



Eficacia temporal del nuevo escalafón arancelario de la mediación bonaerense en particular, con proyección a los abogados en general

Juan F. Gouvert (*)

SUMARIO: I. A modo de introducción. — II. Eficacia temporal del nuevo decreto regulador de la mediación bonaerense. — III. A modo de epílogo.

Tempus imperator rerum. (“El tiempo rige todas las cosas”). Proverbio latino

I. A modo de introducción

Nuevamente, como en otras ocasiones(1), concita mi atención la inagotable y fecunda dialéctica entre derecho y tiempo, el siempre provechoso cavilar reflexivo sobre la relación entre el orden jurídico y el ineludible —y necesario— prisma temporal donde rige, regirá o rigió. El precepto legal y el hecho al cual está dirigido deben imperiosamente especificar cuándo se aplica la norma; más llano, desde cuándo, hasta cuándo y durante cuánto rige, especificando qué porción de realidad jurídico-fáctica es capturada por la ley. La determinación temporo-espacial de la norma es consustancial para su operatividad (2).

El derecho como suceso imperativo rige las distintas etapas cronológicas del magma fáctico al cual va dirigido, estableciendo un diálogo jurídico con cada una de ellas según la aplicabilidad jurídico-temporal que ostente. Es así que la normativa, según proyecte su operatividad para el pasado, presente o futuro, tendrá un alcance y obligatoriedad diferente respecto de cada porción de realidad llamada a regir y con el resto del plexo jurídico coexistente. Por eso, como expone Roubier: “El tiempo se descompone en tres momentos: presente, pasado y futuro. Por esta razón, hay tres posiciones posibles para la aplicación de una ley en el tiempo: ella puede tener efectos retroactivos si su aplicación se remonta al pasado; tiene efectos inmediatos si se aplica prontamente en el presente; tiene efectos diferidos si viniendo del pasado, se proyecta al futuro siendo que otra ley la ha sustituido” (3).

La delimitación temporal y fáctica de las conductas que rige una norma es esencial para su eficacia y presupuesto basal para su correcta interpretación y funcionamiento consigo misma y con el resto del orden jurídico-

co; pues antes de realizar cualquier silogismo legal es necesario saber a qué fracción temporal de realidad comprende la ley y en qué condiciones.

Como otrora estableciera el art. 3º del Digesto Velezano —según ley 17.711— y actualmente recoge el art. 7º del Cód. Civ. y Com., las normas rigen hechos, relaciones y situaciones jurídicas que en muchos casos no son instantáneos, sino que configuran sucesiones de hechos, conductas, actos y consecuencias que se producen a lo largo del tiempo, y aquí es cuando se plantea la dificultad: cuando se trata de hechos, relaciones o situaciones *in fieri*, o que no se agotan instantáneamente (4), sino que duran en el tiempo, o cuya realización, ejecución, liquidación o consumación demandan tiempo, por lo que, en parte —al inicio, al concertarse o al nacer— caen bajo el imperio de una norma, y en parte o partes —al realizarse las prestaciones o agotarse las consecuencias o los efectos de aquellas relaciones o situaciones jurídicas, de la o las siguientes o sucesivas—, caen en otras (5).

Va de suyo que todo se complica porque no siempre aparecen nítidas las fases del *factum* que debe ser legislado por la norma (6), porque más allá de que a la situación y relación jurídica le quepan las mismas reglas, varía para la vigencia de la ley la ocurrencia y eventual agotamiento de las consecuencias del hecho a regular, o sea, las derivaciones o efectos que reconocen su causa eficiente en tales relaciones o situaciones jurídicas. Es muy importante entonces detectar qué tramos del desarrollo de la relación jurídica están o no cumplidos para establecer la eficacia temporal de la novel legislación.

No se nos escapa que la cuestión de la eficacia temporal del orden jurídico está intrínsecamente unida al principio de legalidad que supone que toda normativa debe ser, en este caso, clara y debe brindar certeza acerca de

su vigencia en el tiempo, ya sea respecto a la nueva ley en sí misma como respecto al resto del orden jurídico que innova.

Por ello, si por una deficiente técnica legislativa u otros factores la aplicabilidad cronológica de toda normativa causa potenciales incertezas, la problemática se agrava si modifica el siempre sensible terreno de los honorarios profesionales, porque repercute directamente en la valía económica por la labor desplegada (7).

II. Eficacia temporal del nuevo decreto regulador de la mediación bonaerense

II.1. La modificación, sus antecedentes y alcances económicos

El dec. 43/2019 (8) dictado por la gobernadora bonaerense establece en su anexo la nueva reglamentación de la Ley de Mediación Provincial 13.951 (9), derogando las anteriores (10), teniendo como principal (11) característica una nueva escala arancelaria ostensiblemente inferior, y establece en su art. 5º que la normativa entrará en vigencia a partir del 1 de febrero de 2019.

Tratándose el trabajo del mediador de un hecho que se prolonga en el tiempo, ante la posible incerteza que puede aparejar una redacción imprecisa respecto de su entrada la vigencia y existiendo una marcada diferencia económica entre el monto y unidad de retribución entre la actual reglamentación —dec. 43/2019 (12)— y la anterior —dec. 2530/2010—, resulta oportuno brindar algunas precisiones de la eficacia temporal del nuevo escalafón arancelario, tomando como punto de partida la fecha de vigencia, acerca de la eficacia y delimitación temporal entre ambas reglamentaciones. Algunas consideraciones previas.

Más allá de las resistencias y críticas de muchos mediadores que suscitó el texto de la nor-

mativa (13) e inclusive proyectos anteriores similares (14), y concediendo la necesidad de corrección de cierta desproporcionalidad (15) del estipendio del mediador con los demás profesionales, hago notar la desacertada (16), ineficaz y contradictoria decisión política de abandonar el patrón de retribución del mediador en *jus* arancelario —actualizable periódicamente por la Suprema Corte de Bs. As.— para expresar actualmente los emolumentos en una suma fija en pesos “readecuable” por la autoridad de aplicación según la variación proporcional del *jus* (17), justamente la unidad arancelaria que se eligió marginar para tasar primariamente la mentada labor del profesional.

Finalmente, destaco que el sistema de retribución del mediador en *jus* arancelarios adoptado primigeniamente por el dec. regl. 2530/2010, cuya fundada defensa fue motivo inclusive de anteriores trabajos (18), estuvo vigente cinco años (19) y cumplía con el requisito de “suma fija” que manda el art. 31 de la ley 13.951, pues el *jus* arancelario aplicable siempre se traduce en una suma fija en pesos al momento de hacer exigible el pago, y no mereció críticas en tal parcela durante ese plazo de vigencia aunque conllevó, reitero, cierta inequidad con la variación de la unidad arancelaria. Tal vez, y como puro ejercicio contrafáctico, la eventual conservación de ese sistema reduciendo las respectivas unidades arancelarias en el escalafón remunerativo, hubiera preservado la protección contra la desvalorización monetaria y corregido las inequidades apuntadas.

II.2. Delimitación temporal de la vigencia del escalafón arancelario del nuevo dec. 43/2019

Con piso de marcha que el art. 5º de la normativa establece su vigencia a partir del 1 de febrero de 2019, nos proponemos definir la concreta eficacia temporal de su escalafón arancelario delimitada de la anterior reglamentación.

DOCTRINA

Eficacia temporal del nuevo escalafón arancelario de la mediación bonaerense en particular, con proyección a los abogados en general

Juan F. Gouvert.....1

NOTA A FALLO

Caducidad de la instancia, privación de libertad y omisión de cuestión esencial

Toribio E. Sosa4

Las limitaciones al poder de policía

Javier I. Barraza6

JURISPRUDENCIA

CADUCIDAD DE INSTANCIA. Privación de libertad del accionante en un juicio de daños. Planteo respecto de la dificultad de firmar escritos. Confirmación de la sentencia que declara la perención (CCiv. y Com., San Martín)4

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE ORDENANZAS MUNICIPALES

Prohibición del uso de pirotecnia en una localidad de la provincia de Buenos Aires. Inconstitucionalidad de la ordenanza. Poderes concurrentes. Poder de policía en materia de salubridad y tranquilidad pública. Ponderación de la prohibición absoluta frente a una conducta lícita (SC Buenos Aires)5

ACTUALIDAD

Actualidad en derecho previsional

Rafael E. Toledo Ríos.....6

Estimamos que los honorarios —mínimos— del mediador están estipulados legalmente, estando en presenta de relaciones y situaciones de origen legal previstas en el primer párrafo del art. 7º del Cód. Civ. y Com., que tendría las siguientes reglas para determinar la eficacia temporal de la ley: a) Constitución, extinción y efectos ya producidos al momento de la entrada en vigencia de la nueva ley: regidos por la vieja ley. b) Constitución en curso, extinción aún no operada, efectos aún no producidos, aplicación inmediata de la nueva ley (20). Entonces, partiendo de la fecha de vigencia de la nueva normativa —01/02/2019—, establecer cuándo fueron

realizadas las labores del mediador bonaerense es vital para establecer la aplicación de la anterior escala arancelaria —art. 27, dec. 2330/2010— o la actual —art. 27, dec. 43/2019—.

Es obvio que las mediaciones iniciadas el 01/02/2019 entran en el grupo b) aludido y les será aplicable el marco regulatorio del art. 27 del nuevo dec. 43/2019, atento a que riga la aplicación inmediata de la nueva ley porque se trata de relaciones y situaciones en curso con efectos aún no producidos (21).

Descantando las regulaciones firmes con la anterior normativa por tratarse de situa-

ciones jurídicas consolidadas, los trabajos del mediador cumplidos total —mediaciones cerradas— o parcialmente —mediaciones abiertas— antes del 01/02/2019 con la anterior reglamentación entran en el grupo a) y les es aplicable el escalafón arancelario del anterior dec. 2530/2010, pues se trata de relaciones jurídicas ya constituidas y por ende consumadas (22), o que al menos tienen efectos ya producidos con la anterior ley al momento de la entrada de la nueva. Se trata, en definitiva, de la aplicación del principio de que los trabajos ya cumplidos están regidos por la ley vigente al tiempo en que se desarrollaron o que, agregado, al menos empezaron a cumplirse y/o tuvieron principio de ejecución.

Lo expuesto halla respaldo en recientes fallos de las cimeras cortes de la provincia de Buenos Aires y de la Nación. Veamos.

