de inicio y desconoció la documental adunada por la accionante.

En primer término, destacó que el principal recurso del Estado Nacional consagrado constitucionalmente es la recaudación de impuestos, cuyo producido es destinado a su sostenimiento y a la satisfacción de las necesidades públicas. Por ello, como regla general, todas las personas que realicen hechos considerados impositivos por el ordenamiento jurídico de nuestro país, se encuentran alcanzados por la potestad tributaria del Estado Argentino. Adujo que, excepcionalmente, existen circunstancias que determinan que ciertas entidades se encuentren exentas del pago del impuesto a las ganancias.

Manifestó que de las actuaciones administrativas surge que la entidad peticionante está organizada jurídicamente como Asociación Civil, autorizada a funcionar como tal por la Dirección Provincial de Personas Jurídicas de la Provincia de Buenos Aires. Posteriormente, dicho estatuto sufrió modificaciones las que fueron aprobadas mediante la Resolución N° DPPJ 563 de fecha 16/05/1983.

Que la entidad presentó en la Agencia N° 12, con fecha 08/09/2005, el formulario N° 699 y encontrándose agregada a las actuaciones toda la documentación exigible según lo dispuesto por la Resolución General AFIP N° 1815/2005, con fecha 09/09/2005, se procedió a emitir el formulario F 409 Certificado de Empadronamiento previsional.

Que el dictado de la RG N° 2681 (AFIP) del 28 de septiembre de 2009, en su título III Disposiciones Transitorias, artículo 42, enuncia: "Las entidades que a la fecha de entrada en vigencia de esta Resolución General posean un certificado de reconocimiento vigente formularios N° 709, (nuevo modelo), 411, 409, y 373, tramitando de acuerdo con las Resoluciones Generales N° 729 o N° 1815, sus respectivas modifica-

torias y complementarias, serán incluidas automáticamente en el régimen que por la presente se implementa, a cuyo efecto obtendrán el certificado de Exención en el impuesto a las ganancias" con la vigencia que le corresponda según el mes de cierre de la entidad.

Que, en virtud de ello, se analizaron los términos del estatuto a fin de determinar si la misma daba cumplimiento al objeto social que exige la ley.

Destacó que en el artículo quinto de dicho estatuto social se determina como se constituye el patrimonio informando que se integra por: a) Las cuotas que abonen sus asociados; b) Los bienes que posea en la actualidad y los que adquiera en lo sucesivo, así como las rentas que los mismos produzcan; c) Las donaciones, legados o subvenciones que reciba; d) El producido de beneficios, rifas, festivales y cualquier otra entrada que pueda tener concepto lícito; e) De los ingresos del mandato de gestión de cobranzas, otorgado por los asociados; f) Los ingresos por multas originadas en sanciones disciplinarias".

En lo atinente a su operatoria, su mandante le formuló un requerimiento con fecha 10/05/2012, a lo que la asociación responde, mediante F. 20.611 de fecha 12/06/2012, manifestando que lo expuesto en la nota "es veraz sin omitir ni falsear dato alguno". Aclaró que por cuota asociado se cobra un importe fijo de 200 por mes y por socio.

Que efectuadas las tareas de fiscalización correspondientes se pudo comprobar que surge del padrón único de contribuyentes y responsables, que la entidad ha declarado por actividad: "Servicios de Asociaciones NCP Código: 919.900", con fecha de inicio de actividad en septiembre de 1983.

Que consultaron la base de datos de AFIP denominada "eFisco Declaraciones Juradas", y observaron que la contribuyente no había presentado la declaración jurada del impuesto a las ganancias, correspondiente al ejercicio fiscal 2011.

Que de los antecedentes obrantes, y de la propia verificación practicada por los inspectores, "se constató que la actividad desarrollada por la Asociación de Empresas de Servicio Fúnebre de la Provincia de Buenos Aires Zona Capital es la intermediación entre la empresa contratante que brinda servicios de sepelio mediante un sistema de cobertura social para los afiliados a la misma (estas últimas se denominan beneficiarios) y las empresas prestadoras de servicios fúnebres por las que cobra una comisión" (el destacado no es de origen).

Asimismo, relató que observaron de la documentación que la entidad realiza ciertas funciones administrativas y comerciales que importan una tarea de auditoría previa, según surge del formulario F. 206/1 de fecha 16/06/2012, mediante un mecanismo puesto en funcionamiento denominado reintegro de gastos de gestión por el cual la Asociación reconoció percibir una comisión.

Señaló que con la documentación aportada por la entidad se determinó que la Asociación de Empresas de Servicios Fúnebres de la Provincia de Buenos Aires zona Capital, prestaba servicios que no se encontraban comprendidos en las previsiones que consagran su exención.

Destacó que se trató de tareas administrativas y comerciales que importaron el cobro de servicios prestados por los asociados y por los que retuvo un porcentaje de la facturación de estos, además de las cuotas sociales. Por ello, concluyó que la tarea de procesar la documentación de cada pres-

tación, realizada por el personal administrativo de la Asociación, para luego ser presentado en el organismo correspondiente para su cobro y cuya gestión administrativa generó costos que fueron soportados sistemáticamente por los socios mediante el pago de un porcentaje previamente fijado sobre cada factura presentada (4%), no era una actividad inherente a una entidad profesional sino a una empresa comercial.

Refirió que del análisis de los estados contables de la entidad, el área fiscalización constató que los recursos en concepto de "Gestión de cobranzas otros contratantes", "alquileres ganados" y "otros ingresos" representaban la mayoría absoluta de los ingresos de la entidad, comparados por los ingresos por cobro de cuotas sociales. En base a ello, el Fisco concluyó que en nada difiere con una empresa privada toda vez que su esfuerzo está directamente dirigido a un beneficio exclusivo de sus asociados, operando como un sujeto al que se le asignó o delegó la intermediación de funciones entre sus asociados y los organismos con los que ha suscripto convenios, actividad por la que obtiene significativos recursos, lo que entiende no revela un fin social sino, por el contrario, evidencia una actividad que se aparta abiertamente del objetivo primigenio de la exención.

Manifestó que cuando los interesados han adoptado una figura jurídica, en este caso asociación exenta y la situación económica real de sus actos exigiría una estructura jurídica del derecho privado más apropiado, debe acudirse a principio de la realidad económica, para concluir que la actora asumió actividades que son propias del negocio e interés comercial y rentable de sus asociados, lo que no integra el beneficio público requerido para la exención.

Asimismo, señaló que, aunque realice otras actividades que puedan considerarse de interés público, los servicios que componen la parte más significativa de sus ingresos como se explicó, son los que presta a sus asociados para la optimización del giro comercial de los mismos y, por lo tanto, para mejorar su rentabilidad. Agregó que, de tener que realizarlos cada uno, implicaría un costo elevado para cada una de ellas, por lo cual, aunque esa mayor rentabilidad no apareciera en la asociación si lo hace forma indirecta en sus asociados. Entendió que la actividad que desarrolla la entidad apunta a facilitar el desenvolvimiento económico y desarrollo de aquellos.

Manifestó que la parte actora se ha visto beneficiada durante los años en que se le reconoció la exención, porque desarrollaría las actividades encuadradas en los objetos sociales de las organizaciones mencionadas en el artículo de la LIG, pero expresó, que la resolución que dicta el Fisco no es para el otorgamiento de la exención, sino a los fines de su reconocimiento, pues la dispensa solo puede ser otorgada por la leyes vigentes, en tanto se cumpla con los requisitos y las normas estatutarias que ellas provean. Apuntó que la vigencia de esta se encuentra condicionada al cumplimiento de la causa que la motivó ya que la liberación quedará sin efecto en caso de comprobarse que los elementos suministrados no son reales o no se cumplen los presupuestos que le han dado origen. En ese caso, el Fisco debe proceder a revocar el mismo.

Recalcó que no alcanza con que se trate de una asociación sin fines de lucro o incluso que carezca de bienes actuales para reconocer la exención y, en este caso, mantenerla. Resulta requisito esencial que se cumplan las pautas establecidas por el artículo 20 inciso f) de la LIG. Aunque realicen otras actividades que puedan considerarse de interés público a los que la actora hace referencia en su demanda, los

servicios que componen la parte más significativa de sus ingresos son los que presta a sus asociados para la optimización del giro comercial de los mismos y por lo tanto para mejorar su rentabilidad.

A modo de conclusión, manifestó que la actora no desempeña una actividad que le permita gozar de la exención citada, no se aprecia de una lectura integral de sus normas constitutivas ni, tampoco de los actos, situaciones y relaciones económicas efectivamente realizados (conf. art. 2 de la Ley 11.683) la total exclusión de fines lucrativos para sus asociados, como pauta para usufructuar la exención.

Seguidamente, contestó el planteo de nulidad efectuado por la accionante, a ese respecto, formuló una serie de consideraciones desde el ámbito del derecho administrativo.

Señaló, que para encontrar motivo de nulidad es necesario que se haya prescindido total y absolutamente del procedimiento establecido, lo que comprende ausencia total del trámite o la utilización de un procedimiento distinto. Destaca que, en este supuesto, no existe falta de fundamento. Por el contrario la resolución impugnada se sustentaba en el incumplimiento del inciso f) de la Ley de Impuesto a las Ganancias.

Asimismo, refirió que la actora no había expresado cual era la defensa que se había visto impedida de oponer (art. 172 segundo párrafo del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación), de ahí que la accionante persigue la nulidad por la nulidad misma.

Consideró que la resolución en cuanto acto administrativo en función del art. 7 de la ley 19.549, ha sido dictada por autoridad competente en el marco del art. 7 del Decreto 618/1997, se han sustentado en los hechos y antecedentes que le sirven de causa y en el derecho aplicable, han seguido correctamente el procedimiento esencial, han sido motivadas y, sobre todo, han cumplido con la finalidad que resulta de las normas y resoluciones que sirven de soporte y antecedente, y la solución resultó proporcionalmente adecuada.

Estimó que el acto administrativo en cuestión no se encuentra alcanzado por ningún tipo de irregularidad que pueda refularlo como nulo, ni tampoco ingresa dentro de los supuestos de nulidad establecidos por el artículo 14 de la Ley 19.549 y sus modificatorias, reuniendo todas las formalidades que prescriben los artículos 7 y 8 de dicha norma legal y en consonancia con el art. 18 de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo. En tal sentido, expresó que el derecho que invoca su contraria detentaba la calidad de título precario.

Citó jurisprudencia aplicable, formuló reserva de caso federal, fundó en derecho y ofreció prueba.

IV. Al momento de decidir, el juez de grado sostuvo que la pretensión de la firma actora no podía prosperar, pues no había logrado acreditar que se encontrara inmersa en los requisitos establecidos en el inciso f) de la ley de Impuesto a las Ganancias que hagan procedente contar con el beneficio exentivo; siendo requisito esencial que realizara esencialmente actividades destinadas al beneficio público, es decir que las actividades efectivamente desarrolladas debían caracterizarse por su vocación fundamental de beneficiar a la comunidad.

Frente a ello, la actora planteó los siguientes agravios:

1) la sentencia omite hacer referencia a la falta de competencia de la AFIP para re-

vocar la exención. Es decir, aún de considerar que la exención puede ser revocada, la cuestión radica en qué órgano tiene a su cargo dicha función.

2) el cumplimiento de este requisito se encuentra implícito en los fines de creación de la Asociación, y quien realiza esa evaluación es la Dirección Provincial de Personas Jurídicas.

Es decir, en la medida en que la Asociación desarrolle las actividades para las cuales fue creada, no resulta procedente que el fisco evalúe si a su juicio tiene o no un fin socialmente útil, o tiendan al bien público, ya que ello se encuentra implícito en su creación.

V. Ahora bien, no resulta ocioso recordar que el artículo 20 inciso f de la ley 20.628 establece que están exentas del gravamen al impuesto a las ganancias: “Las ganancias que obtengan las asociaciones, fundaciones y entidades civiles de asistencia social, salud pública, caridad, beneficencia, educación e instrucción, científicas, literarias, artísticas, gremiales y las de cultura física o intelectual, siempre que tales ganancias y el patrimonio social se destine a los fines de su creación y en ningún caso se distribuyan, directa o indirectamente, entre los socios...”

Expuesto ello, cabe reiterar que el *a quo* argumentó que “analizada la actividad desarrollada por la Asociación, la misma certifica el desempeño de tareas íntimamente ligadas a una actividad netamente comercial, lo cual en nada difiere de una empresa privada, toda vez que su esfuerzo está directamente dirigido a un beneficio exclusivo de sus asociados, operando como un sujeto al que se le tercerizó la intermediación de funciones entre sus asociados y obras sociales, actividad por la que obtiene significativos recursos, lo que no revela un fin social”.

Por ello, consideró acreditado, en el caso, que se trataba de una “actividad que se aparta abiertamente del objeto primigenio del precepto exentivo, para cuya procedencia se requiere la total ausencia de ventajas de índole económica o lucrativas para los asociados de la entidad demandante”.

Asimismo, el juez de grado discurrió que el requisito esencial, conforme las pautas del artículo 20 inciso f), es que se realicen esencialmente actividades destinadas al beneficio público, es decir que las actividades efectivamente desarrolladas deben caracterizarse por su vocación fundamental de beneficiar a la comunidad.

VI. Ahora bien, conforme inveterada jurisprudencia del Máximo Tribunal “ninguna carga tributaria puede ser exigible sin la preexistencia de una disposición legal encuadrada dentro de los preceptos y recaudos constitucionales, esto es, válidamente creada por el único poder del Estado investido de tales atribuciones, de conformidad con los arts. 4º, 17, 44 y 67 —texto 1853-1860— de la CN” (Fallos: 248:4082, 303:245, 305:134, 312:912, 316:2329, entre muchos otros).

A su vez, también ha sostenido que, del mismo modo que el principio de legalidad que rige en la materia impide que se exija un tributo en supuestos que no están contemplados en ley, también veda la posibilidad de que se excluyan de la norma que concede una exención situaciones que tienen cabida en ella con arreglo a los términos del respectivo precepto (Fallos: 316:1115).

Paralelamente, el Alto Tribunal expuso que “ya en el art. 51, inc. f), de la ley de 11.682 (antecedente remoto del art. 20, inc. f., *sub examine*) fue abandonada la genérica referencia a entidades de “beneficio

público” —que había suscitado múltiples controversias— por una enunciación detallada de las asociaciones y entidades civiles beneficiadas con la dispensa del tributo según el objeto que persigan, siempre que cumplan determinadas condiciones. De tal manera, agregó el Tribunal, si una entidad se ajusta inequívocamente a alguno de los supuestos en los que la ley prevé la exención, y no se demuestran circunstancias que lo desvirtúen o el incumplimiento de otras condiciones exigibles, esa exención debe ser reconocida, al margen de la valoración que pueda efectuarse con respecto a si su finalidad es socialmente útil o si no lo es” (Fallos: 325:3092 y 327:3660) (el destacado no es de origen).

Por el contrario, dicha tarea pertenece exclusivamente a los organismos que tienen a su cargo la función de registro público de comercio (la Dirección Provincial de Personas Jurídicas en el caso concreto) quienes, tanto al momento de otorgar la personería jurídica como en los sucesivos controles que deben realizar durante la vida de estas entidades, han de comprobar el ajuste de esos objetivos a las formas asociativas solicitadas (conf. dictamen de la Procuración General de la Nación en causa “Círculo Odontológico de Comodoro Rivadavia c. AFIP - DGI s/ contencioso administrativo”).

Sentado ello, y considerando que la demandada tampoco ha demostrado, en el caso, la existencia de una distribución encubierta de utilidades entre los integrantes de la asociación ni que las ganancias de esta se destinen a fines distintos de los establecidos en su objeto social, corresponde revocar la sentencia apelada.

En todo supuesto, el mecanismo mediante el cual la AFIP debería revisar si un contribuyente se ajustó a los requisitos legalmente establecidos para gozar de la franquicia, es la determinación de oficio, que permitiría verificar si en cada período anual la actora cumplió o no las condiciones para la exención impositiva, prevista en el artículo 17 de la ley 11.683 (conf. dictamen de la Procuración General de la Nación en causa “Círculo Odontológico de Comodoro Rivadavia c. AFIP - DGI s/ contencioso administrativo” y causa de esta Sala II N° 9518/2014, caratulada “Asociación Médica de San Vicente c. AFIP s/ impugnación de acto administrativo”, sentencia 18 de marzo de 2021).

En tales condiciones, propongo al Acuerdo: revocar la sentencia apelada con al alcance que antecede, con costas a la vencida (art. 68, 1º párrafo).

Así lo voto.

El doctor Álvarez dijo:

Que adhiere al voto que antecede.

Por ello se resuelve: Revocar la sentencia apelada con al alcance que antecede, con costas a la vencida (art. 68, 1º párrafo). Regístrese, notifíquese, ofíciase electrónicamente al juzgado, y remítase a primera instancia a través del Sistema *Lex 100*. — César Álvarez. — Jorge E. Di Lorenzo.

Capacidad económica de la progenitora conviviente

Alimentos. Se eleva la cuota alimentaria del progenitor no conviviente. Nuevo patrimonio del progenitor. Efectos.

1. - La capacidad económica de la progenitora que convive con sus hijas en nada

modifica la obligación del progenitor no conviviente. Por ello, más allá de la incidencia que en la estimación de la cuota debe tener el hecho de que la actora también trabaja y perciba un ingreso, es la progenitora quien convive con las hijas; de allí que se presume que se hace cargo de una serie de necesidades de la niña y la adolescente de un modo directo, a través de la cotidiana atención de sus requerimientos, lo que implica una inversión de tiempo y gastos propios de la vida en relación de ambas.

2. - La circunstancia informada por el progenitor que no convive con sus hijas relativa a su nuevo matrimonio no puede constituir un progresivo desmedro en ellas, sino que, en todo caso, impone el deber de redoblar esfuerzos para que a ninguna de ellas le falte lo indispensable para cubrir sus necesidades básicas.

CNCiv., sala I, 11/05/2022. - C., L. B. y Otros c. E. R. S. s/ Alimentos.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/54882/2022]

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

Considerando: I. Ambas partes y la Defensora de Menores de grado apelaron la resolución del 2 de noviembre de 2021, en la cual se hizo lugar a la demanda y se fijó como cuota alimentaria definitiva a favor de V. —nacida el 23/04/2007— y L. —nacida el 01/11/2014—, el 27% de los ingresos que por todo concepto perciba el alimentante, incluido el sueldo anual complementario, con deducción exclusiva de los descuentos obligatorios de ley.

Por otro lado, se estableció que la cuota se adeuda desde la mediación y se ordenó además la retención directa de los haberes que le correspondan percibir al obligado de su empleador —Banco Ciudad—.

Por último, impuso las costas a cargo del demandado vencido.

El memorial de agravios de la actora fue incorporado el 2 de diciembre de 2021 y replicado por el obligado el 15 de ese mismo mes y año. Por su parte, este último fundó su crítica el 15 de diciembre de 2021 y recibió respuesta de la actora el 22 de ese mismo mes y año.

De su lado, la señora Defensora de Cámara fundó la apelación interpuesta por su colega de grado en el dictamen del 25 de abril del corriente, cuyo traslado no mereció contestación.

Allí, solicitó que se admita el recurso interpuesto por la actora y se aumente la cuota alimentaria, a la vez que propició la desestimación del recurso del demandado.

II. Al tratarse de una demanda de alimentos a favor de dos hijas menores de edad, no se requiere probar la necesidad. En estos casos, basta el pedido para la procedencia del reclamo. Los obligados a satisfacerlo son en primer término los progenitores ya que se trata de un derivado de su responsabilidad parental.

Ese compromiso implica proveer a las hijas de los rubros necesarios para la subsistencia adecuándolo a las circunstancias personales relevantes de las partes en litigio, tratando de mantener el nivel social y cultural del que el niño gozaba antes del conflicto entre sus padres.

Por ese motivo para la determinación de la cuota debe tenerse en cuenta no solo los ingresos de los alimentantes sino también la condición social de las partes, los recur-

sos con los que puedan contar y su modo de vida. En definitiva, se trata de equilibrar —prudencialmente— las necesidades de las hijas con las posibilidades de ambos progenitores.

En ese marco, el monto nominal de la cuota intentará traducir las valoraciones antedichas aun cuando no se hayan acreditado cada uno de los gastos que requiere la manutención de la niña y la adolescente, porque el análisis elemental de las necesidades que de modo ineludible deben ser atendidas puede formularse de acuerdo con el público y notorio conocimiento de los costos de vida.

Además, la cuestión deberá ser examinada desde la perspectiva del mejor interés de L. y V. —de 7 y 15 años de edad, respectivamente—, tal como lo ha señalado reiteradamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al expresar que las personas menores de edad “...además de la especial atención que merecen de quienes están directamente obligados a su cuidado, requieren también la de los jueces y de toda la sociedad; y la consideración primordial de su interés viene tanto a orientar como a condicionar la decisión de los magistrados llamados al juzgamiento de casos que los involucran, proporcionando un parámetro objetivo que permite resolver las cuestiones en las que están comprendidos los menores, debiendo atenderse primordialmente a aquella solución que les resulte de mayor beneficio” (doctrina de Fallos: 322:2701; 323:2388 y 324:122).

Sobre el tema, se ha dicho que la expresión “interés superior del niño” implica que el desarrollo de este y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración y la aplicación de normas en todos los órdenes relativos a su vida (CIDH, 28/08/2002, Opinión Consultiva OC 17/02, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, LA LEY, 2003-B, 312); y la ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes N° 26.061 lo definió como “la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos por esta ley” (artículo 3º).

III. Se agravia la actora —a lo que adhiera la Defensora de Menores de Cámara— por cuanto sostiene que el porcentaje del 27% sobre los haberes que percibe el demandado en el Banco de la Ciudad de Buenos Aires, resulta insuficiente para satisfacer las necesidades alimentarias de sus hijas.

A fin apuntalar su postura argumenta —en lo medular— que es ella quien se hace cargo del cuidado de sus hijas, haciendo hincapié en la nula participación del demandado al respecto.

Asimismo, discrepa respecto a la valoración de la prueba, señalando que de las constancias de autos se desprende que el demandado desarrolla un nivel de vida que le permite afrontar una cuota más alta, a tal fin menciona los viajes al exterior realizados por este a los Emiratos Árabes Unidos, México, Uruguay, Brasil y Estados Unidos, los que refiere como de placer.

Así concluye su crítica solicitando que el porcentual establecido sobre los haberes del demandado sea elevado al 35 %.

Por su parte, el obligado se queja por porcentual establecido. Señala que no se ha tenido en cuenta la capacidad económica de la parte actora. Indica, además, que debe alquilar el inmueble en el que vive, informa que se ha vuelto a casar y que su nueva pareja tiene tres hijos.

Solicita de esa manera que el porcentual establecido sobre sus haberes sea reducido al 19%.

IV. Dado la índole de las críticas, estas serán abordadas en forma conjunta, por cuanto ambas se ciñen al porcentual establecido; siendo que la actora y la Defensora de Menores propician su aumento; en tanto que el demandado solicita que sea reducido.

Del estudio de la cuestión planteada debe tenerse presente que la niña y la adolescente, conviven con su madre y concurren a la escuela "Instituto Comunicaciones" —ubicado en la calle ... de esta ciudad—, donde al mes de diciembre del 2020 la menor de las hermanas cursaba el nivel inicial (sala de 5 años) y la mayor el primer año del nivel secundario, cuyas cuotas mensuales ascendían a ese mes a \$12.960 y \$10.500, respectivamente.

Asimismo, dicha institución informó que los pagos los efectuaba —en tiempo y forma, y a través de transferencia bancaria—, la actora —ver contestación de oficio digitalizada el 04/12/2020—.

Párrafo aparte merece la cuestión relativa a la presencia del demandado en la vida de sus hijas, dado que ambas partes coinciden en la falta de contacto de las hijas con su progenitor.

Al respecto se recuerda que la responsabilidad parental constituye una función en cuyo ejercicio los progenitores deben proteger y formar íntegramente a sus hijas velando por su interés permanentemente y propiciando su pleno desarrollo como personas, la obligación de alimentos gravita solidariamente tanto sobre el padre como la madre. Sin embargo, cuando uno de ellos efectúa a diario una contribución en especie, estando a su cargo el ejercicio de la guarda, con el cuidado y supervisión directa de las hijas —como ocurre en el caso—, le corresponde al otro progenitor proveer a las necesidades de las alimentadas en mayor proporción. Es que, tal tarea si fuera asumida por un/a tercero/a sería valuada económicamente debiendo destacarse al efecto que este criterio jurisprudencial ha sido expresamente tomado legislativamente por cuanto así se ha dispuesto

en el artículo 660 del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

Por otro lado, la circunstancia informada por el demandado relativa a su nuevo matrimonio no puede constituir un progresivo desmedro en sus hijas, sino que en todo caso impone el deber de redoblar esfuerzos para que a ninguna de ellas le falte lo indispensable para cubrir sus necesidades básicas (en análogo sentido, esta Sala, Expte. 35179/2020/ inc. 4, "Z., M. B. c / M. M. s/ medidas precautorias-familia" del 18/04/2022).

En ese orden, también habrá de considerarse que de las constancias de autos surge que entre los años 2016 y 2019, el obligado realizó diferentes viajes al exterior —Emiratos Árabes, México, Uruguay, Brasil, Estados Unidos y Perú— (ver informe de Migraciones incorporado el 13/10/2020) y que desde 2015 que es titular por el 100%, de un automóvil Toyota Corolla XEI (6M/T) —modelo 2015— (ver contestación del Registro Automotor del 02/09/2020).

Ahora bien, respecto a la actividad laboral del demandado debe señalarse que este se desempeña como "2º Jefe de Departamento" en el Banco Ciudad y que su sueldo neto al mes de mayo de 2021 fue de \$258.700,75 —debiéndose aclarar que en el referido mes, percibió además la suma de \$20.926,23 en concepto de "licencia por matrimonio" y le fueron descontados \$40.000 en concepto de "litis expensas" —retención directa por los alimentos provisionales en estas actuaciones— (ver contestación de oficio 8 de julio de 2021), a lo que debe adicionarse los aumentos que desde esa fecha y hasta la actualidad ha recibido el gremio de los trabajadores bancarios —conforme artículo 386 del Cód. Procesal— (en análogo sentido, esta Sala 49885/2020 "D., L. M. E. c. C., H. D. s/ alimentos" del 08/07/2021).

Por último, en lo que hace a la capacidad económica de la actora, se encuentra acreditado que ella trabaja en el Ministerio Público Fiscal desde el año 2016, cuestión que el obligado ha hecho el centro de su argumento a lo largo del proceso —ver escrito presentado el 11/02/2021 "Solicita reducción de cuota provisoria", y apartado II del memorial de agravios—, señalando que

la peticionaria está en mejores condiciones económicas que él.

De ahí que esa circunstancia en nada modifica la obligación del progenitor no conviviente para con sus hijas. Por ello, más allá de la incidencia que en la estimación de la cuota debe tener el hecho de que la actora también trabaja y perciba un ingreso, es la progenitora quien convive con las hijas, de allí que se presume que se hace cargo de una serie de necesidades de la niña y la adolescente de un modo directo, a través de la cotidiana atención de sus requerimientos, lo que implica una inversión de tiempo y gastos propios de la vida en relación de ambas. Tal razonamiento desvaloriza la argumentación ensayada por el demandado en su memorial, en el que ha intentado reducir el porcentual establecido sobre su sueldo invocando la capacidad económica de la actora, a lo que debe sumarse la escasez probatoria de su parte a lo largo del proceso (artículos 163 inciso 5º segunda parte y 377 de del Cód. Procesal).

Por tales consideraciones, los agravios formulados por el demandado serán rechazados y prosperarán parcialmente las quejas de la actora y la Defensora de Menores de Cámara, por cuanto teniendo en cuenta lo acreditado en autos y las necesidades básicas de la niña y de la adolescente de las edades de las alimentadas, se advierte prudente elevar la cuota alimentaria en un 30% de los haberes percibidos por el obligado, con los alcances indicados en la resolución apelada.

V. En definitiva, por las razones expuestas y de conformidad con lo dictaminado por la señora Defensora de Menores e Incapaces de Cámara, se resuelve: 1) Admitir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y la Defensora de Menores de Cámara, y en consecuencia, modificar la resolución del 2 de noviembre de 2021, en el sentido que se incrementará al 30% el porcentual establecido sobre los haberes del demandado para el cálculo de la cuota alimentaria, con costas dealzada a cargo del demandado vencido (artículos 68 y 69 del Cód. Procesal). 2) Desestimar el recurso de apelación interpuesto por el demandado, con costas de alzada a su cargo (artículos 68 y 69 del Cód. Procesal). 3) En atención a lo dispuesto por el artículo 279 del Cód. Procesal, se deben dejar sin efecto

las regulaciones practicadas en la resolución apelada y fijar los honorarios de los profesionales intervinientes, adecuándolos al pronunciamiento dictado en esta oportunidad. Sentado ello, corresponde resaltar que se tomará como base regulatoria la nueva cuota alimentaria fijada conforme las pautas indicadas por el art. 39 y además, que se ponderarán las constancias de autos, la labor profesional, las etapas cumplidas y el resultado obtenido; conforme las pautas establecidas en los arts. 1, 3, 16, 30, 39, 51, 54 y concordantes de la ley 27.423 (ver aquí). Bajo tales premisas, se regulan los honorarios de la Dra. Mara Orlando, patrocinante de la actora, en la cantidad de ...UMA, que al día de la fecha representan la suma de \$...; los del Dr. Martín Ezequiel Carlucci, como letrado patrocinante del demandado, en la cantidad de ...UMA, que al día de la fecha representan la suma de \$... y los de los Dres. Hugo Omar Errichetti y Juan Ignacio Ottero, en la cantidad de ... UMA, que al día de la fecha representan la suma de \$... Teniendo en cuenta lo establecido en el Decreto 2536/2015 y lo dispuesto en el art. 2º del anexo III) del Decreto 1467/2011, se fijan los honorarios de la mediadora Dra. María Julia Fornari, en la suma de \$... Por la actuación en segunda instancia vinculada con el dictado de la presente resolución, atento el interés debatido en ella y las pautas del art. 30 de la ley 27.423, se regulan los honorarios de la Dra. Mara Orlando, patrocinante de la actora, en la cantidad de ...UMA, que al día de la fecha representan la suma de \$... y del Dr. Hugo Omar Errichetti, patrocinante del demandado, en la cantidad de ... UMA, que al día de la fecha representan la suma de \$... El presente acuerdo fue celebrado por medios virtuales y el pronunciamiento se suscribe electrónicamente de conformidad con lo dispuesto por los puntos 2, 4 y 5 de la acordada 12/2020 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La vocalía número 27 se encuentra vacante. Regístrese, notifíquese y devuélvase. Se hace constar que la publicación de la presente sentencia se encuentra sometida a lo dispuesto por el artículo 164, 2º párrafo del Cód. Procesal y artículo 64 del Reglamento para la Justicia Nacional, sin perjuicio de lo cual será remitida al Centro de Información Judicial a los fines previstos por las acordadas 15/2013 y 24/2013 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. — Paola M. Guisado. — Juan P. Rodríguez.

Edictos

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nº 10, Secretaría Nº 19, sito en Libertad 731 9º piso de esta ciudad, informa que el Sr. JAVIER BUITRAGO ROMERO de nacionalidad colombiana con D.N.I. Nº 95.245.202 ha iniciado los trámites tendientes a obtener la ciudadanía argentina. Por ello cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que estimara podría obstar a dicha concesión, deberá hacerlo saber a este Juzgado. Publíquese por dos días.

Buenos Aires, 12 de febrero de 2020
Natalia Cogliati, sec. int.
LA LEY: I. 22/06/22 V. 23/06/22

Ante el Juzgado Nacional de Pri-

mera Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nº 10, Secretaría Nº 19, sito en Libertad 731, 9º piso de esta ciudad, tramita el pedido de ciudadanía argentina de el/la Sr./Sra. RICARDO ANTONIO SANCHEZ ROMERO de nacionalidad venezolana con 95.777.930 según Exp. Nº 10400/2021 "SANCHEZ ROMERO, RICARDO ANTONIO s/ SOLICITUD DE CARTA DE CIUDADANÍA". Por ello cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que estimara podría obstar a dicha concesión, deberá hacerlo saber a este Juzgado. Publíquese por dos días.

Buenos Aires, 2 de diciembre de 2021
María Lucila Koon, sec.
LA LEY: I. 22/06/22 V. 23/06/22

El Juzgado Nacional de 1ª Inst. en lo Civil y Com. Fed. Nº 11, Secretaría Nº 22, sito en Libertad 731, 7º piso, de esta Capital, hace saber que la Sra. MARÍA LORENA SAYEGH SANKI cuyo DNI es el Nº: 95.942.025, de nacionalidad venezolana, ha solicitado la ciudadanía argentina. Quien conozca algún impedimento para la concesión del beneficio, podrá comunicarlo a través del Ministerio Público. Publíquese por dos días, en un lapso de quince días.

Buenos Aires, 18 de abril de 2022
Laura Gabriela Sendon, sec.
LA LEY: I. 22/06/22 V. 22/06/22

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nº 5, a cargo del Dr. Patricio Mara-

niello, Secretaría Nº 10 a mi cargo, sito en Libertad 731 piso 10º de Capital Federal, hace saber que MARCELA YISETH PERALTA PACHECO, DNI Nº 95.107.864 de nacionalidad colombiana y de ocupación Clínica Modelo los Cedros, ha iniciado los trámites tendientes a la obtención de la Ciudadanía Argentina. Cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que pudiere obstar a dicha concesión, deberá hacer saber su oposición fundada al Juzgado. Publíquese por dos veces.

Buenos Aires, 29 de abril de 2022
M. Andrea Salamendy, sec.
LA LEY: I. 21/06/22 V. 22/06/22

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Fe-

deral Nº 8, secretaria Nº 15, sito en Libertad 731 7º piso de esta ciudad, informa que MARÍA EUGENIA MUCJICA DE ARNIAS de nacionalidad venezolana con DNI 95.935.551 ha iniciado los trámites tendientes a obtener la ciudadanía argentina. Por ello cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que estimara podría obstar a dicha concesión, deberá hacerlo saber a este Juzgado. Publíquese por dos días.

Buenos Aires, 28 de septiembre de 2021
Felipe J. Cortés Funes, sec.
LA LEY: I. 21/06/22 V. 22/06/22

Ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial

Federal Nº 10, Secretaría Nº 19, sito en Libertad 731, 9º piso de esta ciudad, tramita el pedido de ciudadanía argentina de el/la Sr./Sra. GONZALO WILLEINER RODRÍGUEZ PEÑARRIETA de nacionalidad ecuatoriana con 95.707.595 según Exp. Nº 13901/2021 "RODRÍGUEZ PEÑARRIETA, GONZALO WILLEINER s/ SOLICITUD DE CARTA DE CIUDADANÍA". Por ello cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que estimara podría obstar a dicha concesión, deberá hacerlo saber a este Juzgado. Publíquese por dos días.

Buenos Aires, 7 de marzo de 2022
María Lucila Koon, sec.
LA LEY: I. 21/06/22 V. 22/06/22

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

Editores: Nicolás R. Acerbi
Valderrama
Florencia Candia

Elia Reátegui Hehn
Jonathan A. Linovich
Marlene Slattery

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


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

 Thomsonreutersley

 TRLaLey

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

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

 Centro de atención al cliente:

0810-266-4444



Doctrina

La garantía del *non bis in idem* en el proceso penal

Interpretación de los tribunales locales



Juan Manuel Fernández Cora

Abogado (Universidad de Morón). Especialista en Derecho Penal (Pontificia Universidad Católica Argentina) y en Derecho Constitucional (Universidad de Buenos Aires). Secretario en el Juzgado en lo Correccional N° 4 del Departamento Judicial de Morón.

SUMARIO: I. Introducción.— II. Tema para desarrollar. Objeto.— III. La Supremacía Constitucional.— IV. La garantía del *non bis in idem* o *ne bis in idem*.— V. Los textos normativos que receptan la garantía del *non bis in idem*.— VI. Las diversas terminologías de los textos normativos.— VII. La garantía en el ámbito de la justicia provincial.— VIII. Corolario.

I. Introducción

Como bien refiere el doctor Sabsay, el gran objetivo del constitucionalismo consiste en la limitación del poder de los gobernantes. Este movimiento que se inicia en el siglo XVIII, y culmina con la creación del Estado de derecho, perseguía la superación del despotismo propio de la monarquía absoluta por medio de un sistema susceptible de garantizar la más plena libertad de los gobernados (1).

El derecho constitucional se trata de la rama del derecho que tiende a establecer la organización del poder del Estado con empeño en el amparo del espacio de libertad de la sociedad. De tal modo, regla las relaciones entre este y los particulares y las que se suscitan en su interior entre los distintos titulares del poder del Estado.

En ese mismo orden de ideas, la Constitución Nacional (CN) es, sin más, un límite para el gobernante y el poder; además, se hallan en ese texto derechos y garantías de y en pos de los ciudadanos. En prieta síntesis es una base de derechos para los ciudadanos y un techo para el poder de los órganos.

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

La mentada limitación en el ejercicio del poder es la piedra fundacional de esta rama del derecho constitucional, ya que permite que se plasme el objetivo principal que persigue esta rama jurídica. Así lo han entendieron mucho de los grandes pensadores que brindaron sus bares. Sirva de ejemplo a tales efectos cuando Lord Acton proclamaba que “el poder tiende a corromper, el poder corrupto corrompe completamente”. En este orden de ideas, Montesquieu en su excelsa obra intitulada “El Espíritu de las Leyes”, coincidía con lo antes dicho, cuando con absoluta convicción y firmeza expresaba y sostenía que resulta necesario por la fuerza de las cosas que el poder detenga al poder.

En consecuencia, claro está que un Estado sin control o sin limitación, tiende a desbocarse, pudiendo sucumbir *a posteriori* en un gobierno totalitario o con cierta reminiscencia dictatorial o tiránica. Pues entonces, esta ausencia de control no beneficia en lo más mínimo a un Estado de derecho como el nuestro, sino antes bien, lo perjudica de modo flagrante. Piénsese, tan solo un segundo, en que lo primero que se convertiría en letra muerta o en polvo sería la seguridad jurídica. Reitero, esto resulta ser inaceptable para un Estado de derecho.

En razón de ello es que la garantía a desarrollar en el presente —*ne bis in idem* o *non bis in idem*— sirve como claro ejemplo para argumentar esa limitación que el propio Es-

tado se impone (en los diferentes textos normativos) a los fines de preservar derechos y garantías de los ciudadanos.

II. Tema para desarrollar. Objeto

La génesis o idea rectora de este trabajo es demostrar que la garantía del *non bis in idem* o *ne bis in idem* o prohibición de múltiple persecución (siendo que con esta triada de expresiones se hace referencia a esto), en primer término, no se halla taxativamente contemplado en el texto de la Constitución Nacional, mientras que sí encuentra en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, como así también en la de las Provincias de Córdoba y de la de San Luis, entre otras. Además, en los Códigos Procesales Penales de diferentes provincias (los que serán abordados oportunamente).

Ello, sin perjuicio que, a partir de la Reforma Constitucional del año 1994, ciertos instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos (en un primer momento, once), fueron jerarquizados constitucionalmente; y siendo que poseen raigambre constitucional, son ellos, junto con nuestra Carta Magna, las normas supremas de la Nación y, en consecuencia, se hallan en la cúspide de nuestro sistema jurídico normativo.

III. La Supremacía Constitucional

Con lo antes dicho me refiero de modo preciso a lo que Bidart Campos, con base en la Constitución Francesa, ha denominado “Bloque Federal Constitucional”. Ello en virtud del contenido del art. 75, inc. 22, segundo párrafo de la CN. Pero, más allá de encontrarse en la cima, cierto es que los requisitos y objetivos para acceder a esta garantía en

estos instrumentos internacionales son mayores que respecto de los de fuente interna.

Ahora bien, a entender de Sabsay, la noción de supremacía, además del citado artículo, surge del art. 31 de la Ley Fundamental, que expresa: “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación...”

En cuanto a la Supremacía Constitucional, refiere el citado autor al igual que otros doctrinarios, que es un principio cardinal del Estado de derecho, según el cual todas las normas y actos, tanto públicos como privados, deben subordinarse a las prescripciones explícitas o implícitas contenidas en la Constitución Nacional. A su vez, determina la estructuración de un orden jurídico jerárquico que debe adecuarse, necesariamente, a las disposiciones constitucionales, para un eficaz funcionamiento del sistema ideado por el constituyente (3).

Por todo lo antes argumentado, en el caso que una norma o acto de gobierno que no se ajuste al orden de prelación jerárquico establecido en la propia Constitución, resultaría violatorio del Principio de Supremacía y por lo tanto viciado de nulidad por ser contrario a la Constitución Nacional, en otras palabras, se debería declarar la inconstitucionalidad de la norma inferior.

Empero, a juicio del doctor Manili, el citado art. 31 de la CN es pobre para los fines de dilucidar si es suprema. A su juicio, el art. 31 de este ordenamiento no está inserto para establecer supremacía, sino antes bien, el sentido o espíritu del mentado articulado

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) SABSAY, Daniel Alberto, “Manual de Derecho Constitucional”, La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 279.

(2) ROSATTI, Horacio, “Tratado de Derecho Constitu-

cional”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2017, 2ª ed. ampliada y actualizada, t. I, p. 163.

(3) SABSAY, Daniel Alberto, “Manual de Derecho Constitucional”, La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 69.

Doctrina

[La cooperativa como sujeto no alcanzado por el Impuesto sobre los Ingresos Brutos en la provincia de Buenos Aires](#)
Inconstitucionalidad de la ley 15.007

Héctor N. Jacquet

5

Nota a fallo

Expediente electrónico

Copias digitales. Efectos. La copia papel como requisito obsoleto ante el avance tecnológico. Individualización de

las constancias digitales. Monto del juicio. Constitucionalidad de las normas que establecen requisitos para el acceso a la vía extraordinaria.

SC Buenos Aires, 04/03/2022. - Teves, Norma Liliana c. Expreso Villa Galicia San José S.A. y otro/a s/ Daños y perj. autom. c/ Les. O muerte.

7

[Copias para la queja, monto del agravio, arbitrariedad y aplicación en el tiempo](#)

El caso “Teves” de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires

Toribio E. Sosa

7

Actualidad

[Actualidad en Derecho Laboral](#)

Emilio E. Romualdi

9

[Actualidad en Derecho Tributario](#)

Mercedes Sastre - Ezequiel Maltz

11

es que el derecho federal o nacional se halla por encima del derecho local.

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

Hans Kelsen concibe a la Constitución como el escalón más alto en la pirámide jurídica con que describe a todo el sistema jurídico. En su obra “Teoría Pura del Derecho”, donde hace abstracción de toda consideración sociológica, política, económica, etcétera, la Constitución es solamente una norma que determina los mecanismos válidos para la creación de las otras normas. Su carácter de norma fundamental se debe a esa circunstancia y es independiente de que la propia Constitución establezca o no, en alguna de sus cláusulas, su propia supremacía. Es suprema no por una cuestión valorativa, ni histórica, ni de reconocimiento social, sino justamente porque es la que establece cómo se generan las demás normas que componen el sistema jurídico (4).