Sucede que la sanción de nuevas leyes de honorarios profesiones en la provincia de Buenos Aires y en el ámbito nacional obligó a las respectivas cortes a expedirse de que ley es aplicable a trabajos que se realizaron con una normativa, pero al regular su retribución cambia el marco legal. Exponemos las resoluciones por orden cronológico.

En la provincia de Buenos Aires se sancionó la ley 14.967 (23) de Honorarios Profesionales, que derogó el año dec.-ley

{ NOTAS }

(*) Abogado y mediador (ME033). Diploma de honor (USAL). Especialista en Derecho Penal de la UBA. Autor de más de noventa artículos sobre Derecho Penal y Procesal Penal. Autor del libro: “Reformas del proceso penal bonaerense: comentario práctico de las leyes 13.943, 13.954 y 14.128 reformativas del ritual punitivo bonaerense”, Scotti, Buenos Aires, 2010. Comentarios a jfgouvert@hotmail.com.

(1) Sobre el tópico, ver de mi autoría: GOUVERT, Juan F., “Plazo razonable para ser juzgado en sede penal: críticas y cavilaciones”, ED 233-1010; “Comentario a las últimas modificaciones en los actos y plazos del Ritual Penal Bonaerense”, EDPE, 09/2010-20; “El plazo razonable en la prisión preventiva”, Ed. La Ley, 04/09/2007, ps. 1-3; “Reflexiones, reparos y propuestas sobre la razonabilidad del plazo para ser juzgado en los Ritos Penal Nacional y de la Provincia de Buenos Aires”, La Ley del 16/09/2009, ps. 2613/2619; “Glosas prácticas a las reformas en los actos y plazos del proceso penal bonaerense”, *La Ley Buenos Aires*, año 17, nro. 6, julio de 2010, ps. 609-620; “Derecho y tiempo”, *El Derecho Legislación Argentina* (EDLA), 23/08/2013, Boletín nro. 15, sección doctrina, ps. 7 y ss.; “La insubsistencia de la acción ante la irrazonable duración del proceso penal”, ED 271-686; “El cómputo de la prescripción de la acción penal en el concurso ideal de delitos. La doctrina legal de la Suprema Corte Bonaerense”, *La Ley Buenos Aires*, año 24, nro. 4, marzo de 2017 y “Valoración de la conducta defensiva en la determinación de la afectación al derecho a ser juzgado en plazo razonable en un fallo reciente de la Corte Suprema de la Nación”, ED, diario de doctrina y jurisprudencia, nro. 14.372, año LVI, ED 276, miércoles 21 de marzo de 2018, ps. 1-7. En especial, recomiendo “Derecho y tiempo”, cit.

(2) “Las normas jurídicas tienen una eficacia limitada en el espacio y en el tiempo. Como sucede con cualquier otra realidad humana, surgen en un determinado momento y se extinguen en otro” (conf. HÉRON, Jacques, “Principes du droit transitoire”, Dalloz, París, 1996, p. 5. Ver CLARIA, Enrique L. - CLARIA, José O., “Ámbito de aplicación temporal de la ley”, ED 56-785).

(3) ROUBIER, Paul, “Le droit transitoire (Conflits des lois dans le temps)”, Dalloz et Sirey, París, 1960, 2ª ed., p. 9.

(4) La primera frase del art. 7º del Cód. Civ. y Com. dice: “A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican aún a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes”. Pero ¿qué quieren decir las expresiones situación y relación jurídica? ¿Son intercambiables? Se explica que “Roubier eligió la palabra ‘situación’ por considerarla más amplia que relación, porque esta se reduce a un vínculo directo entre dos personas, mientras que aquella puede ser también unilateral y es oponible a toda persona”. Borda afirmó que la mención de ambas expresiones en el texto tuvo por objetivo que ningún derecho escape a la regla de la aplicación inmediata de la nueva ley. Explicó que “[r]elación jurídica es la que se establece entre dos o más personas, con carácter particular, esencialmente variable; es un vínculo jurídico entre dos o más personas, del cual emanan deberes y derechos. Las más frecuentes son las que nacen de la voluntad de las partes: contratos, testamentos. Situación jurídica es la posición que ocupa un sujeto frente a una norma general; o sea genera derechos regulados por ley (y no por la voluntad de las partes) que son uniformes para todos. Es objetiva y permanente; los poderes que de ella derivan son susceptibles de ejercerse indefinidamente, sin que por ello desaparezca la situación o poder; está organizada por la ley de modo igual para

todos (por ejemplo, el derecho de propiedad, y, en general, todos los derechos reales, la situación de padre, hijo, etc.)”. A los efectos de la aplicación de la ley en el tiempo, el Cód. Civ. y Com., al igual que la ley 17.711, equipara las expresiones situaciones y relaciones jurídicas. En consecuencia, todo lo que se dice de una, se afirma de la otra (conf. “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, t. I, Título Preliminar y Libro Primero, arts. 1º a 400, ps. 22 y ss.).

(5) Conf. “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, t. I, Título Preliminar y Libro Primero, arts. 1º a 400, ps. 22 y ss.

(6) Lo importante no es la distinción entre situación y relación jurídica, porque ambas se rigen por las mismas reglas, sino las fases en las que estas se encuentran al momento de la entrada en vigencia de la nueva ley. Efectivamente, Roubier sostuvo que toda situación jurídica pasa por dos fases: una fase dinámica, que corresponde al momento de su constitución y de su extinción, y una fase estática, que se abre cuando esa situación produce sus efectos. ¿Qué son las consecuencias? Las consecuencias son las derivaciones o efectos que reconocen su causa eficiente en las relaciones o situaciones jurídicas. Conf. “Código Civil y Comercial de la Nación”, ps. 26 y ss.

(7) Talla aquí el innegable carácter alimentario de la retribución del abogado (conf. art. 1º ley 14.967 de la prov. de Buenos Aires, art. 3º de la ley nacional 27.423).

(8) BO del 31/01/2019.

(9) Conf. art. 1º decreto comentado.

(10) Conf. el 4º derogar los decs. 2530/2010, 132/2011 y 359/2012, y en muestra de una deficiente técnica legislativa “...y todo aquel que se oponga al presente”.

(11) Ciertamente el dec. 43/2019 no tiene mayores diferencias, salvo la apuntada y no menor, con la pasada reglamentación que abole. Para todos los cambios consultar “Provincia de Buenos Aires: cuáles son los cambios en los honorarios para mediadores”, disponible en <https://www.erreius.com/opinion/15/procesal/Nota/205/provincia-de-buenos-aires-cuales-son-los-cambios-en-los-honorarios-para-mediadores>.

(12) Sintéticamente, en el art. 31 del actual dec. 43/2019, se establece que al mediador le corresponderá una determinada cantidad de pesos dependiendo del monto del acuerdo, a diferencia que el mismo artículo del dec. 2530/2010 que establecía como parámetro de retribución el *ius* arancelario que periódicamente es actualizado por la Corte Suprema de la Provincia de Bs As. tomando como base el 1% salario mensual de un juez de 1ª instancia (conf. art. 9º ley 14.967, tomado casi al pie de la letra —solo se cambiaron los años de antigüedad del salario usado como patrón— del sistema otrora contemplado en el art. 9º del anterior dec.-ley 8904/1977). Similar sistema de actualización receptó recientemente la Ley de Honorarios Profesionales de Abogados, Procuradores y Auxiliares de la Justicia Nacional y Federal en cuyo art. 19 de ley 27.423 creó la Unidad de Medida Arancelaria (UMA) —equivalente al tres por ciento [3%] de la remuneración básica asignada al cargo de juez federal de primera instancia— cuyo valor determina la Corte Suprema de la Nación.

(13) Por un ejemplo el Centro de Mediación del Colegio de Abogados de Mar del Plata expresó: “reiteramos nuestro repudio a este instrumento que parecería indudablemente pergeñado por detractores de la mediación, que viene a desbaratar derechos alimentarios de los abogados especializados en mediación y conspira contra el éxito y calidad de la misma” (disponible en <http://institutoscamdp.com.ar/>

mediacion/2019/02/04/el-decreto-43-19-es-acaso-un-avance-en-la-reforma-judicial-de-la-provincia/). La asociación de mediadores bonaerense Encuentro de Mediadores Asociación Civil (EMAC), una vez publicado el decreto expresó en su página de Facebook el 12/02/2019: “Siguiendo lineamientos que planteamos oportunamente con respecto del proyectado dec. 964, que se frustrara y es el origen del presente (casi copia fiel) expresamos nuestro total repudio, rechazo y oposición al dec. 43/19 modificatorio del dec. 2530/10, en el cual se disminuyen indiscriminadamente la retribución (honorarios) estipulados para nuestra tarea profesional, reiteramos las retribuciones (honorarios) de los mediadores tienen carácter alimentario”. <https://www.facebook.com/encuentrosdemediadores>, ver entrada del 12/02/2019).

(14) La asociación de mediadores bonaerense “Encuentro de Mediadores Asociación Civil” (EMAC) publicó una carta impulsando la no publicación de un decreto similar en la página Change.org en estos términos: “Los aquí firmantes Abogados-Mediadores matriculados de la Provincia de Buenos Aires, nos dirigimos a Ud., en su carácter de titular del Ejecutivo Provincial y firmante del decreto 964/2018, que se circularizara antes de su publicación en el Boletín Oficial, siguiendo lineamientos consensuados con la mayoría de los Mediadores de la Provincia de Buenos Aires, planteándole nuestro total repudio, rechazo y oposición. No solo es un atentado a nuestro derecho alimentario, sino que atenta contra la sustentabilidad del sistema Mediación Prejudicial en la Provincia, que tanto éxito ha tenido en estos últimos años. La disminución de la retribución que percibe el Mediador Prejudicial de la Provincia, hasta llegar a ridiculizarla, provocará un serio deterioro en la calidad del servicio que se debería brindar a la sociedad toda” (conf. petición “Repudiamos la baja de los honorarios de los mediadores de la prov. de Bs. As.”, disponible en <https://www.change.org/p/gobernadora-de-la-provincia-de-buenos-aires-repudiamos-la-baja-de-los-honorarios-de-los-mediadores-de-la-prov-de-bs-as?signed=true>). Destaco que la petición cosechó casi 1400 firmas positivas, número alto si consideramos que los mediadores bonaerenses no superan los 2000 aproximadamente.

(15) La desproporción del entre el salario del mediador se daba en las escalas monetarias inferiores y medias mediador el anterior régimen —acuerdos hasta a \$80.000 pesos—, pero en las escalas superiores —acuerdos mayores a \$80.000 pesos— se reducía notoriamente o directamente desaparecía tal inequidad entre los emolumentos del mediador y de los abogados.