Que, en relación con la Supremacía Constitucional, este principio ha sido extraído por la doctrina de las normas constitucionales que establecen su superioridad jerárquica respecto de las leyes, de los tratados y del derecho local (en los Estados federales o confederados). Las constituciones muy rara vez establecen dicho principio de forma expresa, ni con carácter absoluto, es simplemente una enseñanza de la doctrina y de la jurisprudencia, un corolario extraído del espíritu de la Carta Magna (5).

Con claridad expositiva refiere Bidart Campos que, al hablar de Supremacía, el constitucionalismo apunta a la noción de que la Constitución formal, revestida de supralegalidad, obliga a que las normas y los actos estatales y privados se ajusten a ella. Ello envuelve una formulación de deber-ser; todo el orden jurídico-político del Estado debe ser congruente o compatible con la Constitución formal (6).

Mientras que a criterio de Gelli, el art. 5º de la CN constituye, junto con el art. 31, una expresión del Principio de Supremacía del derecho federal, pues subordina la capacidad normativa de las provincias al respeto del denominado Bloque de Constitucionalidad, en general, y los principios que aquella norma impone especialmente (7).

La obligación de las provincias de sancionar sus constituciones de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, suscita el interrogante acerca de si aquellas constituciones pueden reconocer derechos más allá de la declaración efectuada por la Ley Suprema.

Sobre la cuestión, la doctrina ha sostenido que en tanto se respete el piso de derechos y garantías declarados en la Constitución Nacional nada impide que, en el orden local, esa declaración sea ampliada como, en los hechos, ha ocurrido. De todos modos, debe señalarse que la ampliación de derechos —por incorporación de nuevos o por el mayor alcance dado a los antiguos— puede limitar inconstitucionalmente otros derechos declarados en la Ley Suprema y suscitar el consecuente control mediante el recurso extraordinario federal (8).

Que la potestad de las provincias para dictar sus Constituciones está limitada al respe-

to del Sistema Democrático de Organización Política y de los Principios, Declaraciones y Garantías consagrados en la Constitución Nacional. De tal forma, las Constituciones provinciales deben instaurar un sistema a imagen y semejanza del Federal, en lo que respecta a su organización esencial. Su autonomía se manifiesta en la posibilidad de consagración de mayores derechos y garantías de sus habitantes y en la adaptación del Régimen de Gobierno a las particularidades de cada unidad política (9).

Por lo expuesto, y en cuanto al sentido del presente trabajo en relación con el aspecto de la vida constitucional, resulta ser el *ne bis in idem* parte integrante de principios constitucionales, en rigor, de la garantía del debido proceso. Dicho de otro modo, decanta la mentada garantía del debido proceso.

A pesar de ello, del art. 18 de la Carta Magna, por excelencia relacionado con el Derecho Penal, no se encuentra explícitamente enumerada la garantía en ciernes, aunque para algunos autores —como así también para algunos integrantes del Máximo Tribunal de Justicia en diferentes integraciones—, surge la misma de este articulado, como así también para otros, —y también algunos miembros de la Corte Suprema de Justicia— del contenido del art. 33 de nuestra Ley Fundamental.

Empero, sin perjuicio que, a través de los instrumentos convencionales (*vg.* Convención Americana de Derechos Humanos, art. 8.4, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14.7), como ya se ha dicho, nuestro país ha receptado la garantía bajo análisis, aunque, no es menos cierto que frente a los textos de las constituciones provinciales, o incluso en los códigos procesales, tanto nacional como los provinciales, esta garantía en estos ordenamientos resulta ser más favorable para el imputado de un delito, que respecto y en relación con los dos tratados internacionales, ya citados.

Digo esto, y no pretendo invertir el orden de jerarquización del sistema normativo, sino solo poner en evidencia que los derechos tanto en las citadas constituciones provinciales como en los códigos procesales resulta más beneficiosas para los encausados, y con base en ello, y por esa simple razón es que deben primar estos por sobre los instrumentos internacionales. Reitero, ello no implica una alteración e insubordinación de las fuentes inferiores y locales respecto de las supremas y federales o convencionales; sino, antes bien, en salvaguarda de las garantías constitucionales e internacionales.

Esto debe ser visto desde el prisma diametralmente opuesto, ya que, la no aplicación de las fuentes convencionales (superiores a los constituciones provinciales y a los códigos procesales penales, en los términos tanto de los arts. 31 y 75, inc. 22, segundo párrafo de la CN) tiene como piedra angular un mayor beneficio para con el imputado de un delito, ello para mantener incólume las garantías y los derechos, respecto del reo. Sin soslayar, además, que como ya fuera dicho, no surge esta garantía explícitamente establecida en nuestra Ley Fundamental, sino, solo decantaría de los arts. 18 y 33 de la CN.

IV. La garantía del *non bis in idem* o *ne bis in idem*

La definición de la locución latina *non bis in idem*, de conformidad al Diccionario

de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de Ossorio, hace mención del Principio del Derecho con arreglo al cual nadie puede ser *perseguido* ni *condenado* dos veces por el mismo hecho delictivo o infracción (10).

Sin perjuicio de que la garantía no se halla expresamente establecida en la Constitución de la Nación Argentina, jurisprudencialmente fue interpretada como implícitamente captada por el art. 33 de la CN (*in re* Fallos: 248:232, CSJN).

Esta garantía contra el doble juzgamiento, denominada *non bis in idem*, ha sido consagrada por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 8.4) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.7). Ambos instrumentos internacionales tienen jerarquía constitucional, de ajuste al contenido del art. 75, inc. 22, segundo párrafo, de la CN.

Tal como lo estableciera Schiavo, existe una controversia sobre la forma en que debe ser expresada esta garantía. Así mientras la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) emplea *non bis in idem*, la Corte IDH hace lo propio bajo la expresión *ne bis in idem*. En nuestra doctrina Clariá Olmedo se inclina por la primera forma latina, mientras que Maier lo hace por la segunda. No obstante a ello, cierto es que con ambas expresiones se hacen referencia a lo mismo (11).

En cuanto a los términos usados por los instrumentos internacionales y el empleado por el Código Procesal Penal bonaerense (el cual también lo utiliza la Constitución Provincial de Córdoba y el Código Procesal Penal de la Nación, entre otros), una primera distinción se verifica entre el concepto de sanción y el de persecución, pues mientras en el primer caso únicamente se veda una doble sanción por el mismo hecho, pero no una persecución múltiple por el mismo hecho a los fines de alcanzar cuando menos una condena, en el segundo supuesto —al vedarse la prosecución— se limita la reacción penal y la cantidad de intentos que dispone el Estado para realizarla (12).

Para que opere esta garantía requiere que se verifique que la persecución se dirija contra el mismo hecho delictivo (*eadem res*), que además se dirija dicha persecución contra la misma persona, o sea contra el mismo sujeto activo del delito, el mismo sujeto determinado (*eadem persona*) y; en tercer lugar, y último requisito, que la causa de prosecución sea de naturaleza equivalente (*eadem causa petendi*).

Más allá de lo dicho, refiere Sabsay que, si bien esta garantía no estaba contenida explícitamente en la Ley Fundamental, su jerarquía constitucional había sido reconocida expresamente por la jurisprudencia de la Corte Suprema, aun antes de la Reforma del año 1994. Al respecto, el Alto Tribunal declaró, en uno de sus precedentes, que el recurso extraordinario resultaba admisible, cuando se encontraba comprometido el *non bis in idem*, ya que ese derecho federal “sólo es susceptible de tutela inmediata porque la garantía no veda únicamente la aplicación de una nueva sanción por un hecho anteriormente penado, sino también la exposición a un riesgo de que ello ocurra mediante un nuevo sometimiento a juicio de quien ya lo ha sufrido por el mismo hecho” (Fallo: 308:84) (13).

Sostiene Sagüés que, según la Corte Suprema de Justicia de la Nación, del art. 18 de la CN se desprende la prohibición de la doble o múltiple persecución penal por un mismo hecho (“Pereyra”, Fallos: 248:232, del 04/02/1960; “Belozercovsky”, Fallos: 292:202, del 03/07/1975 y “César y Antonio Karam SCICA”, Fallos: 310:360, del 24/02/1987). Estos otros fallos, el Alto Tribunal lo ha derivado al principio del *non bis in idem* como garantía no enumerada, encapsulada en el art. 33 de la CN (“Videla”, Fallos: 326:2805, del 21/08/2003); en este caso, la Corte Suprema enseña que la prohibición de múltiple enjuiciamiento penal requiere identidad de persona, identidad de objeto e identidad de causa de tal persecución (14).

El mismo autor también refiere que tradicionalmente la Corte Suprema ha enseñado que el principio *non bis in idem* impide no solamente aplicar una segunda pena sobre un hecho ya juzgado, “sino también la exposición a un riesgo de que ello ocurra mediante un nuevo sometimiento a juicio de quien ya lo ha sufrido por ese mismo hecho” (“Álvarez”, Fallos: 328:374, del 08/03/2005, y sus citas; “Alcaraz”, Fallos: 330:1016, del 20/03/2007, y “Lagos Rodas”, Fallos: 330:4928, del 04/12/2007). En otras palabras, conduce asimismo a que alguien no padezca otro proceso por la misma causa (15).

Mientras que Granillo Fernández y Herbel refieren que la garantía del *non bis in idem* implica que nadie podrá ser perseguido más de una vez por el mismo hecho delictivo penal. Asimismo, destacan los autores la mayor amplitud del término “perseguido” respecto del “juzgado” ya que el primero comprende actos en contra del imputado desde el inicio del proceso penal, no solamente a partir de la situación jurídica derivada del dictado de una sentencia condenatoria firme (16).

En ese mismo sentido la Sala III del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires *in re* “Foglia”, causa Nº 3980, de fecha 23/10/2001, se expresó diciendo: “una interpretación amplia de la garantía contra el múltiple juzgamiento conduce no sólo a la inadmisibilidad de imponer una nueva pena por el mismo delito, sino que lleva a la prohibición de un segundo proceso por el mismo delito, sea que el acusado haya sufrido pena o no la haya sufrido, y sea que en el primer proceso haya sido absuelto o condenado...”

En su virtud, quien se vea amenazado por una nueva persecución penal en razón de un hecho que ya ha sido anteriormente decidido a su respecto o con relación a otros pero con efectos determinantes en relación con él; o referente a un hecho por el que está siendo perseguido actualmente, puede defenderse con la excepción relativa a la exclusión de la doble prosecución penal a efectos de lograr una decisión jurisdiccional inmediata de finalización del proceso y la cesación de la actividad judicial en su contra (17).

Como ya fuera dicho, la norma en cuestión sí se halla taxativamente enumerada en el art. 29 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, y en tal inteligencia como lo refiriera Moreno, en su obra “Constitución de la Provincia de Buenos Aires. Comentada, concordada y con notas de jurisprudencia”, esta norma consagra la garantía contra el do-

(4) MANILLI, Pablo Luis, “Teoría Constitucional”, Hammurabi, Buenos Aires, 2014, p. 22 y ss.

(5) *Ibidem*, p. 185.

(6) BIDART CAMPOS, Germán, “Manual de la Constitución reformada”, Ediar, Buenos Aires, 1998, t. I, p. 334.

(7) GELLI, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada”, La Ley, Buenos Aires,

2013, t. I, p. 54.

(8) *Ibidem*, p. 57.

(9) SABSAY, Daniel Alberto; Onaindia, José Miguel, “La Constitución de los Argentinos, Análisis y comentario de su texto luego de la reforma de 1994”, Errepar, Buenos Aires, 2009, p. 32.

(10) OSSORIO, Manuel, “Diccionario de Ciencias Jurídicas,

Ciencias Políticas y Sociales”, Heliasta SRL, Buenos Aires, 2008, p. 617.

(11) SCHIAVO, Nicolás, “Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, Hammurabi, Buenos Aires, 2014, t. I, p. 121.

(12) *Ibidem*, p. 122.

(13) SABSAY, Daniel Alberto, ob. cit. p. 290.

(14) SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Manual de derecho constitucional”, Astrea, Buenos Aires, 2012, p. 781.

(15) *Ibidem*.

(16) GRANILLO FERNÁNDEZ, Héctor y HERBEL, Gustavo, “Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Buenos Aires”, La Ley, Buenos Aires, 2009, t. I, p. 29.

(17) *Ibidem*.

ble juzgamiento, o también conocida como *non bis in idem*. Ello como una derivación de la Inviolabilidad de la Defensa en Juicio. En esencia, se prohíbe al Estado que lleve adelante repetidos intentos para condenar a un individuo por un mismo hecho. En la Constitución Nacional, a diferencia de la Ley Suprema de la Provincia de Buenos Aires, no fue receptada esta garantía en forma expresa. No obstante, como señala Quiroga Lavié, esta tiene raigambre constitucional, pues deriva del Principio de Defensa en Juicio (art. 18, CN) (18).

V. Los textos normativos que receptan la garantía del *non bis in idem*

A continuación, se mencionan algunos de los textos en los cuales se halla taxativamente enumerada la garantía *sub examine*. La cual, ya como se dijera previamente no se encuentra establecida concretamente en el contenido del art. 18 de la CN, sin perjuicio que algunos autores entienden que efectivamente se desprende y decanta del mismo articulado, como también en algunas integraciones lo ha sostenido la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación y la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, además del art. 33 de la CN.

Aunque sí está expresamente contemplada en distintas constituciones provinciales y códigos procesales penales. Además, también de hallarse en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos que fueron jerarquizados constitucionalmente con la Reforma Constituyente del año 1994. De estos, oportunamente haré algunas críticas sobre la exigibilidad para acceder a su garantía.

V.1. En las Constituciones Provinciales

a) Constitución de la Provincia de Buenos Aires (Reformada en el año 1994):

Art. 29: "...ni será encausado dos veces por un mismo delito".

b) Constitución de la Provincia de Córdoba (Reformada en el año 2001):

Art. 39: Debido proceso - "...ni perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho..."

c) Constitución de la Provincia de San Luis (Reformada en el año 1987, con enmienda en los años 2006 y 2011):

Principio de Inocencia. Art. 39 "...Nadie puede ser acusado o juzgado dos veces por un mismo delito, falta o contravención".

d) Constitución de la Provincia de Mendoza (Reformada en el año 1916):

Art. 26: "...ni encausado dos veces por un mismo hecho delictuoso..."

Al igual que la Constitución Nacional (Reformada en el año 1994), en la de la Provincia de Santa Fe (año 1962), la Provincia de La Pampa (año 1994) y la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires (año 1996), esta garantía no se halla establecida.

V.2. En los Códigos Procesales Penales

a) Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires:

Art. 1.- (Texto según ley 14.543) "...*Non bis in idem*... ni perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho..."

(18) MORENO, Guillermo Raúl, "Constitución de la Provincia de Buenos Aires. Comentada, concordada y con notas de jurisprudencia", librería Editora Platense, La Plata, 2008, ps. 118 y ss.

b) Código Procesal Penal de la Nación Argentina:

"*Non bis in idem*." Art. 1º. "...ni perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho".

c) Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe:

Art. 6º- "*Non bis in idem*. Nadie podrá ser perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho".

d) Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires:

Art. 4º.- Ejercicio de la acción por el Ministerio Público Fiscal. "...Nadie podrá ser perseguido ni encausado más de una vez por el mismo hecho, aunque se modifique su calificación legal, el título o el grado del delito o la forma de participación atribuidos".

e) Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza:

Art. 1º. Principio de Legalidad y Duración de Proceso. "...ni encausado más de una vez por un mismo hecho..."

f) Especial mención merece el texto del Código Procesal Penal de la Provincia de La Pampa, máxime teniendo en consideración que la garantía del *non bis in idem*, no se encuentra expresamente articulada en la Constitución Provincial de ese lugar.

"Art. 2º.- '*Non bis in idem*' Nadie podrá ser perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho. Sin embargo, será admisible una nueva persecución penal":

"1º) Cuando la primera fue intentada ante un tribunal incompetente, que por ese motivo clausuró el proceso";

"2º) Cuando el archivo del proceso proviene de defectos en la promoción o en el ejercicio de la persecución penal, que no debió iniciarse o proseguirse, o que no debió iniciarse o proseguirse por quien la ejerció, según obstáculo legal que no inhiba la punibilidad del imputado; y"

"3º) Cuando un mismo hecho deba ser juzgado, por disposición de la ley, ante tribunales o por procesos diferentes, que no pueden ser unificados según las reglas respectivas".

"La absolución o el sobreseimiento por un delito no impedirá la persecución penal posterior por una contravención o falta derivada del mismo hecho imputado y viceversa, ni el procedimiento realizado por una autoridad disciplinaria inhibirá la persecución penal derivada del mismo hecho".

El Código Procesal Criminal de la Provincia de San Luis no recepta esta garantía.

V.3. En los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos

a) Convención Americana de Derechos Humanos:

Art. 8.4 - "El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a un nuevo juicio por los mismos hechos".

b) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

Art. 14.7 - "Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país".

VI. Las diversas terminologías de los textos normativos

Entiendo que, a esta altura, se impone establecer el sentido de cada una de las pala-

bras que utilizan, en relación con la garantía de marras, los diversos textos normativos ya mencionados. A los fines de dilucidar cuáles son los que poseen menos exigencias, y consecuentemente, son los que más benefician a los imputados en la comisión de un delito.

En primera instancia, será el término "encausado" el cual es usado en las Constituciones de las Provincias de Buenos Aires y Mendoza, como así también en el Código Procesal Penal de esa última Provincia y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, aunque en este último catálogo normativo, además también se usa el vocablo "perseguido". Etimológicamente el término "encausado", participio de encausar (formar causa judicial contra alguien), se refiere a la persona sometida a un procedimiento penal. Conceptos estos de la Real Academia Española.

En cuanto a la locución "perseguido", utilizado en la Constitución de la Provincia de Córdoba y en los Códigos Procesales Penales, tanto de la Nación, de la Provincia de Buenos Aires, de la Provincia de Santa Fe, de la Provincia de La Pampa y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (además de usar también la expresión "encausado"), este resulta ser el participio del verbo "perseguir" (del latín *persequi*), palabra que de conformidad a la mencionada Real Academia, significa, en una de sus acepciones: Proceder judicialmente contra alguien, por extensión por una falta o un delito. Perseguir las infracciones.

En última instancia, y de ajuste a lo que se desprende de la Constitución de la Provincia de San Luis se establecen dos situaciones "acusado" o "juzgado". La primera de ellas se refiere a la persona que se le acusa. Y este término, que viene del latín *accusare*, trata de señalar a alguien atribuyéndole la culpa de una falta, de un delito o de un hecho reprochable. Como así también exponer en juicio los cargos contra el acusado y las pruebas de ellos. Dichos conceptos extraídos del Diccionario de la Real Academia Española.

En cuanto a la etimología de la palabra "juzgado" se hace mención de "juzgar", o sea, al dicho de un juez o de un tribunal: Determinar si el comportamiento de alguien es contrario a la ley, y sentenciar lo procedente.

Luego de un estudio de los términos empleados por las distintas constituciones provinciales y los diversos códigos procesales penales, no resulta muy dificultoso comprender que el sentido de esta garantía es la evitación no solo de un nuevo pronunciamiento definitivo en cabeza de un imputado (juzgamiento), sino antes bien, que no exista la posibilidad de realizar una *nueva investigación, una nueva prosecución, un nuevo encausamiento, una nueva acusación* reprochada al sujeto pasivo del proceso penal, o sea, el imputado.

De un análisis etimológico de los términos empleados tanto por la Carta Magna bonaerense, la cordobesa, la de las provincias de San Luis y de Mendoza, como también en los códigos procesales penales y criminales, se evidencia que los requisitos exigidos para hacer valer esta garantía son menores a los que demandan los instrumentos internacionales, ya mencionados.

Ya que para interponer esta garantía, con base en los tratados internacionales, se requiere que, en primer término, se deba haber desarrollado toda la etapa investigativa, como también haberse sustanciado el correspondiente debate —cumpliéndose para ello con la garantía del juicio previo y el debido proceso conforme al art. 18 de la CN, además de las normas procesales— y haberse dictado el veredicto correspondiente, y en tal caso, la respectiva sentencia de mérito.

Aunque resulte imperioso dejar la debida constancia que en la Convención Americana

sobre Derechos del Hombre se hace expresa mención de que el inculcado absuelto por sentencia firme no puede ser sometido a un nuevo proceso, el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, establece que se aplicará esta garantía a quien haya sido condenado o absuelto por una sentencia firme. O sea, el primer tratado ordena que se debe absolver al imputado (lo que denota a todas luces que no operará esta garantía en el supuesto que se dicte un veredicto de culpabilidad y se le imponga una sentencia de condena al encartado) y que este fallo haya pasado en autoridad de cosa juzgada en su aspecto material. Mientras que en el segundo instrumento convencional mencionado (PIDCyP), es indiferente que se haya dictado un veredicto condenatorio o absolutorio para que opere esta garantía. Empero, debe también haber adquirido firmeza la sentencia.

Con lo que se evidencia, de modo palmario, que en el supuesto hipotético que a un imputado se lo haya procesado, se lo haya sometido a juicio y se dicte en consecuencia el correspondiente veredicto, y ante el recurso de alguna de las partes intervinientes el tribunal superior que tenga que rever el fallo atacado, declare la nulidad de alguna de las etapas procesales y reenvíe la causa para que se vuelva a investigar y oportunamente se desarrolle un *nuevo juicio*, de conformidad a los instrumentos internacionales, no afectaría de modo alguno esta garantía.

Piénsese en este caso. Por un error procesal que acarreo la nulidad a consecuencia de alguna falencia de la Magistratura o del Ministerio Público Fiscal, el imputado debe afrontar de nuevo el proceso por un mismo hecho; entonces ¿por qué el imputado tiene que someterse dos o más veces a que se lo investigue y se lo juzgue por un error que no le compete? Esta falencia además no es atribuible al causante, motivo por el cual y es mi sincera convicción y me hallo totalmente persuadido al respecto, que la mentada falencia del Estado nunca puede, bajo ningún punto de vista, sopesar en cabeza del reo.

A remolque de lo antes dicho, no se le puede reprochar al imputado el error en la investigación del aparato estatal. Esta garantía limita o tiende a limitar a que el Estado —con todo su aparato puesto a su disposición para investigar y juzgar a quien se le reprocha la comisión de un delito— se encuentre legitimado para poder sucesivamente investigar y juzgar a un causante.

En tal inteligencia es que se ha ideado o desarrollado la denominada "teoría de la bala única", en la cual el Estado solo posee una "posibilidad" para poder juzgar a un sujeto. En el caso que se equivoque, sea que se declare una nulidad o se sobresea al causante o se le dicte un veredicto absolutorio, el Estado no se halla facultado para volver a intentar una investigación contra del sujeto activo del delito por el mismo hecho.

Como ya venía argumentando, es notorio que los requisitos pretendidos y exigidos por estas dos formulaciones convencionales son mayores que los que requiere tanto las constituciones provinciales *supra* mencionadas como también los diversos ordenamientos procesales penales, ya que en estos, en el caso del ejemplo citado precedentemente, el imputado sí se hallaría legitimado para interponer esta garantía aun en el supuesto que no se haya dictado sentencia o también en el caso que se haya dictado un fallo y este no se encuentre firme.

Sustanciado el debate, y ante el dictado de un veredicto absolutorio, el Fiscal (siempre que hubiere pretendido la declaración de culpabilidad y en consecuencia se le imponga una pena por el delito en especie) recurre

dicho fallo, y el tribunal superior declara la nulidad, sea de la etapa de investigación o del juicio o de la misma sentencia, retrotrayendo el proceso para que se vuelva a desarrollarse, con la posibilidad que se celebre un nuevo juicio. O también el Tribunal Superior revoque el fallo de primera instancia, remitiendo las actuaciones al *a quo*, para que, juez hábil mediante, dicte un nuevo pronunciamiento.

En cualquiera de estos dos supuestos mencionados, la garantía del *non bis in idem* prospera en su aspecto procesal, como así también de ajuste a las Constituciones de las Provincias de Buenos Aires, de Córdoba, Mendoza o San Luis. Ya que es palmario que se estaría “persiguiendo”, “encausando” o “acusando” dos veces al mismo causante por el mismo hecho.

Recuérdese que en los códigos procesales penales se encuentra establecido una de las máximas del derecho que establece que en materia de interpretación debe siempre ser restrictiva cuando limita o restringe derechos (vg. arts. 2º y 3º del CPPN y CPPBA, respectivamente).

Además de lo expuesto, entiendo que resulta de suma trascendencia resaltar el principio *pro homine*. De este principio decanta que se debe aplicar siempre el criterio más amplio y beneficioso de la norma a los fines de no conculcar ni cercenar derechos, como así también respecto de la interpretación más extensiva, cuando lo que se tenga que hacer sea reconocer derechos protegidos. En la vereda opuesta, debe estarse siempre a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos de las personas. En prieta síntesis, debe estarse siempre a favor del hombre y sus derechos.

El principio *pro homine* se halla consagrado en diferentes instrumentos internacionales, vg. art. 5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 5º del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, entre otros.

En los mentados instrumentos convencionales de derechos humanos se establece que ninguna de sus disposiciones autoriza a limitar los derechos protegidos en mayor medida de la prevista, tampoco a limitar el goce y ejercicio de cualquier otro derecho o libertad que pueda estar reconocido en otra norma internacional o interna en vigor, ni a excluir o limitar el efecto que puedan producir las normas consuetudinarias en materia de derechos humanos.

Y siendo que al no encontrarse establecido de modo taxativo o expreso en nuestra Ley de Leyes el *non bis in idem*, que en los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos el nivel de exigencia es muy amplio o más exigente para acceder a él (lo que a las claras no beneficia al imputado) y que se encuentra esta garantía en diferentes constituciones provinciales y también en diversos ordenamientos procesales penales (hasta con un mayor beneficio e incluso una mejor y excelente técnica legislativa) deben ser estos aplicados cuando se intente “perseguir”, “encausar”, “acusar” o “juzgar” dos veces a un imputado por un mismo hecho. Aunque soy de la idea que las dos primeras locuciones utilizadas son las más exquisitas y propi-

cias para robustecer y mantener incólume la garantía en trato, y así evitar de tal modo cualquier prosecución y enjuiciamiento en contra de una persona a la cual ya se lo haya investigado y eventualmente enjuiciado.

VII. La garantía en el ámbito de la justicia provincial

En este punto se impone resaltar algunas citas de fallos referidos sobre la garantía en ciernes.

Así el Máximo Tribunal Provincial sostuvo que: “corresponde hacer lugar a la denuncia de infracción al Principio *non bis in idem* si la nulidad del juicio oral no responde al quebrantamiento de las formas sustanciales del debate y resulta que los magistrados de alzada anulan un fallo absolutorio carente de vicios esenciales, obligando al recurrente a soportar nuevamente las penosas contingencias de un juicio criminal por meros pruritos formales” (19).

Del mismo modo, “si bien la decisión atacada, al no terminar la causa ni impedir su continuación, no puede considerarse sentencia definitiva en los términos del art. 482 del CPP —según ley 11.922— ni del art. 357 —según ley 3589—, constituye un supuesto de equiparación a ella, ya que —a tenor del rendimiento propio de la garantía del *ne bis in idem*— la posibilidad de que el recurrente se vea sometido al riesgo de un nuevo proceso, de por sí constituye un agravio de insusceptible o muy dificultosa reparación ulterior, que requiere tutela judicial inmediata, por lo cual corresponde tener por satisfecho el recaudo vinculado con la definitividad de la resolución impugnada” (20).

Asimismo, “la decisión de la Cámara que con fundamento en el resguardo de garantías constitucionales del imputado (defensa en juicio y debido proceso) anula y ordena la renovación de la declaración del imputado, la requisitoria fiscal de elevación a juicio y los actos posteriores, incluido el veredicto absolutorio, merece la tacha de arbitrariedad endilgada por el recurrente y no puede ser considerado un acto jurisdiccional válido, por cuanto retrotrae el proceso a la etapa investigativa ya superada, vulnerando así los principios de preclusión, progresividad y *ne bis in idem*. Se verifica que la decisión al disponer renovar los actos procesales anulados bajo el argumento de garantizar el correcto ejercicio del derecho de defensa del imputado, lo que hizo es retrogradar el proceso a una etapa ya superada (investigación penal preparatoria) colocando al imputado ante un nuevo riesgo de ser condenado, riesgo que el imputado —más allá de los defectos atribuidos a la falta de determinación de la acusación— ya había sorteado con éxito” (21).

Siguiendo con la garantía en cuestión se mencionó que: “la imposibilidad de ser juzgado más de una vez por la misma causa no sólo veda la aplicación de la segunda pena por un mismo hecho ya penado, sino también la exposición al riesgo de que ello ocurra mediante un nuevo sometimiento a juicio de quien ya lo ha sufrido por el mismo hecho” (22).

Que “la tramitación de un nuevo proceso penal contra el imputado por un mismo hecho histórico que culminó en la senten-

cia condenatoria en crisis, ha vulnerado la garantía del *non bis in idem* (arts. 18, CN; 15 y 29, Const. Prov.; 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). En efecto, la mentada violación constitucional se evidencia, en tanto el procesado se ha visto sometido por la muerte de una paciente, primero, a un juicio en el que se le imputó el delito de aborto seguido de muerte, que culminó con su absolución; y luego al iniciado en esta causa, en la que se lo indagó, acusó y, finalmente, condenó por el delito de homicidio culposos, producto de una supuesta mala praxis médica” (23).

En última instancia, respecto a lo sostenido por la Suprema Corte, se dijo que “si quedan demostradas la identidad de sujeto y de objeto, y ausente alguna circunstancia de excepción que permitiera el doble enjuiciamiento, se configuran las condiciones para afirmar que el imputado ha sido encausado dos veces por un mismo hecho, en transgresión del principio *non bis in idem* y del efecto de la cosa juzgada (arts. 18 de la CN; 15 y 29 de la Const. Pcial. y 8.4 del Pacto de San José de Costa Rica), por lo que corresponde declarar la nulidad de todo el procedimiento, ya que no podría ser promovida una segunda acción penal sobre el mismo objeto (doct. art. 366 del CPP, —según ley 3589 y sus modif.—)” (24).

En cuanto al Tribunal de Casación Penal, los integrantes de ese órgano se han expedido sobre este tópico.

En tal entendimiento, se mencionó que: “el pilar fundamental que anima la cláusula del doble riesgo es que el Estado no debe tener atribuciones para oprimir a los individuos a través del abuso del proceso penal”. TC0003 LP 59617 366 S 07/05/2019 Juez Borinsky (MI) Carátula: Di Nardis Natalio y otros s/ Recurso de Casación Magistrados Votantes: Borinsky-Carral-Budiño Tribunal Origen: TR0500LM.

También que “le asiste a la imputada el derecho a liberarse del estado de sospecha que implica el enjuiciamiento penal, dentro de un plazo razonable, derecho que claramente se vería vulnerado de ser sometida a un nuevo proceso” (25).

Que, “en casos en los que el reenvío importa necesariamente la celebración del debate y, deriva la condena de la acusada, entonces su derecho a no ser sometida a un nuevo riesgo de condena y a lograr la liberación del proceso se vería seriamente comprometida. Es decir, en el caso, la realización de un segundo juicio implicaría la afectación al principio constitucional *ne bis in idem* que veda la múltiple persecución penal, pues este nuevo proceso versaría sobre el mismo hecho objeto del anterior debate” (26).

Reafirmando la postura en cuestión, se ha dicho que “es nula la sentencia que condena al imputado con posterioridad a la revocación de su absolución, pues la reiteración del debate respecto de quien ha sido absuelto retrotrae el juicio a etapas superadas produciendo un apartamiento de las formas sustanciales del proceso penal” (27).

El mencionado magistrado, también expuso que “la sentencia absolutoria dictada luego de un juicio válidamente cumplido precluye la posibilidad de reeditar el debate, pues lo contrario implica una

violación del principio constitucional *non bis in idem*” (28). [TC0005 LP 62627 421 S 26/06/2014 Juez Ordoqui (MI) Carátula: R. D., D. R. s/ Recurso de Casación Magistrados Votantes: Ordoqui-Celesia-Mahiques Tribunal Origen: TR0200AZ].

En otro proceso, el referido juez Ordoqui, con absoluta claridad expositiva describió que: “la garantía contra el múltiple juzgamiento, extiende su influencia no solo a la inadmisibilidad de imponer una nueva pena, sino a la realización de un nuevo proceso por el mismo delito”. Además, también definió que “la Constitución Bonaerense, conforme surge de su art. 29, no requiere de una sentencia firme para evitar la doble persecución penal, circunstancia que permite descartar que su alcance quede restringido al acaecimiento de aquel acto procesal” (29).

VIII. Corolario

Como colofón, entiendo que con el único designio de dar cumplimiento con uno de los principios cardinales establecidos en el Preámbulo de la Constitución Nacional, y me refiero de modo puntual a “...afianzar la justicia...”, y ante la diversidad de locuciones y exigencias empleados en diferentes ordenamientos normativos, con el fin de salvaguardar los derechos de los ciudadanos (por ejemplo el estado de inocencia) es que debería establecerse de modo explícito y taxativo la garantía del *non bis in idem*, en el texto de la Constitución Nacional, y así evitar si decanta o no del art. 18 o también del art. 33, siempre del mismo texto.

Eso sí, dicha incorporación debería establecerse con el mínimo de exigencia y en ese orden de ideas, soy de la opinión que una de las mejores expresiones es la utilizada por las Constituciones de las Provincias de Buenos Aires y Mendoza o de los Códigos Procesales Penales de sendos territorios (en cuanto a los términos “encausado” y “perseguido”) a diferencia claro está de los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos.

Ello a los fines de sustentar la idea rectora, que como fuera expuesto al comienzo del presente trabajo es limitar el poder de los gobernantes, ya que entiendo que resulta ser inaceptable y reprochable que el Estado cuente con varias posibilidades para investigar y juzgar a un imputado, y no tener “una segunda posibilidad” para ello.

Va de suyo, que entender lo contrario sería legitimar a un Estado que se le permita todo, con la posibilidad de sucumbir a medios ilegítimos y convertirse en consecuencia en un Estado totalitario, como un caballo desbocado. Ya que el poder corrompe, y el poder absoluto, corrompe absolutamente.

A remolque de lo antes dicho, sería una excelente manera de mejorar a todo el Poder Judicial, ya que (tal vez con un dejo de utopía) comprendo que a nadie le agrada equivocarse, y ante ese equívoco, la sanción para el juzgador, sería el simple hecho de no poder proseguir con el proceso. Y vedándose la posibilidad de esa “segunda oportunidad” concibo que el funcionario judicial arbitraría todos los medios tendientes para cumplir con todas y cada una de las garantías y principios constitucionales, convencionales y procesales.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/1033/2022

(19) SCBA, P 124355, “O., G. A. s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa N° 12.291/1 de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de Bahía Blanca, Sala I”, 13/12/2017.

(20) SCBA, P 118203, “Lucero Martínez, Walter y Guerci, Silvana Paola s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, en causa N° 47.355 del Tribunal de Casación

Penal, Sala III”, 29/03/2017.

(21) SCBA, “C., R. F. R.”, 01/07/2015.

(22) SCBA, B 64903, “Etcheberrigaray, Jorge Horacio c. Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ demanda contencioso-administrativa”, 20/08/2014.

(23) SCBA, P 85046, OP del Dr. Soria en “B., M. C. s/ homicidio culposo”, 15/03/2006.

(24) SCBA, P 85046, “B., M. C. s/ homicidio culposo”, 15/03/2006.

(25) TCAs. Penal, sala 1, Juez Maidana, en minoría, “M., A. M. s/ recurso de casación”, 16/04/2019.

(26) TCAs. Penal, sala 1, Juez Maidana, en minoría, “M., A. M. s/ recurso de casación”, 16/04/2019.

(27) TCAs Penal, sala 5, Juez Ordoqui, en minoría, “R.

D., D. R. s/ recurso de casación”, 26/06/2014.

(28) TCAs Penal, sala 5, Juez Ordoqui, en minoría, ob. cit.

(29) TCAs. Penal, sala 5, “A., E. C. s/ recurso de casación”, 25/06/2013.

La cooperativa como sujeto no alcanzado por el Impuesto sobre los Ingresos Brutos en la provincia de Buenos Aires

Inconstitucionalidad de la ley 15.007



Héctor N. Jacquet

Abogado graduado de la Universidad Nacional del Sur. Profesor Universitario en Ciencias Jurídicas graduado de la Universidad Católica de La Plata. Docente Invitado de Derecho Cooperativo en la carrera de Abogacía Universidad Nacional del Sur. Miembro del Comité Juventud de Cooperar. Miembro de la Juventud de la Federación Argentina de Cooperativas de Consumo. Miembro de la Representación Bahía Blanca del Instituto Argentino de Investigaciones de Economía Social.

SUMARIO: I. Introducción.— II. Marco legal de las cooperativas.— III. Régimen del Impuesto sobre los Ingresos Brutos.— IV. ¿Exención o no sujeción?— V. Conclusiones.

I. Introducción

En el presente trabajo se analizará la problemática generada por el actual tratamiento tributario que tienen las cooperativas en la Provincia de Buenos Aires respecto del Impuesto sobre los Ingresos Brutos, a raíz de la reforma instaurada por la ley 15.007 al Título II de la ley provincial 10.397 (t. o. 2011) del Código Fiscal Bonaerense, la cual modifica su *status* jurídico de sujeto no alcanzado por la norma tributaria a sujeto exento.

Como se desarrollará oportunamente, esta distinción reviste gran importancia con relación a los recursos que las entidades deberán destinar al cumplimiento de los deberes formales de la obligación tributaria, que sumado a la desacertada y perjudicial interpretación que la ley hace sobre su situación frente al impuesto, deja librado al arbitrio del Fisco el procedimiento para la solicitud de exención, como así también su admisión o denegación en cada caso particular.

Concretamente, este artículo se propone dilucidar si la ley provincial 15.007 debe ser considerada inconstitucional por infringir el régimen tributario que la Constitución Provincial y la Ley de Coparticipación les otorgan a las cooperativas, ya que estas entidades no debieran estar sujetas al Impuesto sobre los Ingresos Brutos en tanto que sus actos cooperativos no tienen fin de lucro.

II. Marco legal de las cooperativas

II.1. La ley nacional 20.337

En la República Argentina, las cooperativas se rigen por la “Ley de Cooperativas” N° 20.337 cuyo ámbito de aplicación se extiende sobre todo el territorio nacional.

En su art. 2° comienza definiendo a las cooperativas como “entidades fundadas en el esfuerzo propio y la ayuda mutua para organizar y prestar servicios”, y continúa enumerando exhaustivamente sus caracteres funcionales en doce incisos que receptan los valores y “los principios del cooperativismo universalmente aceptados, tal como fueran formulados por la Alianza Cooperativa Internacional en su XXIII Congreso realizado en Viena en 1966” (1).

Por su parte, el Código Civil y Comercial en su art. 148, inc. g) las caracteriza conceptualmente como personas jurídicas privadas, reconociéndoles una naturaleza jurídica propia distinta de las demás organizacio-

nes sin fines de lucro. Esta particularidad de las cooperativas merece, no solamente un régimen normativo propio, sino también el desarrollo de una disciplina jurídica específica que utilice una “terminología que refleje cabalmente la naturaleza de cada instituto tratado, y supere, hasta donde fuera posible, la extendida promiscuidad y la confusión que actualmente imperan en la materia” (2).

Con ese espíritu esclarecedor que se propone la ley nacional 20.337, es que define a los actos cooperativos en su art. 4° como aquellos actos “realizados entre las cooperativas y sus asociados y por aquéllas entre sí en el cumplimiento del objeto social y la consecución de los fines institucionales. También lo son, respecto de las cooperativas, los actos jurídicos que con idéntica finalidad realicen con otras personas”.

En este punto, es menester destacar que la legislación cooperativa es coherente al revelar el carácter *tertium genus* de las cooperativas y, por tanto, también la naturaleza jurídica *sui generis* de los actos que lleva a cabo como consecuencia del desenvolvimiento de su actividad en ejercicio de su objeto social.

Así lo ha entendido la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, al definir que “son actos ‘cooperativos’ los actos internos celebrados entre los asociados y su cooperativa, por lo que la segunda presta a los primeros un servicio al costo en cumplimiento de su objeto social, esto es, realiza la organización cooperativa en cumplimiento de un fin preponderantemente económico y de utilidad social. Y, por extensión, respecto de la cooperativa, los actos jurídicos que con idéntica finalidad ésta lleva a cabo con otras personas. En suma, los actos jurídicos dirigidos a crear, mantener o extinguir relaciones cooperativas —celebrados conforme al objeto social y en cumplimiento de sus fines institucionales—, teniendo en cuenta que tales relaciones se originan en una vinculación asociativa particular que une a los sujetos con propósitos comunes de cooperar, ello es operar en común ayudándose mutuamente para organizar y prestar servicios (cf. BASAÑES, Juan Carlos, “El acto cooperativo”, *Jurisprudencia Argentina*, boletín del 22/10/80; CORBELL, Carlos Jorge, “El acto cooperativo”, p. 59 y CARELLO, Luis Armando, “Cooperativas de Servicios Públicos. Su problemática jurídica”, p. 191, ambos en “Régimen jurídico de las Cooperativas”, FACA, Colegio de Abogados de La Plata, 1990)” (3).

“La trascendencia jurídica del acto cooperativo consiste en que al reconocerse la naturaleza jurídica propia y específica de las cooperativas como entidades de la economía social, cuyo propósito es el servicio y no el lucro, convierten a las mismas, en personas jurídicas, sujetos de derecho o entes ideales que realizan actos cooperativos con sus asociados y con otras cooperativas entre sí, en cumplimiento del objeto social o de sus fines institucionales diferenciándose en su forma y fondo, de quienes lleven a cabo hechos y/o actos con fines de lucro” (4).

Por otra parte, la Ley de Cooperativas (LC) establece un Régimen de Fiscalización Pública a cargo de la autoridad de aplicación, que en la actualidad detenta el Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social (INAES), cuyas facultades ejerce territorialmente por sí mismo o a través de órganos locales competentes, como la Dirección Provincial de Acción Cooperativa (DIPAC) en jurisdicción bonaerense. De esta manera la ley dispone que la fiscalización de las cooperativas recaiga en organismos especializados en la materia.

II.2. Constitución de la Provincia de Buenos Aires

Las cooperativas tienen raigambre constitucional en la Sección Primera de Declaraciones, Derechos y Garantías de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, más precisamente en el segundo párrafo del art. 41 que “desarrolla el llamado derecho de asociación previsto en el artículo 14 de la Constitución Nacional” (5), y que se transcribe a continuación: “La Provincia reconoce a las entidades intermedias expresivas de las actividades culturales, gremiales, sociales y económicas y garantiza el derecho a la constitución y desenvolvimiento de colegios o consejos profesionales. Asimismo fomenta la organización y desarrollo de cooperativas y mutuales, otorgándoles un tratamiento tributario y financiamiento acorde con su naturaleza”.

De la lectura de la norma surge la siguiente pregunta: ¿Cuál es el tratamiento tributario que corresponde a las cooperativas “acorde con su naturaleza”?

La primera cuestión para develar es cuál es la naturaleza de las cooperativas —sujeto pasivo tributario—, y por extensión de sus actos (cooperativos) —hecho imponible— respecto del Impuesto sobre los Ingresos Brutos, en análisis.