(16) Sobre la acertada tendencia de fijar en unidad arancelaria los honorarios profesionales expresé: “Al igual que la histórica unidad arancelaria que mensuró y mensura el labor de los abogados bonaerenses, además del pago de su matrícula profesional y la de los mismos mediadores provinciales; como medio eficaz para combatir la habitual y perenne inflación patria, mantener el poder adquisitivo de la moneda y *garantizar el indubitable carácter alimentario del estipendio*, la remuneración de los mediadores bonaerenses se establece en *ius* arancelarios cuyo monto fija periódicamente la Suprema Corte vernácula teniendo como parámetro el sueldo de un magistrado”. “Similar sistema fue adoptado últimamente por la significativa ley 27.423 de Honorarios profesionales de abogados, procuradores y auxiliares de la justicia nacional y federal que instituye la Unidad de Medida Arancelaria (UMA) cuyo valor ya fue fijado, no sin polémica, por la Corte Suprema de la Nación...”. “Marginando la inconveniencia del sistema de montos fijos en pesos que opta la mediación en Capital Federal por la rápida desactualiza-

ción del estipendio con potencial desincentivación de la actividad, *si tres de las circunscripciones territoriales que concentran la mayor cantidad de letrados del país* —la bonaerense, la nacional (CABA) y la federal— *optaron por el sistema de unidad arancelaria de fijación monetaria periódica y creciente, es de notar que el sistema de retribución de los mediadores bonaerense apunta en la dirección acertada*” (conf. GOUVERT, Juan Fernando, “Actualidad jurisprudencial bonaerense sobre la aplicación del prorrateo a la retribución del mediador”, ED, diario de doctrina y jurisprudencia, jueves 9 de agosto de 2018, nro. 14.465, año LVI, ED 278, p. 1, es mío el destacado).

(17) Nobleza obliga, aunque el actual dec. 43/2019 establece: “La Autoridad de Aplicación podrá readecuar las sumas fijas previstas tomando como parámetro la variación proporcional del valor del *ius* arancelario”, pese a que abandonó explícitamente tal unidad como patrón de retribución. Consideramos que el carácter a priori facultativo de la supuesta actualización —se utiliza el verbo “podrá”— y su notoria imprecisión —no se especifica cómo se hará la supuesta “readecuación”—, la actual fórmula es insuficiente, inconveniente y cuanto menos ineficaz para combatir la habitual y perenne inflación patria preservar el poder adquisitivo moneda y *garantizar el indubitable carácter alimentario del honorarios del mediador* (conf. GOUVERT, Juan Fernando, “Actualidad jurisprudencial bonaerense...”, cit.). Debo decir que, si bien el actual régimen bonaerense brinda una retribución mejor que la de los mediadores de la Ciudad de Buenos Aires; sin embargo, esta modificación provoca el desconcierto de los profesionales mediadores abogados, porque con la inflación que sufre nuestro país esta nueva escala en pesos retrocede si lo comparamos con el viejo sistema de honorarios, tornando injusta la decisión, no solo por reducirlos, sino por utilizar una *moneda que se desactualiza constantemente*.

(18) Ver de mi autoría, “Honorarios del mediador bonaerense: su debate y validación jurisdiccional”, ED, diario de doctrina y jurisprudencia, nro. 14.211, año LV, ED 273, 28/06/2017, ps. 1 a 4; “Actualidad jurisprudencial bonaerense...”, cit., ps. 1-6.

(19) La mediación la provincia de Buenos Aires se puso en marcha aproximadamente en mayo del 2013. Es así que, “[c]onforme lo ordena el art. 15 inc. d) de la ley arancelaria vigente (14.967), el monto deberá estar expresado en la unidad arancelaria *ius*, cuyo valor definitivo se establecerá en el momento de hacerse efectivo el pago”, por lo que no corresponde consignar en el auto regulatorio ninguna equivalencia en pesos (CCiv. y Com. San Nicolás, sala I, expte. 31868 I, carátula: “Urquiza, Diego Martín s/ información sumaria”, 29/11/2018).

(20) Conf. “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, t. I, Título Preliminar y Libro Primero, arts. 1º a 400, p. 28.

(21) Conf. art. 7º, párr. 1º, Cód. Civ. y Com.

(22) La Suprema Corte ha dicho que “a la luz de la regla general establecida en su art. 7º, las leyes se aplicaran a partir de su entrada en vigencia aún a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, es decir que —al igual que el anterior ordenamiento— consagra la aplicación inmediata de la ley nueva, que rige para los hechos que están *in fieri* o en curso de desarrollo al tiempo de su sanción; lo que no puede juzgarse de acuerdo con ella son las consecuencias ya consumadas de los hechos pasados, que quedan sujetas a la ley anterior, pues juega la noción de consumo jurídico” (SCBA, 10/08/2016, “Zubiarrain, Raúl A. y otros c. Cámara de Senadores s/ demanda contencioso administrativa”).

(23) BO del 12/10/2017.

8904/1977 que regulaba —y regula— la materia. Si bien la nueva ley no establecía grandes innovaciones fundadas (24), el veto del Ejecutivo sobre su vigencia temporal (25) y, sobre todo, el cambio en la composición del *jus* arancelario (26), produjo que la Suprema Corte provincial fijara un criterio para los casos en que la tarea profesional se había llevado a cabo total o parcialmente durante la vigencia de la ley arancelaria ya derogada. Entonces, en el caso “Morcillo” (27), previamente aclarando que ante la entrada en vigor de un nuevo ordenamiento arancelario es necesario discriminar aquellas pasadas durante la vigencia del régimen anterior de las que se hicieron a partir de la operatividad del nuevo sistema (28), se estableció que “a los fines de la regulación de honorarios en este caso, en el que los trabajos se realizaron estando en vigor el dec.-ley 8904/1977, habrán de utilizarse las pautas y la unidad arancelaria (*jus*) allí instituida, por lo que la normativa derogada es aplicable para regular honorarios realizados durante su vigencia, por lo que la nueva ley rige para trabajos devengados durante su vigencia y no hacia el pasado” (29).

El criterio de “Morcillo” fue ratificado en forma reciente afirmando que “la regulación de honorarios de los abogados debe efectuarse según las pautas establecidas por la norma vigente en el momento en que fueron realizados los trabajos...” (30).

En el ámbito nacional, la Corte Suprema en el caso “Establecimiento Las Marías” (31) se pronunció en relación con la aplicación de la nueva Ley de Honorarios Profesionales de Abogados de la Justicia Nacional y Federal 27.423 (32) respecto de su predecesora 21.839 y su modificatoria, la ley 24.432. Los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Rosatti y Rosenkrantz consideraron con arreglo a lo decidido por ante situaciones sustancialmente análogas. “En el caso de los trabajos profesionales, el derecho se

constituye en la oportunidad en que se los realiza, más allá de la época en que se practique la regulación” (Fallos 321:146; 328:1381; 329:1066, 3148, entre muchos otros). Por ello, concluyen que nuevo régimen legal no es aplicable a los procesos fenecidos o en trámite, en lo que respecta a la labor desarrollada durante las etapas procesales concluidas durante la vigencia de la ley 21.839 y su modificatoria, la ley 24.432, o que hubieran tenido principio de ejecución (arg. art. 7º del dec. 1077/2017, considerandos referidos al art. 64 de la ley 27.423 y doctrina de CS, Fallos: 268:352; 318:445 —en especial considerando 7º—; 318: 1887; 319:1479; 323:2577; 331:1123, entre otros).

Queda claro el criterio consistente en que será aplicable el marco normativo regulatorio que rige cuándo los trabajos se realizaron o al menos tuvieron principio de ejecución, aunque tal normativa a la hora de la regulación esté derogada. Prevalece así la consideración de que, si los trabajos de los abogados se constituyeron, extinguieron o comenzaron a ejecutarse al momento de la entrada en vigencia de la nueva ley, son regidos por la vieja ley arancelaria.

En suma, el nuevo decreto de mediación 43/2019 no es aplicable a los procesos fenecidos o en trámite antes de su fecha de entrada en vigencia —01/02/2019—, siendo aplicable a tal porción temporal el viejo dec. 2530/2010 para determinar la retribución del mediador por las tareas desarrolladas o que hubieran tenido principio de ejecución durante las etapas procesales concluidas durante la vigencia de la anterior normativa (33). Así, en la actuación del mediador que se realizó o tuvo principio de ejecución estando en vigor el anterior dec. 2530/1930, o sea antes del 01/02/2019, en que entró en vigencia el nuevo, habrán de utilizarse las pautas y la unidad arancelaria (*jus*) allí instituida, o lo que es lo mismo, el nuevo decreto ha de

regir para trabajos devengados —realizados en su totalidad— desde el 01/02/2019 y no hacia el pasado (34).

II.3. Concepto de “trabajo” del mediador. Posibles criterios válidos. Objeciones y elección provisional. Cómo la jurisprudencia apuntada hace referencia al “trabajo” del profesional para establecer temporalmente la normativa aplicable

Al solo efecto de la delimitación de la eficacia temporal de la normativa aplicable, creo entender como “trabajo” del mediador a su intervención efectiva en la respectiva audiencia comprobada por el acta respectiva, porque es allí donde el profesional materialmente despliega fundamentalmente su quehacer y conocimientos, realiza su trabajo y es objetivamente comprobable con la respectiva acta. Como objeción a este parámetro temporal podría argumentarse —válidamente, por cierto— que el mediador interviene y trabaja mucho antes de la audiencia ya que recibe el sorteo, coordina y realiza las notificaciones, etc. (35).

Otro criterio igualmente válido para establecer la normativa que regirá los estipendios del mediador podría ser la objetiva fecha de sorteo del mediador estampada en la planilla de designación emitida por la receptoría de expedientes respectiva que en el plazo de 3 días debe ser presentado al mediador (36). En apoyo a esta tesis podría exponer que el mediador tiene derecho a cobrar honorarios si, estando ya notificado de su designación, el requirente desistiera de la mediación hasta el momento en que este cursara la primera notificación, o lo que es lo mismo, el profesional tiene derecho a honorarios sin haber efectivamente intervenido en la audiencia cumpliendo su rol (37).

Si bien el criterio de la fecha de sorteo ofrece ventajas prácticas porque se trata de una sola fecha cierta —data de la plani-

lla de designación expedida por la receptoría—, me inclino provisoriamente para determinar la eficacia temporal del escalafón remunerativo la intervención efectiva del mediador en la audiencia por ser hermenéuticamente más afín al concepto de “desarrollo del trabajo” descrito en las fallos expuestos y además, análogamente el labor el abogado es tasado por su efectiva actividad judicial, extrajudicial, administrativa o en trámites de mediación, y no por el mero hecho de tomar contacto con su cliente (38).