Como se refirió anteriormente las cooperativas son personas jurídicas privadas, sin fines de lucro, de responsabilidad limitada, constituidas para la organización y producción de servicios destinados a sus asociados y no asociados, cuyos excedentes se distribuyen entre sus miembros en proporción al uso de los servicios sociales. No son sociedades, ni asociaciones. Son cooperativas.

En tanto que los actos cooperativos son actos jurídicos lícitos, consensuales, no lucrativos, de administración, solidarios, que realizan las cooperativas en cumplimiento del objeto social y la consecución de sus fines institucionales. No son contratos, ni actos de comercio. Son actos cooperativos.

En síntesis, cuando hablamos de cooperativas y de actos cooperativos nos referimos a dos conceptos *sui generis* que se definen en sí mismos en un régimen normativo especial. En palabras del Dr. Dante Cracogna “la noción del ‘acto cooperativo’ introducida por el art. 4° de la LC y la prohibición de transformarse en ‘sociedades comerciales o asociaciones civiles’ (art. 6°, LC) brindan sustento adicional a la tesis de que se trata, simplemente, de ‘cooperativas’” (6).

III. Régimen del Impuesto sobre los Ingresos Brutos

III.1. Régimen de Coparticipación Federal de Recursos Fiscales

Mediante ley provincial 10.650 del año 1988, la Provincia de Buenos Aires adhirió sin limitaciones ni reservas al Régimen de Coparticipación Federal de Impuestos establecido por ley nacional 23.548 de ese año.

“La Coparticipación Federal es el sistema de rango constitucional que tiene por objeto coordinar la distribución del producido de los tributos impuestos por el Estado Federal, en virtud de una delegación efectuada por las Provincias a la Nación, quien debe recaudar las contribuciones, retener su porción y redistribuir el resto entre aquellas y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. El instituto se encuentra reglado en nuestra Constitución Nacional principalmente en el artículo 75, inc. 2°” (7).

Es decir que la ley nacional 23.548, por su especial naturaleza es definida como una “ley-convenio”. Al respecto la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que: “La esencia misma del derecho intrafederal impone concluir que las leyes-convenio y los

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) “Ley de Cooperativas N° 20.337 con la Exposición de Motivos”, Intercoop Editorial Cooperativa Ltda., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2009, p. 49.

(2) *Ibidem*, p. 48.

(3) SC Buenos Aires, “Cooperativa Ltda. de Servicios

Eléctricos de Pehuajó c/Municipalidad de Pehuajó s/Demanda contencioso-administrativa”, 30/09/1997.

(4) VALLATI, Jorge A., “La naturaleza del acto cooperativo y la no sujeción tributaria”, GIDECOOP, 2013, 25, p. 12.

(5) MORENO, Guillermo R., “Constitución de la Pro-

vincia de Buenos Aires. Comentada, concordada y con notas de jurisprudencia”, Librería Editorial Platense, La Plata, 2008, p. 153.

(6) CRACOGNA, Dante, “Las cooperativas y su dimensión social”, *Pensar en Derecho*, 2013, V. 3, N° 2, p. 215.

(7) SNOPEK, Carlos D., “Coparticipación Federal de

Impuestos”, Honorable Cámara de Diputados de la Nación, Disponible en https://www.hcdn.gob.ar/secparl/dgrial_info_parlamentaria/dip/glosario/C/coparticipacion.html

pactos que lo componen no se encuentran en una esfera de disponibilidad individual de las partes, y solo pueden ser modificados por otro acuerdo posterior de la misma naturaleza, debidamente ratificado por leyes emanadas de las jurisdicciones intervinientes (Fallos: 322:1781; 338:1356 y 1389, entre otros) (8).

En relación con el impuesto local en cuestión, el apartado 1 del art. 9º, inc. b) de la mencionada ley prescribe que: “En lo que respecta a los impuestos sobre los ingresos brutos, los mismos deberán ajustarse a las siguientes características básicas: - Recaerán sobre los ingresos provenientes del ejercicio de actividades empresarias (incluso unipersonales) civiles o comerciales con fines de lucro, de profesiones, oficios, intermediaciones y de toda otra actividad habitual excluidas las actividades realizadas en relación de dependencia y el desempeño de cargos públicos”.

La ley es clara al especificar que el hecho imponible del Impuesto sobre los Ingresos Brutos se circunscribe únicamente a las actividades con fines de lucro, lo que excluye por definición a los actos cooperativos.

Por lo tanto, al ser esta una norma de Derecho Intrafederal, se impone a la Provincia de Buenos Aires adecuar la determinación del hecho imponible del impuesto mencionado bajo las exigencias indicadas en el art. 9º de la ley nacional 23.548, ya que “para adherir al régimen de coparticipación de impuestos nacionales, cada Provincia debía comprometerse a gravar con el tributo sobre los ingresos brutos a los derivados del ejercicio de actividades empresarias únicamente con fines de lucro” (9).

III.2. Código Fiscal Bonaerense y leyes complementarias

En su Título II, el Código Fiscal Bonaerense regula el Impuesto sobre los Ingresos Brutos, determinando el hecho imponible en el art. 182 como “El ejercicio habitual y a título oneroso en jurisdicción de la provincia de Buenos Aires, del comercio, industria, profesión, oficio, negocio, locaciones de bienes, obras y servicios, o de cualquier otra actividad a título oneroso —lucrativo o no— cualquiera sea la naturaleza del sujeto que la preste, incluidas las sociedades cooperativas, y el lugar donde se realice (zonas portuarias, espacios ferroviarios, aeródromos y aeropuertos, terminales de transporte, edificios y lugares de dominio público y privado y todo otro de similar naturaleza), estará alcanzada con el Impuesto sobre los Ingresos Brutos en las condiciones que se determinan en los artículos siguientes”.

En su parte pertinente, el art. 207, inc. f) establece en su primer párrafo que están exentos del pago del gravamen los ingresos provenientes de las operaciones y/o servicios realizados entre las cooperativas legalmente constituidas y sus asociados en cumplimiento de su objeto social, como asimismo sus retornos.

En los párrafos segundo y tercero aclara que la exención comprende el aprovisionamiento de bienes y prestación de servicios que las cooperativas efectúen a sus asociados, al igual que la producción que los asociados entreguen a estas y las operaciones financieras entre ellos, “pero no alcanzará a las operaciones de las cooperativas agrícolas en las que sea de aplicación la norma especí-

fica establecida por el artículo 188, incisos g) y h)”. La norma continúa expresando que también están exentos del pago los ingresos de asociados de cooperativas de trabajo respecto de los servicios prestados en estas y los respectivos retornos, pero la exención “no alcanza a los ingresos provenientes de prestaciones o locaciones de obras o de servicios por cuenta de terceros”.

Finalmente, en el cuarto párrafo la Legislatura explicita las facultades de investigación y verificación de la Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires (ARBA), en cuanto al requerimiento de información y documentación exigida reglamentariamente a las entidades.

Además el inc. ñ) del art. 207 incluye en la exención a los ingresos de las cooperativas de trabajo respecto de las actividades previstas expresamente en sus estatutos y que sean conducentes al objeto social, “hasta el importe equivalente a los pagos efectuados a sus asociados dentro del correspondiente ejercicio fiscal, por los servicios que en carácter de tales desarrollen en las mismas, y al retorno vinculado con dichos servicios, aprobado por la respectiva Asamblea”, y luego faculta a la ARBA para reglamentar los mecanismos de verificación para efectivizar la manda anterior.

IV. ¿Exención o no sujeción?

En el año 2005 se sancionó la ley 13.360, mediante la cual se establecía que no constituían actividad gravada con el Impuesto sobre los Ingresos Brutos las operaciones realizadas entre las cooperativas y sus asociados en cumplimiento de su objeto social y la consecución de los fines institucionales, como asimismo sus retornos; a excepción de las operaciones de las cooperativas agrícolas según el art.188, incs. g) y h).

Durante la vigencia de dicha ley las cooperativas no eran sujeto pasivo del impuesto, porque “siguiendo el precepto del constituyente del '94, el legislador expresó legalmente la particularidad del acto cooperativo, y (...) estableció coherentemente su lógica consecuencia de no asimilarlo y por tanto no sujetarlo a los impuestos referidos, en atención a su naturaleza no lucrativa ni comercial” (10).

Sin embargo con la promulgación de la ley 15.007 del año 2018, se derogó la ley 13.360 y la actividad que llevan a adelante las cooperativas y sus asociados en relación con ellas, pasó a estar exenta del pago bajo las modalidades, condiciones y formalidades introducidas en el Código Fiscal.

Este cambio en el régimen del tributo se motivó en decisiones de política tributaria, por lo que debe preguntarse si desde el punto de vista de la disciplina jurídica es la decisión correcta, y todavía más importante es la cuestión respecto a su legalidad y, al fin de cuentas, su constitucionalidad.

Para afrontar este análisis, definiremos a la exención como el beneficio tributario que existe “cuando se dan hechos o situaciones descriptos hipotéticamente en una norma que acaecidos, neutralizan la consecuencia normal derivada de la configuración del hecho imponible; son hechos o situaciones que enervan la eficacia generada del hecho imponible, interrumpen el nexo normal entre la hipótesis como causa y el mandato como consecuencia, por lo que no surge la

obligación del pago del tributo originalmente previsto” (11). En tanto que en el supuesto de no sujeción “no hay realización del hecho imponible, tratándose de presupuestos que caen fuera de su órbita, aunque en ocasiones guardan proximidad con él. (...) la norma que la establece no contiene mandato jurídico alguno ni incorpora ninguna consecuencia a la realización del supuesto por ella contemplado, por eso la norma no llega a tener verdadera naturaleza jurídica, siendo meramente didáctica y aclaratoria a hechos próximos o fronterizos con el hecho imponible, pero que quedan fuera de él” (12).

En otras palabras, en los supuestos de exención, el hecho imponible se configura, pero por una norma legal no nace la obligación tributaria sustantiva (sí nace el deber formal), y se condice con una liberalidad de la Legislatura que se sustenta en razones de política tributaria (en la generalidad de los casos para beneficiar determinadas actividades o alivianar la presión fiscal sobre el contribuyente). En cambio, en supuestos de no sujeción el hecho imponible no se configura bajo ninguna circunstancia, y su expresión se fundamenta en la necesidad de manifestar explícitamente qué situaciones o actividades no están alcanzadas por el tributo, para que no quepan dudas respecto de cuándo se debe tributar y cuándo no.

La distinción entre ambos institutos no se trata de una discusión abstracta, por el contrario, su impacto es directo sobre la realidad financiera de estas entidades. Disponer que las cooperativas están exentas importa cargar sobre ellas la tramitación de la certificación de exención, lo que no solo representa el sometimiento a las obligaciones formales del impuesto sino también la resignación de transitar un procedimiento administrativo en caso de no obtener el beneficio tributario, al igual que cualquier otro reclamo vinculado con aquel.

Retomando los mandatos de la Constitución Provincial respecto a las cooperativas, como también los preceptos de la Ley de Coparticipación sobre el Impuesto sobre los Ingresos Brutos, y sumado a la modificación de la ley provincial 15.007, reformulamos el interrogante inicial: *En función de la naturaleza de las cooperativas y el orden intrafederal de coparticipación ¿el tratamiento tributario que merecen estas entidades, es su exención o la no sujeción al impuesto?*

La Provincia de Buenos Aires adhirió a un régimen que ordena la no sujeción al Impuesto de las Actividades no Lucrativas. Eso es indiscutible.

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha definido en dicho sentido al acto cooperativo, el cual “impregna a tales actividades (de vinculación asociativa con sus miembros y de consecución de fines estatutarios) de un valor especial en función de fines en los que campea la solidaridad, el bien común y la ausencia de lucro” (13).

Además, la Suprema Corte Provincial ha interpretado que en los actos cooperativos configurados entre asociados y su cooperativa no existen dos sujetos diferentes, por el contrario: “en el supuesto de las cooperativas los sujetos b) (asociado) y c) (cooperativa) son uno sólo” (14).

Cabe agregar que el Código Civil y Comercial al definir en su art. 967 al Contrato

a Título Oneroso (característica esencial del hecho imponible), exige para su existencia la presencia de dos partes involucradas en el acto.

Por otro lado, y aunque se trate de una jurisdicción distinta a la Provincia de Buenos Aires, la Corte Suprema de Justicia de Tucumán declaró la inconstitucionalidad del art. 214 de su ley provincial 5121 que definía el hecho imponible del Impuesto sobre los Ingresos Brutos incluyendo a los actos lucrativos y no lucrativos, fundándose en la contradicción entre la norma impositiva local y la Ley de Coparticipación, siendo esta última de jerarquía superior. Ello así porque la Provincia de Tucumán —idénticamente a Buenos Aires— adhirió sin reservas a la ley nacional 23.548, pero incumpliendo con el art. 9º de dicha ley, sometió a los actos cooperativos al pago del mencionado tributo (15).

Precisamente, el cimero Tribunal Tucumano considera que “Acorde a los lineamientos sentados hasta aquí no cabe duda que la contradicción entre el texto del artículo 214 de la ley 5121 y el artículo 9 inciso b) apartado 1 de la ley 23.548, es evidente. En efecto, como se sostuviera con antelación, esta última regla expresamente impone a los estados locales, la necesidad de ajustar el hecho imponible del impuesto sobre los ingresos brutos a los lineamientos que allí se exponen, los cuales claramente excluyen la posibilidad de gravar con aquella gabela a las actividades que carezcan de fines de lucro” (16).

Además, existen experiencias en otras jurisdicciones que sí se acogen al tratamiento tributario debido a las cooperativas en lo que respecta a los impuestos locales. A modo de ejemplo puede mencionarse el caso de la vecina Provincia de Río Negro que declara expresamente en el art. 102 de su Constitución Provincial “que las cooperativas no serán objeto de imposición a los efectos de los tributos provinciales”.

Asimismo, se destaca que recientemente el INAES, mediante su res. 477/2020, declaró que “las cooperativas y mutuales son entidades sin fines de lucro y por lo tanto, el tributo de ingresos brutos no les es aplicable por encontrarse excluidas en los términos del artículo 9, inciso b) punto 1 de la Ley de Coparticipación” (17). A la vez que se predispone a gestionar y asesorar a los órganos locales competentes y organismos provinciales a fin de agotar todas las instancias administrativas para evitar el cobro de tributo a dichas entidades.

Finalmente, cabe mencionar que actualmente se encuentra en trámite ante los estrados de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, una acción de inconstitucionalidad de la ley 15.057, promovida por la Federación Argentina de Cooperativas de Consumo y la Cooperativa Obrera Limitada de Consumo y Vivienda, que al momento de la redacción del presente artículo continúa a la espera de una decisión que resuelva la cuestión en discusión.

V. Conclusiones

- El fomento del cooperativismo tiene rai-gambre en la Constitución Nacional en virtud del derecho a asociarse con fines útiles; y en la Constitución Provincial, que establece otorgarle un tratamiento tributario acorde a su naturaleza, ordenando su fomento y financiamiento.

(8) CS, “Entre Ríos, Provincia de c/ Estado Nacional s/ Impuesto declarativa”, del 01/10/2019.

(9) MASÓN, Rubén A., “Tributación cooperativa: La ley bonaerense 13.360: Su raigambre constitucional y los intentos de derogación”, Intercoop Editorial Cooperativa Ltda., Buenos Aires, 2018, 1ª ed., p. 105.

(10) MARINELLO, Alejandro D., “Las Cooperativas y el

Impuesto sobre los Ingresos brutos”, GIDECOOP, 2013, 26, p. 6.

(11) ESPECHE, Sebastián P., “Curso de derecho financiero” Erreius, Buenos Aires, 2016, 1ª ed., p. 532.

(12) *Ibidem*, p. 532.

(13) SC Buenos Aires, “Auguste, Fernando y otro c/ Cooperativa Falucho de Vivienda Ltda. s/ Daños y perjui-

cios”, del 26/06/2013.

(14) SC Buenos Aires, “Cooperativa Ltda. de Servicios Eléctricos de Pehuajó c/ Municipalidad de Pehuajó s/ Demanda contencioso-administrativa”, del 30/09/1997.

(15) CSJT, “Cooperativa Farmacéutica de Provisión y Consumo Alberdi Ltda. vs. Provincia de Tucumán s/ Inconstitucionalidad”, del 03/10/2017.

(16) *Ibidem*.

(17) Resolución N° 477/2020, Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social (07/08/2020), C.A.B.A.

- Estas entidades se rigen por un sistema normativo que define sus propios institutos jurídicos de manera específica en virtud de su especial naturaleza *tertium genus*, siendo sus caracteres principales la ausencia de lucro, la solidaridad, la conformación de un solo sujeto entre el asociado y su cooperativa en los actos cooperativos dirigidos a la consecución de su objeto social y fines institucionales.

- La ley nacional 23.548 de Coparticipación Federal es una ley-convenio del Derecho Intrafederal que por su jerarquía y debido a la adhesión sin reservas efectuada por la Provincia de Buenos Aires, la conmina a adecuar el hecho imponible del Impuesto sobre los Ingresos Brutos a los lineamientos contenidos en su art. 9º, concretamente, la tributación debe limitarse solamente a ingresos provenientes del ejercicio de actividades empresarias (in-

cluso unipersonales) civiles o comerciales con fines de lucro.

- La manda del art. 41 de la Constitución Provincial y la Ley de Coparticipación excluyen a los actos cooperativos del hecho imponible del Impuesto sobre los Ingresos Brutos. Por tal motivo la Ley Provincial 15.007 es inconstitucional al derogar la ley 13.360 y disponer la exención del impuesto en cuestión, en manifiesta contravención a normas

superiores y obligando a este tipo de entidades al cumplimiento de los deberes formales del tributo.

- Las cooperativas no deben estar sujetas al Impuesto sobre los Ingresos Brutos, en virtud del tratamiento tributario que se les debe otorgar acorde con su naturaleza.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/1081/2022

Nota a fallo

Expediente electrónico

Copias digitales. Efectos. La copia papel como requisito obsoleto ante el avance tecnológico. Individualización de las constancias digitales. Monto del juicio. Constitucionalidad de las normas que establecen requisitos para el acceso a la vía extraordinaria.

- La recta interpretación del Reglamento para las Presentaciones y las Notificaciones Electrónicas es que la carga contemplada en el art. 292, inc. 1 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Provincia de Buenos Aires, en las causas que tramitan por expedientes digitales, se considerará cumplida —a falta de la agregación por el recurrente, en formato digital o digitalizado de los documentos cuyas copias menciona el citado precepto adjetivo, junto con el recurso— con la precisa individualización de tales constancias, accesibles a través de los sistemas de consulta telemáticos disponibles.
- Por la creciente digitalización de los expedientes judiciales y el menciona-

do advenimiento del nuevo régimen para las presentaciones y las notificaciones electrónicas, es preciso establecer un nuevo criterio interpretativo en esta materia que conduzca a morigerar el modo de cumplimiento de los recaudos procesales, a fin de observar en plenitud la garantía de la tutela judicial efectiva y el consecuente principio *favor actionis*.

- La carga de agregación de copias encuentra su razón de ser en la estructura propia del expediente en soporte papel. Ha sido pensada para este tipo de documentos, cuando el avance logrado en el campo de las tecnologías de la información y las comunicaciones aplicable al servicio de justicia era inimaginable. Pero ha devenido disfuncional a la luz del desarrollo actual del expediente digital. De suerte que exigirla a ultranza, a espaldas de la notoria realidad, para requerir la incorporación —previa digitalización— de copias de documentos que obran en el Sistema Informático de Gestión y a las que el tribunal competente para decidir

puede acceder con sencillez, solo podría corresponderse con la lectura mecánica de una regla pensada para otro supuesto, claramente afinado en un pasado, en gran medida superado.

- Las exigencias que impone el Acuerdo 1790 deberán ser satisfechas en cuanto resulten compatibles con la tramitación digital de las actuaciones, hasta tanto la Suprema Corte de Buenos Aires adopte una nueva reglamentación en su reemplazo, ajustando sus normas a las características del proceso digital, cuyo diseño corresponde encomendar a la Secretaría de Planificación de la Suprema Corte, con intervención del Consejo Participativo de Gestión Judicial (art. 1º, Acuerdo 4024).
- La pretensión de considerar el monto del reclamo actualizado a los fines de la concesión de la queja resulta inadmisibles, porque cabe considerar el importe reclamado en la demanda, sin que corresponda adicionar intereses a dicha suma ni actualizarla.

- Con relación al planteo sobre la inconstitucionalidad del art. 278 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Provincia de Buenos Aires, las limitaciones establecidas por las normas procesales para la concesión de la vía extraordinaria de inaplicabilidad de ley no vulneran derechos o garantías constitucionales, desde que el art. 161, inc. 3, apdo. "a" de la Constitución provincial establece que el conocimiento y resolución del mencionado recurso extraordinario compete a la Suprema Corte de Buenos Aires, con las restricciones que las leyes de procedimiento establezcan.

SC Buenos Aires, 04/03/2022. - Teves, Norma Liliana c. Expreso Villa Galicia San José S.A. y otro/a s/ Daños y perj. autom. c/ Les. O muerte.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/18604/2022]

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

Copias para la queja, monto del agravio, arbitrariedad y aplicación en el tiempo

El caso "Teves" de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires



Toribio E. Sosa

Juez de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Trenque Lauquen (Buenos Aires). Profesor titular regular de Derecho Procesal Civil y Comercial, Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas, UNLPam.

SUMARIO: I. ¿Qué recurso era? — II. El recurso de queja por denegación del recurso extraordinario local y las copias en papel. — III. El recurso de queja por denegación del recurso extraordinario local y las copias digitales. El caso "Teves". — IV. Individualización de originales y sistemas de consulta telemática disponibles. — V. El criterio inmediatamente anterior de la SCBA. El caso "Trotta". — VI. Otros aspectos del caso "Teves".