III. A modo de epílogo

La temática de los honorarios profesionales es siempre álgida porque entraña el ineludible carácter alimentario de los emolumentos, cuya cuantía está tasada legalmente. Trae rispideces toda innovación en su marco normativo. Empero, si la modificación legal viene inoculada con la usual técnica legislativa deficiente, el profesional ya no pugna solo por percibir su justa retribución, sino por elucidar qué marco normativo es aplicable.

Es diáfano cómo la incertez e imprecisión en la eficacia temporal de cualquier norma, y especialmente en el sensible tema de los honorarios, lesiona el basal principio de legalidad que sostiene todo orden jurídico. Si del mismo texto legal no se intenta acotar la posible polisemia de significados, o como aquí, determinar y deslindar su vigencia temporal con el resto del marco legal, se afectan las legítimas expectativas de claridad y seguridad jurídica que ostentan los destinatarios de tal modificación en particular y que deben resguardar el orden legal en general.

Empero, si los desbarros interpretativos por incorrecta, ambigua o imprevista redacción se constatan en el sistema punitivo (39), como lo expuse en anteriores artículos (40), no se extraña que se cons-

{ NOTAS }

(24) Para ver un resumen de las innovaciones, consultar <http://www.pensamientocivil.com.ar/doctrina/3266-nueva-ley-honorarios-abogados-y-procuradores>.

(25) El Ejecutivo vetó su art. 61, que decía: “Las disposiciones de la presente ley se aplicarán a todos los procesos en que, al tiempo de su promulgación no exista resolución firme regulando honorarios”. Ciertamente, si bien no hubiera evitado entuertos, la conservación del artículo hubiera dado pauta para aclarar la delimitación temporal entre ambos marcos regulativos.

(26) Ver cita nro. 12.

(27) SCBA, I-73016, “Morcillo, Hugo Héctor c. Provincia de Bs. As. s/ inconst. dec.-ley 9020”, 08/11/2017.

(28) Se expuso que en tal diferenciación “...el criterio adoptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del precedente que se registra en Fallos 319:1915 (mantenido en CS, Fallos 320:31; 2349 y 2756; 321:146; 330, 532 y 1757; 325:2250), frente a una norma arancelaria que —como la recientemente sancionada contenía normas de derecho transitorio; y que ha sido igualmente aplicado aún en la hipótesis en que la ley en cuestión dispusiera su aplicación a las acciones judiciales iniciadas con anterioridad a su entrada en vigencia (CS, Fallos 320:1796). Y si bien en algún caso (Fallos 327:60) se adoptó una posición distinta (v. también Fallos 329:94), lo cierto es que a partir de Fallos 329:1066 ha retornado a la línea de interpretación que aquí se propicia” (Fallos 329:1191 y 3148; causa A.367.XXXIII, “Almandos, Gustavo L. c. Superintendencia de Seguros de la Nación”, sent. del 02/03/2011 y Fallos 335:1348 —disidencias de los jueces Petracchi y Zaffaroni—). Por lo demás, dicho criterio se compadece con la línea hermenéutica sostenida en diversos precedentes de esta I-73016 —3— Suprema Corte, al resolver cuestiones similares (v.gr. causa A. 70.603, “Rolón”, sent. del 28/10/2015)”. En tal sentido, vale aclarar que lo decidido en Ac. 75.956

(“Fisco de la Provincia de Buenos Aires c. Pérez”; sent. del 28/12/2005) no es aplicable en la especie, toda vez que tal sentencia, además de haberse pronunciado al abrigo de la doctrina que por entonces propiciara la Corte nacional (Fallos 327:60, abandonada, según se ha visto, poco tiempo después, a partir de lo resuelto en Fallos 329:1066), tuvo en consideración el especial contexto de la normativa allí examinada (régimen de consolidación de deudas fiscales a cargo de los contribuyentes; ley 11.808), en la que se reglaba la situación de los deudores sometidos a proceso de apremio, en orden a las costas y gastos causídicos (art. 3º). Lo allí resuelto, en rigor, solamente atendió a ese régimen singular de los apoderados fiscales (conf. SCBA, I-73016, “Morcillo, Hugo”, fallo cit.).

(29) Así lo expresaron: “De tal modo, corresponde dejar establecido que, a los fines de la regulación de honorarios en este caso, en el que los trabajos se realizaron estando en vigor el dec.-ley 8904/1977, habrán de utilizarse las pautas y la unidad arancelaria (*jus*) allí instituida, cuyo *quantum* el Tribunal fijó mediante el Acuerdo nro. 3871, dictado el día 25 de octubre del corriente. Ello así en el entendimiento de que el art. 9º de la nueva legislación, en tanto altera la estructura de componentes que nutren dicha unidad arancelaria, generando de esa forma un significativo incremento de su cuantía —se pasa de una referencia de ‘el uno [1] por ciento de la remuneración total asignada al cargo de Juez Letrado de Primera Instancia en la Provincia de Buenos Aires, entendiéndose por tal la suma de todos aquellos rubros, sea cual fuere su denominación, incluida la bonificación por antigüedad por el tiempo exigido por el art. 178 de la Constitución Provincial [tres años] cuya determinación no dependa de la situación particular del Magistrado’ (art. 9º, dec.-ley 8904/1977) al ‘uno por ciento [1%] de la remuneración total asignada por todo concepto al cargo de juez de primera instancia en la provincia de Buenos Aires, con quince [15] años de antigüedad, incluido el bási-

co, permanencia, bloqueo de título y todo otro tipo de bonificaciones, compensaciones, gratificaciones o adicionales, cualquiera fuese su denominación y se encuentre o no sujetos a aportes o contribuciones, exceptuando únicamente aquellos rubros que dependan de la situación personal particular del magistrado” (art. 9º, ley 14.967)—, ha de regir para trabajos devengados durante la vigencia de aquella norma y no hacia el pasado (conf. SCBA, I-73016, “Morcillo, Hugo”, fallo cit.).

(30) En forma completa la cita expresa: “La regulación de honorarios de los abogados deben efectuarse según las pautas establecidas por la norma vigente en el momento en que fueron realizados los trabajos, como en el caso son las sentadas por el dec.-ley 8904/1977, conforme los lineamientos que esta Suprema Corte expuso en el antecedente I-73.016, ‘Morcillo’, resol. del 08/11/2017). Conf. SCBA, LP C 114917 S, ‘Iturriaga, Julio Alfredo c. Domech de Brettos, Luisa s/ cobro de dólares estadounidenses’, 10/10/2018, voto Dr. De Lázzari”. Un poco antes y con igual sentido: “Corresponde dejar establecido que, a los fines de la regulación de honorarios, si los trabajos se realizaron estando en vigor el dec.-ley 8904/1977, deberán utilizarse las pautas y la unidad arancelaria (*jus*) allí instituida, cuyo *quantum* el Tribunal fijó mediante el Acuerdo nro. 3871, dictado el día 25/10/2017. Ello así en el entendimiento de que el art. 9º de la ley 14.967, en tanto altera la estructura de componentes que nutren dicha unidad arancelaria, generando de esa forma un significativo incremento de su cuantía, ha de regir para trabajos devengados durante la vigencia de aquella norma y no hacia el pasado SCBA, LP B 60538, RSI-620-17 I, ‘García, Hugo Heriberto c. Provincia de Buenos Aires (Caja Policia) s/ demanda contencioso-administrativa’, 27/12/2017”.

(31) CSJ 32/2009 [45-E]/CS1 Originario, “Establecimientos Las Marías SACIFA c. Misiones, Provincia de s/ acción declarativa”, 04/09/2018.

(32) BO del 22/12/2017. En este caso también se vetó el art. 64 que establecía parámetros para su vigencia temporal. El texto decía: “La presente ley entrará en vigencia a partir de su publicación y se aplicará a los procesos en curso en los que no existiera regulación firme de honorarios”.

(33) Conf. CS, fallo cit. “Establecimientos Las Marías”.

(34) Conf. fallo Morcillo SCBA.

(35) Conf. art. 6º a 10 ley 13.951.

(36) Conf. arts. 6º, 7º y 8º, ley 13.951. Más allá que es usual que el mediador toma efectiva intervención varios después de la fecha de sorteo.

(37) Conf. art. 31 decretos.

(38) Conf. art. 2º, ley 14.967, art. 1º, ley 27.423.

(39) Así lo expuse al culminar un reciente trabajo: “Me vienen las palabras del maestro Cafferata Nores cuando en un congreso en 2007 en la UBA *reflexionaba sobre las notorias desigualdades e incertezas jurídicas de la muy dispar aplicación del instituto de la suspensión del juicio a prueba* (tesis amplia vs. tesis restringida) *que tenían los ciudadanos que ante el mismo hecho ilícito podrían o no gozar de la ‘franquicia’ del art. 76 bis del CP según a qué provincia pertenecieran*. La cuestión fue medianamente resuelta por ajustada mayoría —como aquí— por la Corte Federal en el caso ‘Acosta.’ Empero y marginando el caso ‘Góngora’ del 2013 sobre la improcedencia de la aplicación de la suspensión de juicio a prueba en casos de violencia contra la mujer, recientemente el 07/09/2016 la Suprema Corte de Justicia bonaerense en el caso ‘De Vicente’ declaró improcedente de la suspensión del juicio a prueba por tratarse de un delito que prevé, junto a la pena de prisión, la de inhabilitación especial. *El alcance del instituto art. 76 bis del CP no está ni cerrada, y peor aún la de varios institutos de la ley penal cuyo léxico y vocablo son peligrosamente equívocos, imprecisos y ambiguos*” (conf. GOUVER, Juan Fernando, “El cómputo de la prescripción...”, cit., ps. 1-6.

(40) Ver de mi autoría: “El cómputo de la prescripción...”, cit., ps. 1-6, “Valoración de la conducta defensiva...”, cit., ps. 1 a 7.

taten —por desgracia— en todo el plexo legal.

Pero a veces pareciera consciente y voluntaria la contribución al desaguisado y confusión interpretativa en determinar qué porción temporal de realidad —qué comprende, desde y hasta cuándo— rige la norma. Es el caso del veto de los arts. 64 de

la ley 27.423 y 61 de la ley 14.967, que aun de forma incompleta trataban de brindar una exégesis sobre la vigencia temporal de los marcos estipendiales de los abogados en el orden nacional y federal, y de la provincia de Buenos Aires, respectivamente.

Empero, y con las dificultades expuestas, los criterios jurisprudenciales expuestos en los casos “Establecimiento Las Marías” —en el orden nacional— y “Morcillo” —en Bs. As.— sobre la eficacia y delimitación cronológica de los marcos regulatorios de las apuntadas leyes 27.423 y 14.967, dieron criterios rectores suficientes para especificar y deslindar la vigencia en el tiempo del

nuevo dec. 43/2019, que estipula un nuevo escalafón retributivo para los mediadores bonaerenses.

Entonces, como en el caso de los trabajos profesionales del abogado, y el mediador no es la excepción, el derecho se constituye en la oportunidad en que se lo realiza, más allá de la época en que se practique la regulación; el nuevo dec. 43/2019 actuará temporalmente solo para los trabajos que estuvieran totalmente realizados con posterioridad a su fecha de vigencia: el 01/02/2019. Por el contrario, toda labor del mediador realizada con anterioridad al 01/02/2019, ya sea en forma total —me-

diación cerrada— o aun parcialmente —o sea, que al menos tuvo principio de ejecución bajo el imperio de la anterior normativa(41)—, está regida por el predecesor dec. 2530/2010.

Ciframos esperanzas para que lo expuesto sirva a los mediadores en particular, y a los abogados en general, para hacer valer el carácter alimentario de sus estipendios y lo que eso conlleva: la dignidad de su profesión. Así sea.

{ NOTAS }

(41) Mediación abierta con trabajos realizados parte con la vieja normativa y parte con la nueva.

Cita on line: AR/DOC/715/2019

NOTA A FALLO

Caducidad de instancia

Privación de libertad del accionante en un juicio de daños. Planteo respecto de la dificultad de firmar escritos. Confir-

mación de la sentencia que declara la perención.

La caducidad de instancia declarada en un proceso de daños debe confirmarse aun cuando el actor haya planteado la dificultad de firmar escritos por estar privado de su libertad, pues si bien el Código Penal priva a los reclusos y penados por

más de tres años del ejercicio de la patria potestad y de la administración y disposición de sus bienes por acto entre vivos, no impide que ejerzan su capacidad civil para otras cuestiones, máxime cuando los representantes legales cuentan con la herramienta que surge del art. 48 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la provincia de Buenos Aires.

8171 — CCiv. y Com., San Martín, sala I, 15/11/2018. - Acosta, Rosana Beatriz c. Perissinoto, Rubén Oscar y ots. s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: AR/JUR/66896/2018]

Caducidad de la instancia, privación de libertad y omisión de cuestión esencial

Toribio E. Sosa (*)

1) Por la materia de la carátula (daños y perjuicios, art. 320.2.k, Cód. Proc. Civ. y Com.) y por la norma aplicada para declarar la perención de la instancia (art. 310.3, Cód. Proc. Civ. y Com.), se colige que se trataba de un proceso sumario, reglado específicamente en la provincia de Buenos Aires en los arts. 484 a 495, Cód. Proc. Civ. y Com.

De la lectura de los antecedentes del caso consignados en el fallo, en cuanto interesa aquí, se desprende que:

a) la caducidad de la primera instancia fue declarada por el juzgado a pedido de la aseguradora citada en garantía, sin previo traslado al demandante;

b) el demandante ya había sido intimado una vez a impulsar la causa, cosa que había hecho trabando la litis;

c) el demandante había solicitado al juzgado la apertura de la causa a prueba;

d) el demandante adujo estar privado de su libertad en un establecimiento carcelario, pero sin indicar desde cuándo; por ello, le solicitó recién a la cámara la designación de un curador judicial por aplicación del art. 12 del Cód. Penal.

2) Establece el art. 12 del Cód. Penal: “La reclusión y la prisión por más de tres años

llevan como inherente la inhabilitación absoluta, por el tiempo de la condena, la que podrá durar hasta tres años más, si así lo resuelve el tribunal, de acuerdo con la índole del delito. Importan además la privación, mientras dure la pena, de la patria potestad, de la administración de los bienes y del derecho de disponer de ellos por actos entre vivos. El penado quedará sujeto a la curatela establecida por el Código Civil para los incapaces”.

De la lectura de los antecedentes del caso no se puede determinar si esa norma era o no era aplicable, pues no es lo mismo estar detenido por mera imputación, que estar condenado por sentencia firme a una pena de reclusión o prisión por más de tres años que apareja los efectos civiles sobre la capacidad civil de ejercicio.

Aunque de la lectura del fallo no se detecta ningún vestigio sobre la existencia de una condena penal contra el demandante, cabe preguntarse qué habría sucedido si la hubiera habido y si se la hubiera puesto en evidencia.

El art. 12 del Cód. Penal habla de la privación, mientras dure la pena, de la administración de los bienes y del derecho de disponer de ellos por actos entre vivos, debiendo designarse un curador.

Es evidente que el crédito reclamado en un juicio por daños es un bien (arts. 15 y 16, Cód. Civ. y Com.), litigioso, pero bien al fin (arg. arts. 1009, 1431, 1618.b, 1643 y ccds., Cód. Civ. y Com.). Y también es claro que la forma de llevar adelante el proceso y ciertos actos durante su transcurso importan la administración y hasta la disposición de ese bien (ej. producir o no producir prueba, transigir o no, desistir o no desistir del proceso o del derecho, cesión o no cesión del crédito litigioso, etc.).

Por eso, en una situación que fuera de clara aplicabilidad del art. 12 del Cód. Penal —que no es la del caso que se anota—, podría no corresponder la declaración de caducidad de instancia si durante el plazo de perención hubiera existido la necesidad de designar un curador al demandante penado (art. 314, última parte, Cód. Proc. Civ. y Com.).

De todas formas, si fuera necesaria la designación de un curador, eso es asunto que excedería el ámbito del proceso por daños (arts. 814 y 815, Cód. Proc. Civ. y Com.); y si esa designación hubiera sido recién pedida ante la cámara, también excedería la competencia funcional de esta por tratarse de asunto no sometido al conocimiento del juez de primera instancia (arts. 266 y 272, 1ª parte, Cód. Proc. Civ. y Com.).

3) Además, en todo caso, el demandante solo manifestó nada más estar privado de su libertad, pero sin indicar desde cuándo, matiz que impedía determinar si, de hecho, había estado en libertad o no durante todo el lapso transcurrido para la declaración de caducidad de la instancia. Acaso hubiera podido estar libre durante todo o parte de ese lapso, como para haber podido impulsar la causa sin el escollo de la detención.

Y, en cuanto a las dificultades operativas para presentar escritos estando privado de libertad, como bien lo apunta la cámara, se advierte que no le impidieron al accionante suscribir el escrito de apelación: del mismo modo que pudo suscribir este, habría podido hacerlo con otros antes para tronchar oportunamente el plazo de caducidad de la instancia.

Por otro lado, a la vista de alguna dificultad operativa para presentar escritos, el/la abogado/a asistente habría podido invocar la franquicia del art. 48, Cód. Proc. Civ. y Com., cuanto más no sea para poner de manifiesto esa dificultad, todo antes del cumplimiento del plazo de caducidad de la instancia.

Textualmente dijo al respecto certeramente la cámara:

“No es posible establecer si a la época de impedir la caducidad de instancia, se encontraba detenido y que, además, si así lo fuera, ello no implica la restricción a su capacidad para su presentación en juicio a través de la firma de escritos, lo cual, su letrada reconoce de dificultoso, no habiendo restricción legal al respecto, lo que podría ocurrir con otro cliente que no se encuentre privado de su libertad”.

“De esta manera, el interesado ha consignado su firma en el escrito de apelación presentado a fs. 168, que, si bien pudo ser dificultoso en su suscripción, no puede interrumpir tardíamente un plazo que ya se encontraba vencido”.

“Además, los representantes legales, de ser necesario, cuentan con la herramienta que surge del art. 48 del Cód. Proc. Civ. y Com., con el fin de demostrar interés en la prosecución de los obrados, o denunciando oportunamente, o sea, con anterioridad al acaecimiento del plazo de caducidad, la posibilidad de manifestar cualquier situación que no le sea posible realizar presentaciones en juicio”.

4) Otra arista interesante es si, ante el pedido de la aseguradora, el juzgado hubiera tenido que correr traslado al demandante, antes de resolver decretando la perención.

Parece que no, si se considera que había mediado una previa intimación a impulsar y que, desde ese último impulso, había vuelto a transcurrir el plazo de caducidad.

Veámoslo con más detenimiento.

Léase con atención el último párrafo del art. 315, Cód. Proc. Civ. y Com. Bs. As.: “En el supuesto de que la parte intimada

{ NOTAS }

(*) Juez de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Trenque Lauquen. Profesor titular regular de Derecho Procesal Civil y Comercial en la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la Universidad Nacional de La Pampa. Profesor de “Teoría general de los actos procesales y nulidades”, en la Maestría de Derecho Procesal, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.

activare el proceso ante solicitud de caducidad; y posteriormente a ello transcurra igual plazo sin actividad procesal útil de su parte, a solicitud de la contraria o de oficio se tendrá por decretada la caducidad de instancia”.

La norma no dice “se declarará la caducidad de instancia”, dice “se tendrá por decretada la caducidad de instancia”. Para nada es lo mismo.

La expresión “se tendrá por decretada la caducidad de instancia” quiere decir que la caducidad opera automáticamente, *ope legis*, por el solo vencimiento del plazo legal, de modo que a) la resolución judicial respectiva será meramente declarativa y b) por principio no se tolera la purga o saneamiento de la caducidad ya operada por medio de actos posteriores al vencimiento del plazo legal (1).

Quiere decirse que, cuando se da el supuesto del último párrafo del art. 315, el Cód. Proc. Civ. y Com. Bs. As. abandona la operatividad *ope iudicis*, en la que la caducidad no opera por el solo vencimiento del plazo legal, sino que es necesario el dictado de resolución judicial de índole constitutiva, sistema que admite la purga o el saneamiento a través de actos posteriores al vencimiento del plazo legal pero realizados antes del dictado de la resolución judicial (2).

En suma, una vez cumplido el plazo legal y ante la única intimación previa a pedido de parte, todavía por única vez será posible purgar la situación de caducidad a través de impulso tardío, pero cuando ya hubo una intimación previa por cédula e impulso de parte, ante el nuevo transcurso del plazo legal la perención se produce por el solo peso de la ley, siendo imposible ninguna actuación impulsoria ni del tribunal ni de parte, de manera que la caducidad de la instancia ya no podrá ser evitada mediante la realización —tardía— de actividad procesal útil (3).