I. ¿Qué recurso era?

En un proceso por daños y perjuicios, el Juzgado bonaerense declaró la caducidad de la instancia, la Cámara de Apelaciones confirmó y la parte actora dedujo recurso extraordinario que denominó de "inconstitucionalidad, arbitrariedad, exceso de rigorismo formal y violación de doctrina legal y absurdo", el que fue denegado por esa Cámara con sustento en que no cumplía con los requisitos establecidos por el art. 299 del Código Procesal Civil y Comercial de Buenos

Aires (CPCC Bs. As.) y en la insuficiencia del valor del agravio. Ante la denegatoria, fue interpuesto recurso de queja, directamente ante la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (SCBA).

Sabido es que en la provincia de Buenos Aires hay disponibles tres recursos extraordinarios locales: el de inaplicabilidad de ley o doctrina legal, el de nulidad y el de inconstitucionalidad, cada uno con un radio de alcance diferente que no viene al caso ahora analizar (1), pero que debe ser respetado cla-

ra y correctamente por la parte recurrente *so pena* del fracaso de su recurso (ver art. 161, incs. 1 y 3, Const. Bs. As; arts. 278 a 303, CPCC Bs. As.). Es decir, por ejemplo, si se usa el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley o doctrina legal no se pueden verter agravios propios del recurso extraordinario de inconstitucionalidad o ni del recurso extraordinario de nulidad, y así de modo reversible o recíproco cada recurso "reclama" sus propios motivos de impugnación y "repele" otros.

A la vista de la terminología variopinta utilizada por la parte recurrente ("inconstitucionalidad, arbitrariedad, exceso de rigorismo formal y violación de doctrina legal y absurdo"), ¿cuál de los recursos extraordinarios locales interpuso?

El Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de Ley o doctrina legal (REIL). ¿Por qué la certeza? Buscando en la Mesa de Entradas Virtual (MEV) (2) y leyendo de primera mano el recurso interpuesto, se puede encontrar la principal razón mas no la única: la parte recurrente se apoyó explícitamente en el art. 161.3.a de la Constitución de la Provincia, referido a ese recurso extraordinario. Otro motivo, entre otros, para creer que la parte recurrente interpuso un REIL, fue su argumentación en pos de justificar que el valor del agravio superaba el piso legal de 500 Jus (3) (art. 278, párrafo 1º, CPCC Bs. As.), siendo que ese recaudo económico no rige para los otros dos recursos extraordinarios locales.

La determinación de cuál recurso extraordinario se trata es central para hallar la nor-

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Remito a SOSA, Toribio E., "Código Procesal Civil y Comercial de Buenos Aires. Comentado", Platenense, La Plata, 2021, donde consta un cuadro sinóptico

comparativo entre los tres recursos extraordinarios locales.

(2) <https://mev.scba.gov.ar/>

(3) Más sobre el Jus, más abajo, en VI.2.

mativa aplicable a fin de abrir juicio sobre su admisibilidad. Sin ir más lejos, en el caso, la Cámara de Apelaciones erró al considerar incumplido el art. 299 del CPCC Bs. As., toda vez que este precepto no se refiere al REIL sino al recurso extraordinario local de inconstitucionalidad.

II. El recurso de queja por denegación del recurso extraordinario local y las copias en papel

En el fuero civil y comercial, sabido es que el recurso extraordinario bonaerense se presenta ante la SCBA, pero ante la Cámara de Apelaciones, emisora de la sentencia recurrida. También que la Cámara *a quo* realiza un primer control de admisibilidad, debiendo denegar o conceder el recurso extraordinario local. Y, claro está, no menos conocido es que, en caso de ser denegado el recurso extraordinario local por la Cámara *a quo*, cabe un recurso de queja, de hecho, o directo presentado ante la SCBA para que se sirva revisar la denegación y resolver si ha sido bien o mal denegado (arts. 292, 297 y 302, CPCC).

En la era del expediente papel, cuando la queja era presentada ante la SCBA, el expediente principal —en el que constaba el escrito original de interposición del recurso extraordinario local denegado y, desde luego, todo lo demás actuado hasta entonces— estaba y permanecía alojado en dependencias de la Cámara *a quo*.

Es decir que, cuando la queja era presentada ante la SCBA, esta no tenía nada en su poder, más que la queja misma y las copias que debían también ser presentadas por el quejoso según el art. 292 del CPCC reglamentado a través del Acuerdo Extraordinario 1790/78 (4).

¿Cuáles copias debían también ser presentadas junto al escrito de interposición de la queja? Esencialmente, copias de la sentencia de la Cámara cuestionada a través del recurso extraordinario, de este recurso y de la resolución denegatoria (art. 292.1, CPCC Bs. As.).

De esa descripción se extrae cuál era la *ratio legis* de la carga consistente en presentar las copias indicadas en el art. 292.1 del CPCC: permitir a la SCBA resolver sobre la queja, ya que no tenía a la vista el expediente papel en que figuraban los originales de esas copias.

Se comprende por qué, sin esas copias, la queja era tradicionalmente considerada inadmisibles de cuajo (5).

III. El recurso de queja por denegación del recurso extraordinario local y las copias digitales. El caso “Teves”

Pero, en la era de las presentaciones (6) y decisiones electrónicas (7), ese funcionamiento tradicional del art. 292 del CPCC, exigente de copias, sea en soporte papel o sea incluso en soporte electrónico, ya no puede mantenerse, si y porque los escritos y resoluciones originales electrónicos son asequibles en forma telemática. ¿Para qué anexar copias, incluso electrónicas, si los originales electrónicos son directa y rápidamente accesibles? ¿Para qué exigir ritualmente la anexión de copias de cualquier índole incluso digitales, si los originales digitales están disponibles para ser consultados telemáticamente con toda facilidad?

Es como seguir pensando en el asiento de la bicicleta como si fuera esa gran silla triangular de equitación, pero pequeña: lo que era bueno para los glúteos como apoyadera en tamaño mayor dejó de serlo en tamaño menor... Si las copias eran necesarias con el expediente papel, dejaron de serlo en absoluto con el expediente electrónico; y si era razonable exigir las *so pena* de inadmisibilidad con el expediente papel, dejó de serlo en absoluto con el expediente electrónico.

Por eso, no puede sino ser muy bienvenida la doctrina de la SCBA que se anota, vertida en “Teves, Norma Liliana c. Expreso Villa Galicia San José SA y otro/a s/ Daños y Perj. Autom. c/ Les. o Muerte”, del 04/03/2022, la que puede ser resumida así: la carga contemplada en el art. 292.1 del CPCC se considerará cumplida, o bien con la agregación por el recurrente de las copias en formato digital referidas en ese precepto, o bien con la precisa individualización de tales constancias accesibles a través de los sistemas de consulta telemáticos disponibles. Vale decir, tanto sirve anexar copias en formato digital, como, más simple y por tanto mejor aún, individualizar los originales accesibles en forma telemática.

Maduran dos interrogantes: ¿Qué hay que hacer para individualizar con precisión las resoluciones y escritos necesarios para resolver la queja? ¿Cuáles son los sistemas de consulta telemáticos disponibles?

IV. Individualización de originales y sistemas de consulta telemática disponibles

Para individualizar con precisión las resoluciones y escritos originales y necesarios para resolver la queja, hay que arrimar la información necesaria para precisar el caso (carátula y número de expediente) y la Cámara *a quo*, lo mismo que la fecha de los actos procesales de que se trate.

Con esa información, es bastante sencilla la localización de las resoluciones y escritos necesarios para resolver la queja, utilizando los sistemas de consulta telemáticos disponibles, que son actualmente dos en el ámbito bonaerense: el mecanismo de publicidad interna —Programa de Gestión Augusta— y el mecanismo de publicidad externa —la Mesa de Entradas Virtual, conocida como MEV—.

Se destaca que, según el art. 1º de la res. 2234/2014 de la SCBA, el derecho a la información de litigantes y letrados en relación con las causas queda efectivamente asegurado a través de la MEV, de manera que, por otro lado, también debe considerarse que “queda asegurado el deber” de los órganos judiciales de consultar esa información: lo “bueno” para las partes y abogados no podía ser “malo” para los jueces y sus auxiliares.

Lo cierto es que el Considerando II.4 de la resolución de la SCBA en “Teves, Norma Liliana c. Expreso Villa Galicia San José SA y otro/a s/ Daños y Perj. Autom. c/ Les. o Muerte” es contundente en cuanto a las razones de esa doctrina y exime casi de todo comentario:

“En rigor, la carga de agregación de copias encuentra su razón de ser en la estructura propia del expediente en soporte papel. Ha sido pensada para este tipo de documentos, cuando el avance logrado en el campo de las tecnologías de la información y las comunicaciones aplicable al servicio de

justicia era inimaginable. Pero ha devenido disfuncional a la luz del desarrollo actual del expediente digital. De suerte que exigirla a ultranza, a espaldas de la notoria realidad, para requerir la incorporación —previa digitalización— de copias de documentos que obran en el Sistema Informático de Gestión y a las que el tribunal competente para decidir puede acceder con sencillez, solo podría corresponderse con una lectura mecánica de la letra de una regla pensada para otro supuesto, claramente afincado en un pasado en gran medida superado. Dados la creciente digitalización de los expedientes judiciales y el mencionado advenimiento del nuevo régimen reglamentario, es preciso establecer un nuevo criterio interpretativo en esta materia, que conduzca a morigerar el modo de cumplimiento de los recaudos procesales, a fin de observar en plenitud la garantía de la tutela judicial efectiva y el consecuente principio *favor actionis*...” (La bastardilla no es del original).

V. El criterio inmediatamente anterior de la SCBA. El caso “Trotta”

Lo de “nuevo criterio interpretativo” (Ver la bastardilla en el capítulo anterior) se explica porque no faltó alguna decisión que, pese a la digitalización, se hizo sacramentalmente fuerte en la exigencia de copias.

En efecto, en “Trotta, Silvia Marta vs. Swiss Medical ART SA s. Accidente de trabajo - Acción especial”, por faltar la copia digital del recurso extraordinario denegado, exigida en el art. 292.1, del CPCC, la queja fue desestimada por la SCBA, pese a que podía ser visto ese recurso a través de la MEV.

Contra esa decisión desestimatoria del recurso de queja, el recurrente insistió a través de recurso de revocatoria (admisibles según lo reglado en el art. 290, CPCC), sosteniendo que el art. 292 del CPCC había quedado descontextualizado ante la posibilidad de subsanar la omisión en que incurre el recurrente ingresando a la Mesa de Entradas Virtual, sistema informático de “acceso al público” (sic) o, que, en todo caso, cabía intimar a la parte recurrente a adjuntar el “escrito faltante”. Junto con la revocatoria finalmente se anexó la copia del recurso extraordinario denegado, cuya falta había conducido a la desestimación de la queja.

La SCBA, a través de resolución del 12/02/2021, rechazó el recurso de revocatoria, en resumen, argumentado que:

a) Reiteradamente se ha sostenido que la exigencia de adjunción de las copias previstas por el legislador en el art. 292 del CPCC y el consecuente resultado ante su omisión, no constituye un excesivo apego a la ley sin razón, sino una carga procesal inveterada —y por demás conocida— que el recurrente debe cumplir para evidenciar la admisibilidad de su impugnación frente a una resolución denegatoria;

b) Es improcedente el pedido de que sea el Tribunal Superior el que supla la falencia en que incurrió el recurrente ante la carga procesal impuesta en su propio interés por el legislador, aun mediante la mera consulta de la Mesa de Entradas Virtual, herramienta de “publicidad externa” para la consulta de la causa judicial;

c) No corresponde intimación alguna en caso de incumplimiento de la carga en cuestión.

O sea, en lenguaje llano, los argumentos fueron: siempre se hizo así, la MEV es solo para el público y no hay por qué dar una última chance de acompañar la copia inicialmente faltante.

Comentamos críticamente esa decisión, hoy felizmente superada por el nuevo temperamento, más flexible y actualizado, de la SCBA (8).

VI. Otros aspectos del caso “Teves”

El fallo que se anota presenta otras aristas y de algunas de ellas haré una breve glosa.

VI.1. Aplicación en el tiempo de la nueva doctrina

La SCBA ha dispuesto que la nueva doctrina en punto a copias para el recurso de queja es inmediatamente aplicable, tanto que la aplicó en el mismo caso en el que la estableció: es obvio que la queja resuelta en “Teves” había sido entablada antes de la doctrina sentada resolviendo en “Teves”.

La nueva doctrina de la SCBA en “Teves” rige, pues, para las quejas pendientes de decisión luego de “Teves”, sin importar que, antes o después de “Teves”, hubiera sido emitida por la Cámara la resolución denegatoria del recurso extraordinario o hubiera sido interpuesta la queja.

O mejor, rige para todas las quejas carentes de decisión firme al momento de “Teves”, lo cual habla de la coyuntural posibilidad, si dieran los tiempos, de un recurso de revocatoria contra la decisión que, antes de “Teves” hubiera rechazado una queja empleando el temperamento de la SCBA anterior a “Teves” (art. 290, CPCC Bs. As.).

VI.2. Monto del agravio

El globo aerostático de la inflación no parece haber aterrizado del todo, increíblemente todavía, en el territorio jurisdiccional, aquí (9), particularmente, en cuanto al valor del agravio para el REIL.

Recordemos que, para que el REIL sea admisible, el valor del agravio debe exceder los 500 *Jus* (art. 278, CPCC), que cada *Jus* equivale grosso modo al 1% del sueldo de un juez de 1ª Instancia (10) y que la cuantía del *Jus* debe ser precisada periódicamente por la SCBA (11).

Yendo al caso resuelto en la resolución que se anota, resulta que el proceso terminó con una declaración de caducidad de la instancia, de tal forma que, siendo susceptible de apreciación pecuniaria, el único monto disponible era el reclamado en la demanda.

Pero ¿el monto reclamado en la demanda cuánto tiempo atrás? ¿Y el deterioro de ese monto por la ampliamente notoria inflación posterior?

Sobre ese tópico, la SCBA expresó: “En tal sentido, deviene pertinente recordar que en numerosos precedentes se ha sostenido que a los fines previstos en la indicada norma cabe considerar, en casos como el presente, el importe reclamado en la demanda, sin que corresponda adicionar intereses a dicha suma, ni actualizar...”, con cita luego del art. 7º de la ley nacional 23.928 —texto según ley nacional 25.561— y de varios precedentes.

(4) Búsqueda rápida sólo tipeando el número 1790, en <https://digesto.scba.gov.ar/>.

(5) Ver JUBA online, búsqueda integral con queja recurso copias González SCBA.

(6) Acuerdo 4013/2021, texto según Acuerdo 4039/2021 SCBA.

(7) Acuerdo 3975/2020 SCBA.

(8) SOSA, Toribio E., “¿Exigencia ritual de copias anacrónicas?”, RC, 293/2021.

(9) Ya lo veníamos anunciando desde bastante antes, ver SOSA, Toribio E., “¿Es la tasa de interés el verdadero tema?”, La Ley 4/12/2013.

(10) Artículo 9º, ley 14.967: “Institúyase con la denominación ‘Jus’ la unidad de honorario profesional,

que representa el uno por ciento (1%) de la remuneración total asignada por todo concepto al cargo de Juez de Primera Instancia de la Provincia de Buenos Aires, con quince [15] años de antigüedad, incluido el básico, permanencia, bloqueo de título y todo otro tipo de bonificaciones, compensaciones, gratificaciones o adicionales, cualquiera fuese su denominación y

se encuentren o no sujetos a aportes o contribuciones, exceptuando únicamente aquellos rubros que dependan de la situación personal particular del magistrado...”.

(11) Artículo 9 ley 14.967: “...La Suprema Corte de Justicia suministrará mensualmente el valor resultante eliminando las fracciones decimales...”.

No obstante, creemos que cierta consideración del desfasaje inflacionario debe ser de alguna manera llevada a cabo. Si no, por ejemplo, ¿para qué el legislador se habría tomado el trabajo de fijar la cantidad de 500 Jus en el art. 278 del CPCC, en vez de una suma expresada en moneda nacional? Subyace la voluntad del legislador de hacerse cargo del fenómeno inflacionario, en virtud del uso de un parámetro periódicamente adecuado, como el Jus arancelario. Y el intérprete debería acompañar razonablemente esa voluntad; ¿no?

Vamos con un ejemplo. Supongamos que el 01/12/2017, cuando el Jus trepaba a \$ 1000, se interpuso una demanda por \$ 1.000.000 sin intereses. Equivalía a 1000 Jus y, por entonces, duplicaba el mínimo de 500 Jus del art. 278 del CPCC. Cuatro años después, declarada la caducidad de la instancia (o comoquiera que fuese rechazada íntegramente la demanda), el 01/12/2021 se planteó un REIL y, según el valor del Jus en esta última fecha (\$ 3554) ya la causa pasó a representar un poco más de 281 Jus, muy por debajo de los 500 Jus del art. 278 del CPCC. ¿Será inadmisibile el REIL porque la causa, que antes representaba 1000 Jus, ahora nada más ni llega a 282 Jus?

Cuando, como valor del agravio, deba tomarse el monto nominal reclamado en la demanda, a los fines del art. 278 del CPCC guarda proporción utilizar como parámetro el valor del Jus al tiempo de la demanda, no el inflacionariamente desfasado al tiempo del REIL. Tengamos presente que la proporcionalidad es un subprincipio dentro del Principio de Razonabilidad (12) que debe gobernar la fundamentación de las resoluciones judiciales (art. 3º, CCyC).

Obiter dictum, rescato la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia la Nación (CSJN) el 16/09/2014:

a) En el Considerando 11 de “Einaudi, Sergio c. Dirección General Impositiva s/

nueva reglamentación”, expresó que una comprensión teleológica y sistemática del derecho vigente indica que el art. 10 de la ley 23.928 solo derogó el procedimiento matemático que debía seguirse para determinar la cuantía del recaudo económico relacionado con la exigencia del monto mínimo para el Recurso Ordinario de Apelación ante la Corte —indexación semestral según la variación de los precios mayoristas no agropecuarios— pero dejó incólume la potestad de la CSJN para adecuar el monto;

b) En el Considerando 2 del Ac. 28/2014, manifestó que, para adecuar el monto referido, la imposibilidad de usar toda fórmula matemática no eximía a la CSJN “(...) de consultar elementos objetivos de ponderación de la realidad que den lugar a un resultado razonable y sostenible”.

Es decir, *fórmulas matemáticas para actualizar, repotenciar o indexar, no; otros métodos que consulten elementos objetivos de ponderación de la realidad que den lugar a un resultado razonable y sostenible, sí* (13).

VI.3. Arbitrariedad

VI.3.a. De la sentencia de la Cámara de Apelaciones

Las causales de arbitrariedad contorneadas a lo largo del tiempo por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (14) encuadran, como regla, en el marco del REIL (15).

Como una sentencia arbitraria lastima al debido proceso afectando los derechos constitucionales de defensa en juicio y de propiedad, entraña cuestión constitucional federal.

Por eso, si la sentencia de la Cámara de Apelaciones fuera arbitraria, la SCBA debe-

ría entender en el REIL aunque este, por el valor del agravio, no fuera admisible según el CPCC Bs. As., tal la doctrina de la CSJN a partir del caso “Di Mascio” (16). Eso para permitir una decisión final sobre la cuestión constitucional federal por el Superior Tribunal local, según doctrina de la CSJN en el caso “Strada” (17).

Por eso es por lo que, en el caso “Teves” que se anota, la SCBA trató la arbitrariedad aducida por la parte que interpuso el REIL. Y, al descartar la arbitrariedad de la sentencia de Cámara predicada por la parte recurrente, entonces no halló motivo para apreciar admisible un REIL que, por el monto del agravio y según su criterio, no superaba el umbral de los 500 Jus.

VI.3.b. De la sentencia de la SCBA

No fue la hipótesis del caso “Teves” que se anota, porque allí la sentencia recurrida no era de la SCBA sino la de una Cámara de Apelaciones y porque el recurso de cuya admisibilidad se trataba no era un Recurso Extraordinario Federal (REF).

Pero no está de más echar unas líneas sobre el siguiente tema: si la sentencia de la SCBA fuera tildada de arbitraria y se interpusiera contra ella un REF, ¿quién debe juzgar sobre la pretensa arbitrariedad? Se responderá: “pues claro, qué duda cabe, la CSJN, ¿cómo la misma SCBA podría juzgar si es o no es arbitraria una sentencia propiamente suya?”

Bien, eso es así, pero no es del todo así.

¿Y cómo es entonces?

El Superior Tribunal de Provincia, al emitir juicio sobre la admisibilidad del REF (no sobre su mérito, machaco enfáticamente), debe analizar fundadamente si *prima facie* pudiera estar configurada la arbitrariedad

que se atribuye a su propia sentencia recurrida. Es que, con relación al REF por el motivo de arbitrariedad, la CSJN suele anular la decisión del Superior Tribunal de Provincia que lo concede, pero sin haberse expedido concretamente (el órgano Judicial recurrido) sobre la existencia *prima facie* de un supuesto de arbitrariedad que pudiera dar lugar, con base en la doctrina de la CSJN, a una cuestión federal (18).

Cuando, sin delegación de competencia, un órgano Judicial de jerarquía inferior ejerce la competencia que corresponde a uno superior, eso se llama deferencia: (19) la competencia para, REF mediante, resolver en definitiva sobre la supuesta arbitrariedad de la sentencia del Superior Tribunal de Provincia sin hesitación corresponde a la CSJN, pero, por deferencia y al exclusivo efecto de decidir sobre la admisibilidad del REF, le incumbe al Superior Tribunal de Provincia analizar si *prima facie* concurre esa arbitrariedad.