La solución legal —caducidad *ope legis*— es muy rigurosa; resulta preferible el sistema *ope iudicis*, pues si interesa a la sociedad que los procesos judiciales no permanezcan inertes sin desenlace, no puede no interesarle también a la sociedad que los juicios lleguen a su fin natural —la sentencia—, según los tiempos que manejen para ello las partes directa e inmediatamente involucradas en el caso, de modo que debería admitirse la chance de purga de la caducidad de instancia ya operada, lo cual —se insiste— es incompatible con la operatividad *ope legis* de la caducidad.

5) Por fin, vamos a enfrentar acaso el único flanco opinable del fallo: no hace ninguna referencia a un agravio concreto vertido por el demandante (4).

¿Cuál agravio?

El demandante apelante dijo que, en ocasión de ser intimado la primera vez para impulsar, logró la traba de la litis; y a eso agregó que había pedido la apertura a prueba y que eso no había sido proveído por el juzgado.

Es esa una cuestión esencial, porque, si bien se mira, su abordaje podría haber conducido a otra solución muy diferente: el rechazo liminar del pedido de caducidad realizado por la aseguradora (arg. art. 173, Cód. Proc. Civ. y Com.), por estar pendiente la causa de una resolución y la demora ser imputable al juzgado. ¿Cuál decisión pendiente? La apertura de la causa o la declaración de la causa como de puro derecho, según los imperativos “declarará” y “acordará” utilizados en el art. 487, Cód. Proc. Civ. y Com.

Si la demanda había sido contestada o si había vencido el plazo para contestarla, el juzgado “debía” proceder de alguno de esos modos. Era su deber expedirse y, mientras estuviera incumpliendo ese deber, no podía producirse la perención (arts. 313.3 y 36.1, Cód. Proc. Civ. y Com.).

Al menos, si la caducidad de instancia es de interpretación restrictiva (5), esa era una línea argumentativa posible y razonable para no llegar a la declaración de perención (art. 3º, Cód. Civ. y Com.).

¿Puede ser considerada definitiva la resolución que se anota, a los fines recursivos extraordinarios?

Como principio, la resolución que declara la caducidad de la primera instancia no es definitiva, porque, si bien pone fin al proceso impidiendo su continuación, no causa un agravio de imposible o insuficiente reparación ulterior en la medida en que la acción puede volverse a ejercitar en un nuevo juicio (art. 318, Cód. Proc. Civ. y Com.).

Excepcionalmente, si se demuestra que lo resuelto causa perjuicio de imposible o muy difícil reparación ulterior o que existe impedimento legal para reiterar el reclamo eficazmente, la resolución que declara la caducidad de la instancia puede considerarse sentencia definitiva (6).

En el caso, la omisión de pronunciarse la cámara sobre ese tópico esencial (7), podría hacer pasible su pronunciamiento de recurso extraordinario de nulidad, entendiéndose que podría ser definitiva su sentencia si no fuera factible volver a promover con éxito el mismo proceso, v.gr., si *ad interim* se hubiera cumplido el plazo de prescripción de la acción (arts. 296, 297 y ccds., Cód. Proc. Civ. y Com.) (8).

Cita on line: AR/DOC/705/2019

{ NOTAS }

(1) Para un análisis comparativo acerca de cómo se produce la caducidad de la instancia en los diferentes códigos procesales del país, ver SOSA, Toribio E., “Caducidad de la instancia”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2005, cap. 9.5., p. 200 y ss.

(2) KIELMANOVICH, Jorge, “Modos en que opera”, en EISNER, Isidoro (dir.), *Caducidad de Instancia*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 34.

(3) Conf. VIEL TEMPERLEY, Facundo, “El regreso de la caducidad de la instancia en la provincia de Buenos Aires”, *Anales de Legislación Argentina*, año LXIX, nro. 13, 28-5-2009, t. LXIX-C, p. VIII. Ver también SOSA, Toribio E., “La caducidad de instancia contraataca en el Cód. Proc. Civ. y Com. Buenos Aires”, LLBA, febrero 2010.

(4) Ver CUCATTO, Mariana - SOSA, Toribio E., “Detección, ordenamiento, omisión y desplazamiento de cuestiones”, LA LEY del 07/01/2016.

(5) CS, 03/05/1988, “Lucchetta, Oscar y otra c. Giuliani y Asociados Financiera de Viviendas SA de Ahorro y Préstamo para la Vivienda”, LA LEY 1989-C-99 y en JA 1988-IV-580; ídem, 06/02/1997, “Pergamino Coop. de Seguros Ltda. c. Macchie, Carlos G. y otra”, LA LEY 1997-F-568;

ídem 01/04/1997, “Femenia, Miguel A. c. Simón Bossio, Ramón A. J. y otra”, LA LEY 1999B, 863, J. Agrup., caso 13.768; ídem, 02/08/2000, “Galeano, Delia s/ rec. de hecho en: Galeano, Delia c. ANSeS”, LA LEY 2001-C, 506, CS, Fallos: 323:2067 y DJ 2001-2-675; ídem, 30/09/1996, “Lanari, Luis y otro c. Provincia del Chubut”, LA LEY 1997-B, 549, DJ 1997-1-913; SCBA, 02/02/1988, “Castro, Efraín c. García Vidal, Eduardo y otros”, LA LEY 1988-C, 477, DJ 1988-2-852, DJBA, 134-230; STJ, Jujuy, 28/03/2001, “Cescato, Enrique s/ conc. prev. por: Banco de la Prov. de Jujuy”, LLNOA 2002-692; STJ, Misiones, 16/02/2000, “Del Piano, Carmen M. y otros”, LLLitoral 2000-978; CNCiv., sala D, 26/10/1979, “Krsul, Silvia E. c. Codicino, Pedro”, ED 87-767; CNCCom., sala C, 31/05/1996, “Astilleros Alianza s/ conc. y s/ inc. por: Elma”, LA LEY 1997-A, 40; CNEsp. Civ. y Com., sala III, 03/06/1980, “Consorcio de Propietarios Moldes 1435/53 c. Nouche, Enrique E. y otros”, BCECyC, 686, Sum. 10-126; CNFed. Civ. y Com., sala II, 09/09/1998, “Banco Hipotecario Nacional c. Asociación Gremial de los Hipódromos de Buenos Aires y San Isidro y otro”, LA LEY 1999B, 862, J. Agrup., caso 13.765; CNFed. Cont. Adm., sala II, 02/05/1995, “Comisión Municipal de la Vivienda c.

Buitrago, Nélica y otros”, LA LEY 1997-E, 1005 (39.768-S); CCiv. y Com. Cont. Adm., San Francisco, 13/03/1998, “Banco de la Provincia de Córdoba c. Ulla, Abel C. y/u otros, suc.”, LLCba. 1998-1354; CCiv., Com. y Trab., Villa Dolores, 29/10/1997, “Banco Francés del Río de la Plata en: Goldenherch, Rubén L.”, LLCba. 1998-324; CCiv. y Com., Lomas de Zamora, sala I, 15/09/1987, “Fio-Re-La, SRL”, DJ 988-1-598; CCiv. y Com., San Isidro, sala II, 26/07/1994, “Orradre, Gabriel F. c. Frigorífico del Oeste SA”, LLBA 1994-856; CIªCiv. y Com., San Nicolás, 12/05/1994, “Di Santo, Luis A. y otra c. Banco de la Ribera Coop. Ltda.”, DJ 1995-1-72; cits. en LEXCO Jurisprudencia 2.0.

(6) TSJ, La Rioja, 06/06/1997, “Fernández, Florentino c. Augusto de la Vega, César, suc.”, VJ 19992221; cit. en LEXCO Jurisprudencia 2.0.

(7) Ver CUCATTO, Mariana - SOSA, Toribio E., “Omisión de cuestión esencial y contrafácticos”, LA LEY del 19/07/2016. Remito también a CUCATTO, Mariana - ROJAS, Gustavo - SOSA, Toribio E., “El razonamiento para tratar cuestiones: la omisión de cuestión esencial formulada a través de contrafácticos”, *Volúmenes temáticos del XV Congreso Nacional de la Sociedad Argentina de Lingüística*,

Ed. de la Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca, ps. 127-135.

(8) CS, 20/03/1986, “De Marco, Miguel A. D. c. Instituto de Terapéutica Purissimus, SA”, LA LEY 1986-D, 672, J. Agrup., caso 5681; ídem, 20/08/1996, “González, Rosa Hoyos c. Consorcio de Propietarios Coronel Díaz 1865 y otros”, LA LEY 1997-A, 174, DJ 1997-1-361; cits. en LEXCO Jurisprudencia 2.0. SCBA, 27/03/1979, “Alescio Cortázar, Miguel A. c. Caressino, Juan C.”, DJBA 116-448; SCBA del 19/12/1995, “Antenucci, Nicio H. c. Zaratiegui, Horacio y otro”, DJBA 150-2516; cits. en LEXCO Jurisprudencia 2.0. STJ, Chaco, sala I en lo Civil, Comercial y Laboral, 29/05/1998, “Gauna, Feliz c. Gawlik, Horacio E. y otros”, LA LEY 1999-E, 958, J. Agrup., caso 14.312, LLLitoral 1998-2-1038; cit. en LEXCO Jurisprudencia 2.0. STJ, Misiones, 19/06/2002, “Aire Confort SA s/ rec. extraordi. de inaplicabilidad de ley en: Aire Confort SA c. Petruf, Carlos”, LLLitoral, 2003 (mayo), 464, cit. en LEXCO Jurisprudencia 2.0. STJ, Corrientes, 05/09/2000, “Capri Automotores SA c. Monzón Pando, Néstor H.”, LLLitoral, 2001-41, cit. en LEXCO Jurisprudencia 2.0.

Control de constitucionalidad de ordenanzas municipales

Prohibición del uso de pirotecnia en una localidad de la provincia de Buenos Aires. Inconstitucionalidad de la ordenanza. Poderes concurrentes. Poder de policía en materia de salubridad y tranquilidad pública. Ponderación de la prohibición absoluta frente a una conducta lícita.

Véase en página 6, Nota a Fallo

Hechos: La Suprema Corte de Buenos Aires declaró la inconstitucionalidad de la ordenanza 220/15 de la municipalidad de General Alvarado, por la cual se prohibió en el ámbito de dicho partido la fabricación, tenencia, guarda, acopio, depósito, venta o cualquier otra modalidad de comercialización mayorista o minorista y el uso particular de elementos de pirotecnia y cohetería; al mismo tiempo que se vedó la fabricación, venta, comerciali-

zación, entrega, utilización, encendido y suelta de globos aerostáticos luminosos.

- La ordenanza 220/2015 de la municipalidad de General Alvarado, que regula la actividad con relación con los artificios pirotécnicos, con una prohibición, es inconstitucional —art. 27, Constitucional de la provincia de Buenos Aires—, pues importa para las empresas que integran la Cámara Argentina de Empresas de Fuegos Artificiales el aniquilamiento del derecho a comercializar y ejercer industria lícita, al privarlas de toda acción posible en el ámbito de su aplicación.
- La ordenanza 220/2015 de la municipalidad de General Alvarado es contraria a toda posibilidad de ejercer el comercio y la industria en el ámbito local contrariando los arts. 14 y 28 de la Constitución Nacional y 27 y 56 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, en tanto prohíbe la fabricación, tenencia, guarda, acopio, depósito, venta o cualquier otra modalidad de comercialización mayorista o minorista y el uso particular de elementos de pirotecnia y cohetería y veda la fabricación, venta, comercialización, entrega, utilización,

encendido y suelta de globos aerostáticos luminosos, conculcando así el contenido esencial de tales libertades económicas.

- Dado que la descalificación constitucional de la ordenanza 220/2015 de la municipalidad de General Alvarado, que prohíbe el uso y comercialización de pirotecnia, podría dejar un vacío normativo en aspectos sensibles a la seguridad de la población local, se confiere al municipio el plazo de seis meses para que dicte una nueva norma, sustituyendo la prohibición absoluta por una reglamentación razonable que permita el desenvolvimiento de los derechos en juego de modo compatible con las disposiciones de la ley 20.429, de los decs. nac. 302/83 y 37/2001 y con los principios y reglas que se desprenden del fallo hasta la vigencia de la nueva norma, o bien la expiración del plazo señalado, la ordenanza impugnada mantendrá sus efectos.

- El poder de policía no debe llegar al extremo de prohibir una actividad lícita con generalidad, pues, justamente, el desarrollo de la función reglamentaria debe propender a equilibrar el ejercicio del derecho involucrado en su vinculación con el resto de

los intereses que concurren, orientándolo al bien común.

- Una medida de prohibición de una actividad lícita, como es el uso y comercialización de pirotecnia, por el grado de intrusión en el derecho involucrado, genera una fuerte sospecha acerca de que la reglamentación ha alterado ese derecho, por lo que impone a la autoridad productora de la norma la carga de acreditar un fin ineludible o forzoso del Estado en la implementación de la limitación de ese modo regulada.

8172 — SC Buenos Aires, 19/09/2018. - Cámara Argentina de Empresas de Fuegos Artificiales c. Municipalidad de General Alvarado s/ inconstitucionalidad ordenanza 220/2015.

[Cita on line: AR/JUR/48751/2018]

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Se declara inconstitucional la ordenanza 220/2015 de la municipalidad de General Alvarado, provincia de Buenos Aires.

Las limitaciones al poder de policía

Javier I. Barraza (*)

SUMARIO: I. Introducción.— II. Fallo.— III. Algunas reflexiones.— IV. El costo de los derechos.— V. Colofón.

I. Introducción

En un reciente fallo la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires aborda un tema que parece agotado. No obstante, el estudio del poder de policía está lejos de haber concluido, pues ofrece múltiples aristas y una prodigiosa diversidad de matices que requieren un pensamiento crítico y estudio profundo.

En el fallo que comentaré se analizan los límites para el ejercicio del referido poder.

Resulta paradójico, pues el poder de policía intenta limitar los derechos para salvaguardar el interés general, pero es necesario que aquel encuentre ciertos cauces y restricciones. Parecería un juego de palabras, el que limita debe ser limitado.

II. Fallo

II.1. Hechos

Mediante una ordenanza de la municipalidad de General Alvarado, provincia de Buenos Aires, se prohibió la fabricación, tenencia, guarda, acopio, depósito, venta o cualquier otra modalidad de comercialización mayorista o minorista y el uso particular de elementos de pirotecnia y coherencia. Simultáneamente, se vedó la fabricación, venta, comercialización, entrega, utilización, encendido y suelta de globos aerostáticos luminosos.

En suma, se prohibió la fabricación y venta de pirotecnia y de globos aerostáticos luminosos.

II.2. Los fundamentos de la demandante

Ante tales circunstancias, la Cámara Argentina de Empresas de Fuegos Artificiales cuestionó dicha ordenanza, pues

{ NOTAS }

(*) Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires. Director del Máster en Derecho Administrativo de la Universidad Abierta Interamericana.

consideró que lesionaba el derecho de trabajar, de ejercer una industria lícita y de comerciar, los cuales están amparados por la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y la Constitución Nacional.

II.3. Argumentos del tribunal

El tribunal parte de la idea que la solución del caso está en el modo en que se fije el contenido y alcance del poder de policía. Así, afirmó: “lo relevante para la solución del caso del modo planteado, reside en establecer si la ordenanza censurada, analizada en su contenido y alcance, evidencia un desborde en el ejercicio del poder de policía comunal al lesionar los derechos y garantías fundamentales invocados por la demandante”.

II.3.a. La razonabilidad

El tribunal consideró que el ejercicio del poder de policía debe fundarse en el principio de razonabilidad. Dicho principio requiere:

- Un juicio de adecuación de los medios con los fines que se procura alcanzar. Se debe indagar respecto de la idoneidad de los medios elegidos para obtener el fin propuesto.

- Examinar si existe una relación proporcional entre el costo de las medidas y los beneficios que estas reportan. En este sentido, se debe procurar que el resultado al que se arribe no lesione el contenido esencial de derecho involucrado.

- Existencia de circunstancias justificantes, fin público, adecuación a él del medio utilizado para su obtención y ausencia de inequidad manifiesta

II.3.b. Una prohibición absoluta

Por otra parte, el tribunal considera que la ordenanza al establecer una prohibición absoluta, esto es no admitir matices, o no prever medios alternativos, genera una fuerte sospecha de que se ha lesionado el derecho.

Aquí, es donde se establece la siguiente fórmula: “cuanto más grave sea la restricción que se imponga sobre los afectados, tanto mayor tendrá que ser el peso específico del interés general, lo que implica una ponderación que balancee los costos y beneficios de la medida cuestionada”.

II.3.c. Falta de prueba

En otro orden, se consideró que el municipio no aportó la suficiente prueba. Así, debió acreditar que la prohibición absoluta era la única alternativa válida para lograr el fin perseguido: brindar seguridad y tranquilidad.

II.3.d. El poder de policía

Finalmente, respecto del poder de policía, el tribunal estima que aquel no debe llegar al extremo de *prohibir* una actividad lícita con tanta generalidad.

En suma, el principio de razonabilidad se impone como un límite al ejercicio del referido poder.

III. Algunas reflexiones

Este fallo nos muestra de manera didáctica y aleccionadora los límites que encuentra el poder de policía y las condiciones para su ejercicio.

III.1. El juicio de razonabilidad

Dicho juicio es imprescindible para el ejercicio del poder de policía. Nadie niega el poder estatal para limitar derechos individuales en procura de salvaguardar el interés general, pero ese ejercicio debe estar adecuado con medios razonables. Se requiere una adecuación de medios y fines.

Ese juicio de razonabilidad que exige adecuación de medios y fines también requiere la existencia de circunstancias justificantes, basadas en la razón y en la necesidad que impone el fin propuesto

III.2. Proporcionalidad

Las medidas que se tomen para limitar derechos deben ser proporcionalmente adecuadas al fin que se persigue.

La limitación total parece desproporcionada, pues no admite matices. Es cierto que el uso de la pirotecnia genera una

serie de inconvenientes, su uso inadecuado genera accidentes, incendios e impacta entre los animales, quienes tienen un oído más agudo.

IV. El costo de los derechos

Un punto que me parece importante señalar es la afirmación que realiza el tribunal al imponer a la autoridad legislativa una pauta de conducta. En efecto, se deben ponderar los costos y beneficios que la medida acarrea.

Aquí conviene señalar que el ejercicio de los derechos y su regulación involucran costos económicos. En definitiva, los derechos cuestan dinero y la actividad legislativa también. Cabe preguntarse: ¿sopesaron los ediles los costos que involucraba sancionar esta norma? ¿Cuánto costó esa sesión en la que finalmente una decisión judicial considera nula aquella decisión? ¿Cuál es el costo de esa prohibición total?

Por otra parte, se ha tenido en cuenta al momento de legislar los costos que involucra el uso indebido de la pirotecnia en las tradicionales festividades de navidad y de fin de año. Anualmente vemos los daños que se producen por este uso, que van desde quemaduras, personas que sufren lesiones en el ojo, incendios. A ello, hay que sumar los perjuicios que se generan en animales, quienes por su sensibilidad auditiva sufren ante tales estruendos. Nada se hizo al respecto, solamente se parte de una prohibición total, pero lo que se requiere es un estudio profundo sobre la cuestión.

En suma, estos son aspectos que no se tienen en cuenta al legislar, pero que deberían ser de suma observancia, máxime cuando se van a restringir derechos.

V. Colofón

En conclusión, se trata de un fallo que aborda un tema que —reitero— parece agotado, pero que encubre múltiples perspectivas. Así, el tribunal con singular criterio sienta las bases de lo que debe entenderse por razonabilidad, las pruebas que debe acompañar, y ese juicio de razonabilidad, necesario para el ejercicio de un poder que limita derechos y restringe garantías constitucionales.

Cita on line: AR/DOC/2632/2018

ACTUALIDAD

Actualidad en derecho previsional

Rafael E. Toledo Ríos (*)

I. Jubilación

I.1. Caja otorgante. Ley 25.321. Renuncia de servicios autónomos. Doctrina “Wakun” de la Corte nacional. Sistema de reciprocidad. “Interpretación a favor del trabajador”, art. 39.3 de la Constitución provincial

{ NOTAS }

(*) Abogado (UBA). Se desempeñó como abogado en el ex Instituto Municipal de Previsión Social de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, desde 1975

En los autos caratulados “Beperet, José Tomás c. Provincia de Buenos Aires (Instituto de Previsión Social). Pretensión anulatoria. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley o doctrina legal” (A. 72.029), SCBA 05/09/2018, LL AR/JUR/87611/2018 la Suprema Corte de Buenos Aires recha-

zó el RIL deducido por la parte demandada contra la sentencia de Cámara, estableciendo que la Caja otorgante debe ser el IPS por contar con la mayor cantidad de servicios con aportes, dado que los años cuyos aportes no se efectuaron fueron condonados en virtud de la ley especial 25.321.