Respetar la competencia es mirar desde abajo hacia arriba. En el caso de la fundabilidad del REF por arbitrariedad, desde el órgano recurrido hacia el órgano revisor, para abstenerse de ingresar en el análisis de fundabilidad. Pero la deferencia es mirar de arriba hacia abajo: es tolerar (y hasta exigir, como la CSJN) cierta libertad de acción a aquellos que están debajo, en pos de ciertos valores como v.gr. la preservación de la buena fe procesal, la mayor eficiencia del servicio jurisdiccional, etc. (20). Por eso, si la existencia o no de arbitrariedad hace a la fundabilidad del REF interpuesto, no obstante en alguna medida el órgano Judicial recurrido (el Superior Tribunal de Provincia) por deferencia debe expedirse sobre ella (sobre la arbitrariedad) a los fines de concederlo o denegarlo.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/1537/2022

(12) ALEXY, Robert. “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, Ed. Centro de Estudios, Madrid, 2004.

(13) SOSA, Toribio E. - CUCATTO, Mariana, “‘Obiter dictum’ y argumentación proyectiva en el precedente ‘Einaudi’ de la Corte Suprema de la Nación”. Cuadernos de ALFAL “El dinamismo lingüístico. Contactos y conflictos lingüísticos en América”, No 10, mayo 2018: pp. 259-271.

(14) Ver su mención y su ejemplificación sucintas en SOSA, Toribio E., “Algunos alcances de la casación según la ley 26.853”, Suplemento Especial La Ley de mayo 2013.

(15) Ver en JUBA online, búsqueda integral con arbitrariedad recurso inaplicabilidad ley SCBA encuadre.

(16) Aunque en “Di Mascio” (sent. del 1/12/1988, Fallos 311:2478) lo que estaba en juego no era el valor pecuniario del agravio, sino, en el fuero penal, la magnitud del agravio en función de la entidad de la pena.

(17) Sent. del 8/04/1986, Fallos 308:490.

(18) Ver: “Di Giano c. Calo”, resol. del 21/06/2018, Fallos 341:681; “Díaz, Ana Elizabeth c. Medio Oriente SRL s/ diferencias de salarios”, resol. 1/10/2019, Fallos 342:1589.

(19) Sobre la noción de “deferencia”, ver SHAUER, Fre-

derik, “Pensar como un abogado”, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, capítulo titulado “La deferencia y la atribución de la responsabilidad de la toma de decisiones”, p. 233 y ss.; también SOSA, Toribio E. “Competencia y deferencia”, en RC D 861/2019.

(20) Por eso, *mutatis mutandis*, si el agravio fuera una aducida omisión de cuestión esencial y si fuera manifiesto que esa cuestión no fue omitida y sí en cambio nítidamente tratada, cabría a la cámara de apelaciones bonairense, por deferencia, denegar el recurso extraordinario de nulidad, para evitar un ejercicio abusivo del derecho de defensa en juicio a través de un recurso notoriamente

injustificado, a salvo la chance de queja ante la SCBA (arts. 168 y 171 Const. Pcia. Bs. As.; ver CASTAGNO, Silvana A., “El recurso *ad infinitum*: un supuesto de abuso procesal recursivo”, en “Nuevas herramientas procesales - III. Recursos ordinarios”, Jorge PEYRANO —director—, Amalia FERNÁNDEZ BALBIS —coordinadora—, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 23 y ss.; cfme. CCiv. y Com. Trenque Lauquen, 29/10/2019, “Paternesi c. Sattarain” expte. 91332; 27/2/2020, “Bonflgli c. Gómez”, 91451).

Actualidad

Actualidad en Derecho Laboral



Emilio E. Romualdi

Doctor en Derecho (Universidad Kennedy). Profesor titular de posgrado en la Universidad Nacional de Rosario, la Universidad Kennedy y la Universidad Nacional de la Defensa (Instituto Aeronáutico y Espacial). Profesor titular de grado en la Universidad Católica Argentina de La Plata. Profesor visitante de la Università degli Studi di Cagliari y de la Universidad Externado de Bogotá Colombia. Juez en del Tribunal de Trabajo N° 6 de San Isidro.

Acción civil. Responsabilidad objetiva. Cuantificación del daño. Necesidad de establecer los parámetros de cuantificación

SC Buenos Aires, “Troche, Ramón Antonio contra Ministerio de Seguridad - Policía de la Provincia. Accidente de trabajo - Acción especial”, 06/12/2021, causa L. 120.121, TR LALEY AR/JUR/216161/2021

Se sostuvo en esta causa por la mayoría que la tarea desempeñada por el actor debía ser considerada “cosa riesgosa” en los términos del art. 1113 del Cód. Civil (ley 340).

En el marco de dicho precepto legal no cabe una interpretación estrecha del concepto “cosa”, desde que, trascendiendo el puro concepto físico del término, no se debe omitir la ponderación razonada de la incidencia que posea la tarea desempeñada por

el trabajador, pudiendo esta constituirse en factor de causación del daño, y que —por lo tanto— el vocablo “cosa” se extiende para abarcar, en la actualidad, las tareas específicas del trabajador y la actividad laboral toda, razón por la cual, cuando esas tareas pueden generar un resultado dañoso, se impone entonces admitir su inclusión en las previsiones del precepto citado (causas L. 72.336, “Tommi”, sent. de 14/04/2004; L. 80.406, “Ferreira”, sent. de 29/09/2004; L. 79.690, “R., L. G.” sent. de 28/06/2006; L. 88.325, “Cepeda”,

sent. de 9/05/2007; L. 83.342 “F., D.”, sent. de 26/09/2007; L. 82.743, “Ventancor”, sent. de 26/09/2007; L. 92.726, “Galán”, sent. de 17/12/2008; L. 93.818, “Lezcano”, sent. de 25/11/2009; L. 97.261, “Azpeitia”, sent. de 19/12/2012; L. 116.679, “P., C. C.”, sent. de 8/04/2015; L. 115.898, “C., M. L.”, sent. de 15/06/2016; L. 118.531, “Scardulla”, sent. de 31/05/2017; e.o.).

También se dijo que ante el supuesto de responsabilidad objetiva por riesgo creado

receptado en dicho precepto, en la medida en que la actividad de un tercero integre el riesgo propio de la cosa, esa actividad no podrá ser, al mismo tiempo, causa de exculpación de la responsabilidad (causas L. 110.774, “A., E. E.”, sent. de 15/10/2014 y L. 117.008, “Giovacchini”, sent. de 31/10/2016).

Luego, en el contexto de las circunstancias verificadas en la causa, se coincidió con el juzgador de grado en cuanto sostuvo que el accionar del tercero, conductor del otro vehículo con el que Troche colisionara, se encuentra comprendido dentro del riesgo propio de las tareas que este último desarrolló al asistir y trasladar a una mujer embarazada que había sufrido un desmayo en la vía pública y que necesitaba atención médica urgente en un centro de salud; por lo que aquel no puede ser considerado como un tercero ajeno a la accionada por el que esta no deba responder.

Luego se sostuvo que la determinación de la cuantía indemnizatoria en los supuestos en los que se reclama con fundamento en el derecho común que resulta revisable por vía de absurdo el monto indemnizatorio fijado si el juzgador no expresa ni da razón del método empleado para su cuantificación, incurriendo en una conclusión dogmática que no condice con el análisis de la prueba que dice haber efectuado (causas L. 114.126, “Colombo”, sent. de 15/03/2013 y L. 117.930, “Robledo”, resol. de 15/04/2015).

Ello así, puesto que si bien es cierto que los jueces de grado no están constreñidos a la aplicación de fórmula matemática alguna para determinar el *quantum* indemnizatorio (causas L. 76.494, “Viera”, sent. de 18/06/2003), no lo es menos que la decisión que en este sentido se dicte debe encontrar sustrato en una operatoria que posibilite conocer de qué modo se arribó a un importe y no a otro diferente (causa L. 88.121, “Topa”, sent. de 04/11/2009).

Competencia. Ley de riesgos del Trabajo. Acción de revisión.

SC Buenos Aires “Soria, Alejandro Daniel contra La Segunda Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. Accidente de trabajo-acción especial”, 01/11/2021, causa L. 123.474, TR LALEY AR/JUR/188489/2021

En primer lugar se dijo que hallándose en juego la posible atribución de competencia a un juez extraprovincial, el pronunciamiento atacado debe considerarse asimilable a definitivo en los términos del art. 278 del Cód. Procesal Civil y Comercial, pues tal hipótesis constituye una de las excepciones aplicables sobre la materia (causas L. 115.653, “Torres”, sent. de 6/03/2013; L. 121.232, “Arquilla”, resol. de 30/05/2018 y L. 120.325, “Perez”, sent. de 29/05/2019).

Sentado lo anterior, se recordó que mediante la ley provincial 14.997, la Provincia de Buenos Aires adhirió a la ley nacional 27.348, complementaria de la Ley de Riesgos del Trabajo. Más tarde, se dictó en el ámbito local la ley 15.057, cuyos arts. 2º inc. “j” y 103 se encuentran vigentes (causas L. 121.939, “Marchetti”, sent. de 13/05/2020; L. 123.792, “Szakacs” y L. 124.309, “Delgadillo”, sent. de 28/05/2020 y L. 121.895, “Orellana”, sent. de 17/06/2020).

En este marco, no cabe dejar de atender lo resuelto por la Suprema Corte en el antecedente L. 127.264, “Ferrau” (resol. de 28-V-2021), y, también, lo decidido —aunque con ciertas aristas distintivas— en el precedente L. 125.612, “Garrido” (resol.

de 13-XI-2020), cuyas líneas directrices resultan sobrevinientes al dictado de la decisión recurrida y de la articulación de la impugnación bajo estudio (causas L. 90.644, “Conde”, sent. de 22/06/2011; L. 107.602, “Iturregui”, sent. de 30/10/2013; L. 104.124, “Peláez”, sent. de 5/03/2014; L. 120.354, “Lazo”, sent. de 13/05/2020 y L. 120.806, “Ordoñez”, sent. de 17/02/2021; e.o.).

En este orden, lo cierto es que la interpretación de los citados arts. 2 inc. “j” —con remisión en su primer párrafo a lo dispuesto en el art. 2º segundo párrafo de la ley 27.348— y 103 de la citada ley 15.057, conducen a determinar que la decisión emitida por la Comisión Médica Jurisdiccional es susceptible de ser recurrida ante los actuales tribunales de trabajo y, en lo que interesa, de aquellos con asiento en la localidad donde se halla situada la Comisión Médica Jurisdiccional que intervino en el trámite administrativo.

Incumplimiento de lo dispuesto por el art. 38 de la resolución SRT 298/17. Inconstitucionalidad del art. 10 de la resolución SRT 23/18. Acceso a la justicia

SC Buenos Aires, “Pereyra, Marcelo Adolfo contra Experta ART S.A. Enfermedad profesional”, 30/12/2021, causa L. 125.826, TR LALEY AR/JUR/206610/2021

En el art. 1º de su Título I la ley 27.348 establece que la actuación de las comisiones médicas jurisdiccionales previstas en el sistema constituirá “la instancia administrativa previa, de carácter obligatorio y excluyente de toda otra intervención” a los fines que el trabajador afectado —salvo los vinculados por relaciones no registradas— solicite la determinación del carácter profesional de su enfermedad o contingencia, de su incapacidad y las prestaciones dinerarias contempladas en el régimen especial. En esa misma norma dispuso que, a opción del trabajador, sería competente la comisión médica jurisdiccional correspondiente a su domicilio, al lugar de su efectiva prestación de servicios o, en su defecto, al domicilio donde habitualmente aquel se reporta, y su resolución agotará la instancia administrativa. Ahora en su art. 3º, le encargó a la Superintendencia de Riesgos del Trabajo la misión de dictar las normas del procedimiento de actuación ante las comisiones médicas jurisdiccionales y ante la Comisión Médica Central. La res. 298/17 ha reglamentado el procedimiento a seguir en esta materia. A tenor de su art. 38 dentro del plazo de noventa días corridos de hallarse cumplidos los recaudos exigidos para formalizar la adhesión al régimen de la ley citada, la Superintendencia debía arbitrar los medios necesarios para asegurar en el territorio de la respectiva provincia adherente. La Provincia de Buenos Aires a través de la ley 14.997, aceptó la invitación cursada por conducto del art. 4º de la ley 27.348 —complementaria de la Ley de Riesgos del Trabajo—, adhiriendo a la normativa del Título inaugural de aquel ordenamiento. La Superintendencia de Riesgos del Trabajo dictó la res. 23/18. Allí se determina la creación de tantas Comisiones Médicas y/o Delegaciones como “cabeceras judiciales” existieran conforme la ley local 5827 (art. 1º). Puntualmente, puede leerse que en lo que respecta a la Comisión N° 31 con asiento en la ciudad de Zárate, conformada por una comisión y una delegación; que la primera comprende las ciudades comprendidas en el Departamento Judicial de Zárate-Campana y la segunda la correspondientes al Departamento Judicial de San Nicolás (conf. arts. 3º y 4º). Por fin, la res. 23/18 habilitó a la Gerencia de Administración de Comisiones Médi-

cas a que ante “situaciones de necesidad y urgencia” derive la sustanciación de los trámites a una Comisión Médica distinta a la correspondiente, “...respetando a los fines de la vía recursiva, la competencia territorial optada por el damnificado” (art. 7º). En lo que es más destacable, se agregó que hasta tanto se habilitara su funcionamiento, los trámites que correspondieren a la competencia territorial de la Delegación San Nicolás serían sustanciados en la Comisión Médica N° 31 con asiento en la ciudad de Zárate (art. 10, resol. cit.).

Pues bien, el conflicto a resolver estaba centrado en la aplicación con las concretas circunstancias del caso del art. 10 de la res. 23/18 y en la determinación acerca de si la citada norma reglamentaria es compatible a la luz de los derechos constitucionales implicados. En este sentido se anticipó que en ese contexto de adjudicación la indiferenciada obligatoriedad de la regla inferior aplicable desvirtúa principios de orden constitucional con efectos lesivos para los derechos enarbolados por el actor en este expediente.

Vale recordar que, en el ámbito de la administración de justicia provincial, la ley 5827 (Orgánica del Poder Judicial) en el art. 26 distribuye la competencia en razón del territorio de dichos órganos jurisdiccionales con el propósito de brindar al trabajador la más eficaz accesibilidad a la justicia, algo que desde hace décadas distingue al régimen procesal laboral, como se desprende del texto del art. 3º de la ley 11.653 —replicado por su par de la ley 15.057— que lo faculta a acudir a aquel próximo al domicilio del demandado, al de la prestación del trabajo, o al del lugar de celebración del contrato, en una evidente manifestación del principio protectorio en el firmamento adjetivo del fuero (causas L. 115.653, “Torres”, sent. de 6-III 2013 y L. 117.767, “Kreitzer”, sent. de 10/12/2014).

En los procesos relativos a las contingencias laborales, la ley 27.348 ha diseñado un régimen específico. Se asigna competencia al órgano judicial correspondiente al domicilio de la Comisión Médica que hubiere intervenido. Pero la competencia de dicha comisión será asignada una vez ejercida la opción que ejerciere el trabajador entre la correspondiente a su domicilio particular, a la del lugar de la efectiva prestación del trabajo o a la del lugar donde habitualmente se reporta (conf. arts. 1º, ley 27.348; 5º y 18, resolución SRT 298/17; y 2 inc. “j”, ley 15.057). Así las cosas, lo dispuesto en el art. 10 de la resolución de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo 23/18, se erige en una barrera disfuncional y gravosa para el damnificado, a quien la Constitución de la Provincia de Buenos Aires le garantiza el acceso a una tutela efectiva de sus derechos (art. 15, Const. Prov.). Lo afirmado, en cuanto impone al trabajador efectuar la actuación administrativa previa ante la sede de una comisión médica ajena al departamento judicial que corresponde, considerablemente distante de aquel próximo a su desempeño, sin conferirle alternativa alguna.

Ello desconoce en el caso concreto el sentido de la garantía de acceso a la jurisdicción, lo que conlleva la inaplicabilidad del citado art. 10 de la resolución reglamentaria (causas L. 62.704, “Caamaño de Trincado”, sent. de 29/09/1998; L. 74.805, “Menéndez”, sent. de 21/03/2001; Ac. 87.787, “C., S.”, sent. de 15/03/2006; L. 117.462, “Dell Acqua”, sent. de 20/08/2014; CS, Fallos: 260:153; 286:76; 288:325; 300:241 y 1087; 301:1062; 302:457 y 1149; 303:1708; 324:920 y 335:2333; e.o.).

Asimismo, se consideró que pese al plazo previsto en el ya descripto art. 38 de la resolución de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo 298/17 para arbitrar los medios necesarios a los fines de “asegurar” la aplicación del procedimiento establecido en el Título I de la ley 27.348 en la Provincia adherente, se verifica que a más de un año de entrada en vigencia de la ley provincial 14.997, la Delegación Médica de San Nicolás aun no se encontraba en funcionamiento. Ello acentúa la irrazonabilidad del art. 10 de la resolución 23/18 referida (art. 28, Const. Nac.).

Subcontratación. Administración pública. Inaplicabilidad art. 30, LCT. Naturaleza del Banco Provincia de Buenos Aires

SC Buenos Aires, “Camino, Franco Gabriel contra Hunter Security S.A. y otro. Despido”, 17/11/2021, causa L. 123.859, TR LALEY AR/JUR/216163/2021

Se sostuvo en esta causa que acertaba el recurrente en demostrar que, al condenar al Banco de la Provincia de Buenos Aires por aplicación del art. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo, el tribunal de grado vulneró la doctrina legal de la Corte sobre la temática debatida.

En efecto, el Tribunal ha declarado en forma reiterada que la Administración Pública resulta, en principio, ajena a la solidaridad prevista por el art. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo salvo que, con anterioridad al acto en virtud del cual se formula el reclamo, hubiera habido expresa sujeción de aquella a las normas laborales —legales o convencionales— (causas L. 56.282, “Sampietro”, sent. de 11/10/1995; L. 65.606, “Albornoz”, sent. de 17/11/1998; L. 86.419, “Duce”, sent. de 9/06/2004; L. 86.556, “Peruzzi”, sent. de 9/06/2004; L. 89.820, “Cicala”, sent. de 28/09/2005; L. 88.177, “Hernández”, sent. de 31/10/2007; L. 91.767, “Larrumbe”, sent. de 18/06/2008; L. 94.838, “Cabrera”, sent. de 3/12/2008; L. 94.804, “Petrone”, sent. de 24/02/2010; L. 101.391, “Accoce”, sent. de 11/08/2010; L. 101.355, “Andrade de Gamboa”, sent. de 1/09/2010; L. 96.050, “Banga”, sent. de 13/04/2011; L. 116.470, “Armesto”, sent. de 6/03/2013; L. 116.802, “Delgado”, sent. de 26/06/2013 y L. 117.353, “Maehira Nakama”, sent. de 6/08/2014; todas citadas por el quejoso en su réplica).

Cuadra aquí precisar que el Banco de la Provincia de Buenos Aires, es una “institución autárquica de derecho público, en su carácter de Banco de Estado” (art. 1º, Carta Orgánica del Banco de la Provincia de Buenos Aires), lo que permite considerarlo alcanzado por los lineamientos de la doctrina legal citada en el párrafo precedente. Tanto es ello así que, según lo ha resuelto esta Corte, las normas de la Ley de Contrato de Trabajo resultan inaplicables al Banco de la Provincia de Buenos Aires (causas L. 103.559, “Abrain”, sent. de 10/10/2012 y L. 117.353, cit.).

Ahora bien, aclarado ello, no se demostró en autos que la entidad bancaria pública provincial codemandada hubiera dictado disposición alguna sometiendo a la legislación laboral ordinaria —extremo ni siquiera invocado en el escrito de demanda y su ampliación—, sin que los magros fundamentos vertidos por el tribunal de grado para fundar la condena solidaria objetada —que prescinden atender la citada directriz—, resulten suficientes para desactivar la categórica doctrina que emana de los fallos de esta Corte arriba mencionados.

Actualidad en Derecho Tributario



Mercedes Sastre

Abogada (UNLP). Especialista en Derecho Administrativo (UCALP). Secretaria de la sala III del Tribunal Fiscal de Apelación de la Provincia de Buenos Aires. Profesora titular de "Derecho Tributario" en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UDE). Integrante del Instituto de Derecho Tributario y Financiero del Colegio de Abogados del Departamento Judicial de La Plata.



Ezequiel Maltz

Abogado (UNLP). Especialista en Derecho Tributario (Universidad Austral). Especialista en Fiscalidad Internacional (Universidad de Santiago de Compostela, España). Coordinador de la asignatura "Regímenes Tributarios Provinciales y Municipales" de la Especialización en Derecho Tributario de la Universidad Austral. Auxiliar docente de Finanzas y Derecho Financiero, Cátedra

II de la UNLP. Miembro de la Asociación Argentina de Estudios Fiscales y relator de la Comisión de Tribunales Fiscales de dicha Asociación.

Multa por COT. Declaración de nulidad

TFiscal, Buenos Aires, sala III, "Aguas Dandone de Argentina SA", 19/08/2021, TR LA LEY AR/JUR/217022/2021; "Volkswagen Argentina S.A.", 31/08/2021, TR LA LEY AR/JUR/217023/2021

En ambos expedientes en trámite por ante la Sala 3, se discutió la procedencia de la multa establecida en el art. 82 del Cód. Fiscal, por cuanto se habría constatado que las firmas habrían trasladado bienes dentro del territorio provincial sin la documentación de respaldo exigida por ARBA, infringiendo, de este modo, lo dispuesto por el art. 27 de la R.G. (AFIP) 1415 y mod. y art. 621 de la D.N. Serie "B" 1/04.

La instrucción de la causa en "Aguas Dandone" fue llevada a cabo por el Dr. Lapine quien al momento de decidir recordó los extremos de los arts. 82 del Cód. Fiscal, 621 de la D. N. Serie "B" 1/04 y 27 de la RG (AFIP) 1415, a partir de los cuales surge la obligatoriedad en cabeza de la firma de obtener, en cada traslado que realice, la documentación pertinente. El Dr. Lapine advirtió que la firma, en oportunidad de concurrir a la audiencia de ley, presentó descargo en donde alegó la existencia de la carta de porte y remitos de carga. Sin perjuicio de haberlos acompañado, la Autoridad de Aplicación no los consideró sosteniendo que al momento de constatar la infracción, es decir, cuando se hizo el acta, esa documentación no fue exhibida. El Fisco sostuvo que se estaba frente a una obligación de naturaleza instantánea, cuya inobservancia se configuró al momento de ser los hechos constatados, no pudiendo subsanarse a través de presentaciones posteriores.

El instructor manifestó que de haberse sido considerada la documentación aportada por la firma, la imputación inicial hubiera sido dejada sin efecto. Y en este contexto sostuvo: "...la consumación de la infracción —cualquiera que sea— no se produce ante la simple constatación de un hecho que es —a priori— contrario a la norma, en tanto la viabilidad del reproche (inicial) dependerá de las defensas que se articulen". Agregó que "...la obligación consiste en trasladar mercaderías en el territorio de la provincia de Buenos Aires amparado por documentación pertinente, eso es, "mediante factura, remito, guía, o documento equivalente..." pero ello no significa que ante la falta de exhibición o acompañamiento de dicha documentación se tenga por sucedida la acción típica enrostrada, puesto que de entenderse la normativa de ese modo, se tornaría inútil cualquier esfuerzo del imputado dirigido a ensayar su defensa, ya sea en la audiencia prevista, el descargo o el recurso que en la instancia del Tribunal se analiza.

De ese modo, haciendo mérito de la documentación acompañada y los antecedentes del caso, la instrucción aplicó —con cita del art. 71 del Cód. Fiscal— el principio de la bagatela, dejando sin efecto la sanción aplicada.

El Contador Crespi disintió con la solución arribada por la Instrucción y analizó las

cuestiones traídas a consideración mediante el recurso de apelación interpuesto. En este sentido, el Vocal manifestó que se encontraba alterada la motivación del acto sancionador por cuanto el mismo no contenía los parámetros considerados para obtener el quantum de la multa aplicada, es decir, no había expresión del porcentaje de la multa con respecto al valor de la mercadería transportada. Advirtió que esta sola circunstancia no hubiera sido suficiente para declarar la invalidez de la disposición, pero cierto es que el valor determinado por la Autoridad de Aplicación respecto de la mercadería en tránsito, tampoco le fue notificado a los apelantes en el acto cuestionado y mucho menos el procedimiento llevado a cabo para establecerlo. Sostuvo que el desconocimiento de los parámetros utilizados por la Administración para establecer el valor de la mercadería y en consecuencia el cálculo de la multa, colocaron al apelante en una situación de indefensión para ejercer una defensa idónea ante el Tribunal puesto que no se pudo determinar, por ejemplo, la magnitud del reproche fiscal (en su equivalencia con el valor de la mercadería transportada), la incidencia sobre el mismo de los atenuantes y agravantes merituados por la Autoridad de Aplicación y la razonabilidad de los cálculos realizados a partir de los elementos y datos que fueron utilizados en esta tarea.

Por todo ello, el Cr. Crespi declaró la nulidad del acto en crisis en los términos del art. 128 del Cód. Fiscal.

El Dr. Carballal acompañó el voto del Cr. Crespi, por lo que, por mayoría, se declaró la nulidad de la resolución sancionatoria.

Por su parte, en Volkswagen Argentina, la instrucción llevada a cabo por el Cr. Crespi analizó los planteos de nulidad opuestos por los apelantes, fundados en la vulneración del derecho de defensa como consecuencia de diversos defectos y omisiones que ostentaría el acta de comprobación. En este aspecto, consideró que la doctrina y jurisprudencia mayoritarias han reconocido que las actas administrativas labradas por los agentes fiscales en ejercicio de sus funciones, tienen el carácter de instrumentos públicos y, en consecuencia, resulta necesario promover acción de redargución de falsedad para cuestionarlas.

Crespi analizó los antecedentes obrantes en las actuaciones, especialmente la imputación formulada por el Fisco: "no haber tramitado el COT o Remitos Electrónicos necesarios para amparar legalmente el transporte de los bienes en el territorio de la provincia de Buenos Aires". Advirtió que, al momento de presentar el descargo de ley, la firma acompañó la documentación requerida y destacó que la misma había sido tramitada un día antes del traslado efectuado. Por su parte, consideró que en el acto sancionatorio el Juez administrativo reconoció la existencia de remitos electrónicos pero mantuvo la multa aplicada, ya no por ausencia de COT o Remito Electrónico, sino por existir discrepancias en los datos informados. Así las cosas, destacó una clara modificación de la imputación formulada. Esta situación fue considerada por el Cr. Crespi como atentatoria al principio de congruencia y al debido proceso en la medida que la Autoridad de

Aplicación le quitó a la sumariada una instancia defensiva: la del descargo. En este sentido, dijo que "... cabe reiterar, toda vez que —conforme la imputación primigenia que entablara el Fisco— aquella acudió a dicha instancia defensiva con el norte direccionado en punto a acreditar que, contrariamente a lo endilgado por este, efectiva y oportunamente había tramitado la documentación de respaldo pertinente. Y de hecho, no puede perderse de vista que así lo hizo (tal como el propio Juez Administrativo lo reconoce en el acto sancionatorio)". "En todo caso, la Autoridad de Aplicación, si consideraba que la documentación acompañada en el descargo presentaba inconsistencias, debió imputar —precisamente— esta nueva conducta infraccional, instruyendo el debido sumario...". De esta manera la firma no se hubiera visto privada de una instancia en su defensa.

Así las cosas, declaró la nulidad del procedimiento llevado a cabo por ARBA.

El Dr. Carballal adhirió a la postura del Cr. Crespi mientras que el Dr. Lapine expresó su coincidencia, aunque difirió con la declaración de nulidad del procedimiento. Al respecto, dijo que debía dejarse sin efecto el acto en cuestión toda vez que si bien surgía con claridad el diverso encauce que el Fisco le había dado al trámite con posterioridad al descargo presentado por la firma, cierto era que, a ese momento —descargo junto con la prueba arrimada—, ya se encontraba acreditada la ausencia de conducta típica por parte de la firma.

Responsabilidad solidaria. Efectos de la jurisprudencia de la Suprema Corte

TFiscal, Buenos Aires, sala III, "Distribucion Masiva SA", 14/12/2021, TR LALEY AR/JUR/217024/2021

En estas actuaciones, la Sala 3 resuelve la procedencia de la responsabilidad solidaria de la directora de la firma, a la luz de la reciente jurisprudencia de la Suprema Corte recaída en los autos "Toledo, Juan Antonio contra A.R.B.A. Incidente de revisión" (C. 121.754; Sentencia de fecha 30 de agosto del 2021); "Casón, Sebastián Enrique c/ Fisco de la Provincia de Buenos Aires s/Pretensión anulatória. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley" (C. A.72776; Sentencia de fecha 31 de agosto de 2021) y "Fisco de la Prov. de Buenos Aires c/ Insaurralde, Miguel Eugenio y ot. s/ Apremio. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley" (C. A. 71078; Sentencia de fecha 31/08/2021), en las que el Supremo Tribunal declaró la inconstitucionalidad de los arts. 21, 24 y 63 del Cód. Fiscal.

En las actuaciones se había declarado la extemporaneidad del recurso de apelación interpuesto por la firma, por lo que el trámite había continuado con la queja opuesta por la responsable solidaria. Asimismo, "Distribución Masiva" había informado en los autos la suscripción a un plan de pagos.

El Contador Crespi, como instructor de la causa, manifestó la necesidad de alterar el orden de los agravios introducidos por la responsable solidaria en razón de los cuales controvertía la constitucionalidad de la responsabilidad solidaria que le había sido extendida. En este sentido, dijo que la Corte

local había tratado la cuestión *in re* "Toledo, Juan Antonio c/ARBA", concluyendo sobre la inconstitucionalidad e inaplicabilidad de los arts. 21, 24 y 63 del Cód. Fiscal. En cuanto al punto en discusión, manifestó que el Alto Tribunal en la causa mencionada, había analizado el régimen del Código Fiscal advirtiendo —entre otras cosas— que el sistema operaba de manera objetiva al prescindir de la necesidad de que el Fisco acreditara la culpa o dolo del sujeto al momento de su extensión, al ser suficiente la mera acreditación de la representación legal o del cargo ejercido en el órgano de administración de la firma. De esta forma, la única causal de exculpación prevista en el art. 24 del Cód. Fiscal "...haber exigido de los sujetos pasivos de los gravámenes los fondos necesarios para el pago y que éstos los colocaron en la imposibilidad de cumplimiento en forma correcta y tempestiva", operaba tan rígidamente en el contexto descrito, que quedaba neutralizada.

El Contador Crespi advirtió también que la Corte local había contrastado el régimen local con el normado en la ley 11.683 en lo referente al modo de hacer efectivo el reclamo: subsidiariamente en el primero de ellos y simultáneo en el local. Finalmente, también resaltó que la imputación era realizada en forma automática a todos los miembros del directorio sin atender, mínimamente, a las funciones asignadas y desempeñadas por cada uno de ellos, siendo que esta cuestión estaba directamente relacionada con la valoración de su conducta.

Crespi entendió que la Corte había consolidado su doctrina en esta materia al fallar en los 3 antecedentes mencionados, por lo que su aplicación al presente caso devenía procedente.

En consecuencia, hizo lugar al recurso interpuesto y dejó sin efecto la responsabilidad solidaria extendida a la recurrente.

El Dr. Carballal disintió con esta postura. Para ello brindó los siguientes argumentos: 1.- La responsabilidad solidaria tiene un fundamento estrictamente recaudatorio; 2.- Las particularidades del aspecto subjetivo de la obligación tributaria, de la capacidad jurídica tributaria, generan la necesidad de contar con responsables por deuda ajena en orden a asegurar el efectivo ingreso de los tributos a las arcas fiscales. En este aspecto, agregó que para el caso de los dirigentes de sociedades comerciales existe un fundamento vinculado a la idea de compromiso social, a los principios de cooperación con la economía pública y el bienestar general; 3.- Uno de los límites a los que debe someterse cualquier organización es el interés público en tanto dirigir una empresa privada supone algo más que el objetivo de lucro; 4.- El accionar de toda empresa deviene de las voluntades de sus directores o a quienes estos hayan delegado determinadas funciones y cuando producto de aquellas voluntades se produce un incumplimiento a sus obligaciones legales, es de "clara justicia" que quienes decidieron incumplir respondan personalmente por sus consecuencias; 5.- Las reglas de la responsabilidad tributaria deben buscarse en fuentes propias ya que la naturaleza del instituto no debe entenderse desde una visión civilista (que lo relaciona a la fianza)

ni penalista (que lo interpreta como de naturaleza represiva). Su marco es entonces la “Teoría General del Hecho Imponible”; 6.- No debe perderse de vista que el elemento subjetivo se encuentra ínsito en la solidaridad que encuentra explicación en el vínculo jurídico, legal o convencional, constituido por la administración de la sociedad.

Carballal consideró que había quedado probado en las actuaciones mediante la documentación pertinente (constitución societaria, memoria del directorio, actas de asamblea y directorio, balances), el ejercicio de la función de administración por parte de la apelante, función que, por otra parte, no había sido discutida por ella.

Destacó, del mismo modo, el carácter de subsidiariedad que tiene la responsabilidad en tanto el Fisco puede demandar la deuda tributaria en su totalidad al contribuyente como a los responsables solidarios, o a todos de manera conjunta. “El responsable tributario tiene una relación directa y a título propio con el sujeto activo, de modo que actúa paralelamente o al lado del deudor, pero no en defecto de este”, aseveró.

Sostuvo que la mencionada jurisprudencia de la Corte local no era aplicable al presente caso en la medida que el pretendido aspecto subjetivo que los fallos reclamaban, se encontraba presente en las actuaciones habida cuenta que, de la lectura del recurso interpuesto, surgía de que la recurrente había decidido el obrar tributario de la empresa.

Ahora bien, en materia sancionatoria —art. 63 del Cód. Fiscal— señaló su coincidencia con la doctrina que surge del antecedente “Toledo”, por lo que declaró inoponible la norma en el presente caso, por alterar el principio de la personalidad de la pena. Recordó que las infracciones tributarias tienen naturaleza penal y en esa medida, le eran aplicables los principios que rigen el derecho penal, “sobre todo aquellos de rai-gambre constitucional”.

La Dra. Ceniceros coincidió con los extremos expuestos por el Dr. Carballal. Entre otras cuestiones dijo que “...puede admitirse que razones de celeridad y economía procesal en sí mismas, abastecan una decisión que recurra a la aplicación de oficio del fallo en cuestión, sobre todo si se puede advertir por la composición del tribunal superior una tendencia creciente a la consolidación del criterio sentado para otros casos a futuro. Sin embargo, entiendo que la cuestión a resolver, dado que se echa por tierra el régimen local, exime máxima prudencia en lo que refiera al acatamiento irrestricto por parte de este tribunal”.

Así las cosas, recordó algunos precedentes de las Cámara en lo Contencioso Administrativo que habían ratificado la constitucionalidad del régimen de responsabilidad solidaria local: “La solidaridad tributaria persigue fines de orden público, no resulta una decisión legislativa exorbitante o extraña al derecho común (...) es una técnica normativa destinada a asegurar el cumplimiento de obligaciones emergentes del tráfico jurídico, privado y público (del Voto de Ana M. Bezzi, en Koshiba s/Apremio, CCASM del 09/05/2016).

En “Yell Argentina SA c/Tribunal Fiscal” de la Cámara en lo Contencioso Administrativo de La Plata del 02/12/2014, unánimemente se votó sobre la armonía entre el art. 21 del Cód. Fiscal y la ley 19.550 diciendo: “El órgano de dirección, en tanto es responsable de la conducta fiscal del ente societario, impregna la responsabilidad solidaria de sus integrantes, en la medida en que ello conlleve una hipótesis de responsabilidad suya en el ejercicio del desempeño societario...” (Voto del Dr. De Santis).

En este contexto, la Dra. Ceniceros recordó su posición *in re* Faesca SA del 14/0/05 cuando dijo que: “el nacimiento de un nuevo centro de imputación de la responsabilidad, no implica que la personalidad societaria se transforme en una herramienta jurídica que pueda servir para incumplir las distintas obligaciones que las leyes imponen, sea que se trate de la propia ley de sociedades, de la ley penal tributaria, de las leyes nacionales o las provinciales”. Agregó que el instituto en discusión tiene como fines asegurar la recaudación necesaria para el cumplimiento de los fines del Estado y que el legislador local entendió que los responsables solidarios son los verdaderos ejecutores de la actividad de la empresa y por eso los ha colocado a la par, deviniendo entonces en solidaria, ilimitada no subsidiaria. En este último aspecto, señaló que aún la justicia nacional no ha encontrado óbice la inclusión de todos los obligados, directos o responsables solidarios, en el mismo procedimiento de determinación impositiva, sin perjuicio de que *a posteriori* el Fisco establezca una prelación para la ejecución de la deuda.

Respecto de la crítica dirigida a la necesaria constatación del elemento subjetivo, señaló que la norma local no era ni automática ni objetiva, en tanto los representantes podían acreditar haber exigido a la sociedad el pago de los impuestos y que ella los colocó en la imposibilidad de hacerlo. Concluyó que esta fórmula debe ser interpretada por el juez a la luz de los hechos del caso y las probanzas traídas. “En estos casos la acción negligente ante el incumplimiento de la obligación se caracteriza por la previsibilidad de las consecuencias derivadas de su acción o inacción, la posibilidad que tiene el presunto responsable de evitarla y la manifestación de una conducta en contrario”.

La Dra. Ceniceros votó por la confirmación de la responsabilidad solidaria luego de haber analizado el contenido del recurso de apelación interpuesto y las probanzas acercadas a las actuaciones y especialmente, el tipo social elegido para el desarrollo de la actividad. Del mismo modo, y por los mismos fundamentos que el Dr. Carballal, dejó sin efecto la sanción aplicada.

Ingresos brutos. Atribución de resultados. Realidad económica

Comisión Plenaria del Convenio Multilateral. Resolución C.P. N° 8/2021. “Banco Industrial SA c/ Provincia de Buenos Aires”, 14/12/2021

En el caso bajo comentario, se debatió el criterio de asignación de resultados utiliza-

do por la entidad bancaria en el marco del Convenio Multilateral (CM). El Fisco bonaerense cuestionó a este y el caso fue llevado a la Comisión Arbitral.

Este organismo resolvió la contienda a favor de la Provincia, lo que provocó la apelación ante la Comisión Plenaria.

En este contexto esta última expuso que respecto de las cuentas relacionadas con operaciones entre entidades financieras, con títulos públicos, con fideicomisos financieros y obligaciones negociables, el procedimiento de atribución de los resultados a las distintas jurisdicciones empleado por el Banco Industrial S.A. pareciera que responde al criterio del lugar de concertación de las operaciones que, aparentemente sería la CABA.

La Comisión Plenaria entendió que dicho criterio violenta el principio de la realidad económica dado que la atribución debe realizarse al lugar en que se haya hecho efectiva la prestación, independientemente de donde se realizó el negocio jurídico y la concertación de la operación.

Así, cuando se trata de los resultados de las cuentas en cuestión, ya sea positivos o negativos, estos se originan por la colocación de fondos o por la captación, que, salvo prueba en contrario, están relacionados con la entidad financiera en su conjunto, es decir, tanto de la sede central como de sus sucursales o filiales habilitadas, y no del lugar donde se ha efectuado la concertación o registración de las operaciones.

Por ello, si es posible contar con la información para atribuir con certeza los resultados de estos conceptos, estos deben ser atribuidos a las jurisdicciones conforme a lo previsto en el CM, pero la falta de elementos precisos que permitan realizar la asignación directa a cada jurisdicción, se debe recurrir al prorrateo de estos mediante la utilización de un parámetro lógico resultante de las demás atribuciones realizadas por el propio contribuyente dentro del cálculo de la sumatoria y, en ese sentido, se entiende razonable la metodología empleada por la provincia de Buenos Aires.

Para el caso de las cuentas relacionadas con préstamos prendarios e hipotecarios y relacionados con intereses, la Comisión Plenaria estableció que no obran en las actuaciones elementos para realizar una atribución con certeza; por ello se debe adoptar un parámetro lo suficientemente representativo, y respecto del utilizado por la jurisdicción simplemente se puede observar que es una presunción que ha utilizado conforme a las facultades que su legislación le permite, motivo por el cual corresponde no hacer lugar a la pretensión de la entidad accionante.

Finalmente advierte que no se dan los requisitos de aplicación del Protocolo Adicional.

Tasa de seguridad e higiene. Prestación efectiva

JContencioso administrativo Nro. 1, La Plata, “Distribuidora 520 Cooperativa de Trabajo Limitada c/ Municipalidad de La Pla-

ta s/ pretensión restablecimiento o reconoc.”, 21/02/2022, TR LALEY AR/JUR/17115/2022

En el precedente indicado, se discutió una vez más sobre la validez de los requisitos para el cobro de la tasa municipal de seguridad e higiene.

La actora sostuvo que correspondía que se devuelvan las sumas ingresadas por la tasa ya que no se había prestado el servicio de manera alguna.

El juzgador consideró que al momento de contestar el informe solicitado, y en plena etapa probatoria la Municipalidad demandada no acreditó la efectiva prestación del servicio al contribuyente.

Por ello, no se exhibe un plexo probatorio que permita discernir el acontecimiento del hecho imponible que habilita el nacimiento del tributo municipal.

Así la cuestión se desplaza hacia la órbita de la distribución de la carga probatoria.

Remarca que con el *holding* de la causa “Quilpe” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos 335:1987 sent. del 9/10/2012), este extremo quedó zanjado inexorablemente, y en abono de esa postura, la Suprema Corte Provincial, siguió similar rumbo, en los precedentes “Automóvil Club Argentino c/Municipalidad de La Plata” (B. 63.745” sent. del 29/12/2020 y “Capaccioni, Roberto Luis c/Municipalidad de Coronel Rosales” A.73.508 sent. del 24/02/2021.

Agrega que haciendo propio el temperamento adoptado por la SCBA —doctrina legal— y en franca aplicación de la doctrina de la distribución dinámica de la carga de la prueba, es indudable que la Municipalidad de La Plata se encontraba en mejores condiciones para demostrar el cumplimiento de su actividad —prestación del servicio de inspección en el local de la actora— mediante todo tipo de pruebas. Desde ese mirador, encomendar al contribuyente que pruebe la falta de prestación del servicio constituiría una exigencia procesal de imposible cumplimiento que frustraría el derecho sustancial.

Se entiende que los pagos que efectuara oportunamente la actora por ese concepto, y que fueron reconocidos por la demandada, se encuentran desvinculados de la realización de la actividad que activa la imposición y exigibilidad de la tasa por inspección de seguridad e higiene, correspondiendo reconocer el derecho de la actora a su repetición.

En materia de intereses se resuelve que en tanto la parte actora no ha formulado demanda de repetición en sede administrativa, y ha exteriorizado su impugnación en relación con la legitimidad de la tasa por inspección de seguridad e higiene del período año 2009 y solicitado la devolución de lo abonado por tal concepto, directamente en sede judicial, el momento de inicio del devengamiento de los intereses sobre las sumas a repetir se sitúa en la oportunidad de notificación de la demanda a la Municipalidad de La Plata.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/1083/2022

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

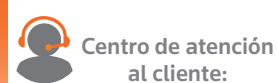
Editores:

Nicolás R. Acerbi Valderrama
Flores Candia

Elia Reátegui Hehn
Marlene Slattery

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

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



0810-266-4444