El Dr. De Lázzari consigna los antecedentes de la causa:

- En fecha 06/06/2006 el Instituto de Previsión resolvió que no debía ser la Caja Otorgante del beneficio jubilatorio solicitado por el actor, por tener este más años de servicios

y Derecho Laboral y Seguridad Social. Autor de numerosos artículos de doctrina y trabajos de investigación en la materia de Seguridad Social.

1998 hasta su jubilación en 2012. Excolaborador en *Revista de Jubilaciones y Pensiones*, Ed. LexisNexis, y *Microjuris*. Colaborador permanente en las revistas *La Ley Buenos Aires*

con aportes en el ámbito nacional, contando con los períodos que fueron renunciados conforme ley 25.321;

- El actor promueve demanda, a la que se hizo lugar en primera instancia reconociendo el derecho del actor a jubilarse en el IPS y a percibir haberes desde el día siguiente al cese;

- La Cámara de Apelaciones de La Plata por mayoría confirma lo decidido en 1ª instancia, argumentando que la ley 25.321 produce efectos en ambas jurisdicciones, y consecuentemente en el régimen de reciprocidad, lo cual no implica violación del régimen dispuesto en el art. 168 de la ley 24.241; que el efecto de la ley 25.321 en el régimen de reciprocidad no debe ser imputado al afiliado, que ejerció su opción conforme a derecho;

- La parte demandada interpone RIL.

El Sr. ministro fundamenta su opinión contraria al progreso del RIL interpuesto por la demandada.

“Adelanto que, siguiendo las pautas interpretativas expuestas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al resolver el recurso extraordinario federal *in re* “Wakun” [causa CSJ41/2013 (49-W)/CS1, antes citada], y en virtud de la sustancial analogía de los planteos de la parte actora en estos autos (v. fs. ...), el recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto no puede prosperar”.

“El voto mayoritario de la Cámara consideró que el actor registraba mayor cantidad de años de servicios con aportes —devengados e ingresados— en el orden provincial que, en la esfera nacional, pues los años cuyos aportes no fueron efectuados habían sido condonados en favor del beneficiario por un régimen especial (ley 25.321)”.

“El señor Beperet, se acogió al régimen establecido en la ley 25.321 que le permitió condonar deudas por años no aportados, cuya cantidad de años de servicios con aportes en el ámbito nacional (diecisiete años y dos días) es menor a los computados en el ámbito provincial (diecisiete años, diez meses y veinticuatro días)”.

“El sistema de reciprocidad entre los organismos de Previsión social y Cajas de Jubilaciones, establecido por dec. 9316/1946 (al que la provincia de Buenos Aires adhirió por ley 5157), tuvo su origen en un criterio equitativo tendiente a superar la imposibilidad de acumulación de beneficios que impedía al trabajador adecuar la jubilación a lo que él ganó durante su vida activa. Así lo dispuso al autorizar el reconocimiento, a los efectos de obtener beneficios de pasividad, de los servicios prestados y remuneraciones percibidas en cargos de afiliación a las cajas nacionales y en las provincias o municipalidades adherentes, evitando que se desconozcan servicios prestados por el mero hecho de estar tutelados por sistemas distintos (B. 60.578, ‘Haspert de Russo’, sent. de 30/10/2002 y B. 62.661, ‘L., C. I.’, sent. de 14/11/2007)”.

“En cuanto a los servicios computables, el art. 1º del dec. 9316/1946 establece que son computables para la obtención de las distintas prestaciones: los servicios prestados sucesiva o simultáneamente, bajo el régimen de una o de diversas Secciones o Cajas, previo reconocimiento de los mismos por la Sección o Caja en que corresponda, agregando el art. 7º que cada Sección o Caja deberá considerar los servicios [como] prestados bajo su propio régimen”.

“La Corte Suprema de Justicia de la Nación en la sentencia dictada *in re* ‘Wakun’ (antes citada), manifestó al respecto que ese Tribunal descalificó un pronunciamiento que, ‘a la hora de determinar la caja otorgante del

beneficio, había identificado la caja que registraba mayor tiempo con aportes’, con aquella a la que ‘correspondía legalmente la percepción del mayor tiempo de cotizaciones obligatorias que debía realizar su afiliado y eventual beneficiario’, concluyendo ‘que no cabía darle al concepto mayor tiempo con aportes otra interpretación que la que surge de su propia letra’ (CS, Fallos: 323:301)”.

“Lo resuelto se ajusta al principio que rige en materia previsional ‘interpretación a favor del trabajador’ (art. 39 inc. 3º *in fine*, Const. prov.) respecto del cual este Tribunal ha dicho que lo dispuesto en la manda constitucional implica que existiendo dos o más interpretaciones posibles debe soslayarse cualquier interpretación desfavorable de la norma aplicable a los destinatarios de la seguridad social”.

II. Pensión

II.1. Esposa separada de hecho. Abandono del hogar por parte del esposo. Relación concubina que no se extendió hasta el deceso del causante. Art. 55 de la ley 12.207. Inexistencia de causal de exclusión. Deuda por aportes que no hace perder el beneficio. Moratoria. Jurisprudencia de la SCBA y la Corte nacional. Compensación con deuda del causante. Costas por su orden

En la causa “Toselli, Olga Cristina y otro c. Caja de Previsión y Seguro Médico de la Provincia de Buenos Aires. Demanda contencioso administrativa” (B. 66.109), SCBA 21/11/2018, LL AR/JUR/87633/2018 el Tribunal provincial por mayoría hizo lugar a la demanda, reconociendo el derecho pensionario de la actora desde la fecha de deceso del causante el 22/02/2002, en coparticipación con los hijos de este.

El Dr. De Lázari reseña antecedentes relevantes para la causa:

- La Caja de Seguro Médico deniega pensión a la actora por considerar que se encontraba separada de hecho sin percibir alimentos, y suspendió el otorgamiento del beneficio a su hija menor de edad hasta que se cancele totalmente la deuda por aportes del causante.

- La actora inicia demanda, solicitando además el dictado de una medida cautelar, a la cual el Tribunal hace lugar en fecha 15/12/2004 disponiendo el pago de la pensión a la actora y a su hija menor de edad.

- Comparece en autos la tutora de dos hijos del causante habidos en una unión posterior a la separación, solicitando ampliación de la cautelar a favor de estos, y reclamando que se desestime el derecho pensionario de la actora.

- El Tribunal hace lugar a la ampliación de la cautelar.

El Sr. juez desarrolla la fundamentación a favor de las pretensiones de la parte actora.

“Dos son los temas resolver. Por un lado, si corresponde, en el caso, conceder la pensión a la señora Cristina Olga Toselli a raíz del fallecimiento del doctor B., en su carácter de viuda separada de hecho, de conformidad con lo normado por los arts. 54, 55 y 56 de la ley 12.207. Por otro, si la falta de cancelación del plan de facilidades de pago que el causante había acordado con la accionada es óbice para la tramitación de los beneficios previsionales solicitados por los hijos menores de edad, a quienes expresamente la ley aplicable (y la entidad demanda) reconocen como causahabientes con derecho a pensión”.

“Adelanto mi opinión en el sentido favorable a las pretensiones de la actora”.

“No existe contradicción entre las partes acerca de los siguientes hechos: a) que el doctor B. había contraído matrimonio con la

señora Cristina Olga Toselli en el año 1983, de cuya unión nació una hija, F. C. B.; b) que la actora se encontraba separada de hecho del causante desde —aproximadamente— el año 1992 (v. fs. ... del expediente que tramita la solicitud de la señora Elsa Raquel Giordano —en su calidad de tutora y en representación de sus nietos— y... del expediente que tramita la solicitud de pensión de la señora Cristina Olga Toselli —por su derecho y en representación de su hija menor de edad—); c) que el doctor B. falleció en el mismo momento en el que falleció María Valeria Alessandro, quien fuera su concubina y madre de sus dos hijos varones”.

“De las constancias de las actuaciones administrativas surge que la accionante no percibía alimentos ni los había reclamado judicialmente”.

“Pese a las manifestaciones de la coadyuvante, entiendo que el hecho de que la actora estuviera separada de hecho al momento de la muerte del causante no obstaculiza, en principio, el derecho pretendido a la luz de la normativa aplicable al caso, la cual —a diferencia de otros regímenes jurídicos previsionales— no supedita la pérdida del derecho a la culpabilidad en la separación. Tampoco lo condiciona a la percepción o reserva alimentaria”.

“Luego de su separación, el doctor B. inició una relación concubina con la señora María Valeria Alessandro, de cuya relación nacieron dos hijos, A. A. en el año 1995 y M. en el año 2000”.

“Sin embargo, a la fecha del deceso del doctor B. acaecida el 22/02/2002, este también se hallaba separado de quien fuera su conviviente, único supuesto que la ley 12.207 contempla para excluir a la viuda del beneficio”.

“El régimen legal aplicable establece que los causahabientes con derecho a pensión son la viuda o viudo sin exigir mayores recaudos que el vínculo, y luego enumera taxativamente la concurrencia que estos tendrán con otros causahabientes de cierto grado de parentesco y en cumplimiento de determinadas condiciones”.

“Analizadas las resoluciones impugnadas a la luz de los términos normativos antes referidos, entiendo que estas no resultan ajustadas a derecho, en tanto la ley aplicable no determina la exclusión de la viuda por la sola circunstancia de encontrarse separada de hecho. Repárese que, en el caso, esta no queda desplazada por una conviviente toda vez que, conforme ha quedado establecido, la señora Alessandro no revestía tal condición al momento del fallecimiento del doctor B.”.

“Por tanto, no hallándose en juego el supuesto establecido por la norma para la concurrencia o desplazamiento de la viuda por la concubina, resulta irrelevante que aquella percibiera o no alimentos puesto que la primera parte del art. 55 de la ley 12.207 no requiere acreditar tal recaudo para revestir la condición de causahabiente con derecho a pensión”.

“Resulta oportuno recordar que cuando el texto de la norma es claro, se debe estar a los términos de la ley, pues una interpretación contraria importaría violentar el texto legal, en cuanto de las disposiciones de la ley 12.207 no surge que la viuda quede excluida por encontrarse separada de hecho”.

“Es que, conforme una interpretación ajustada al texto de la ley, la viuda —aun separada de hecho— solo puede quedar privada del beneficio pensionario, por el derecho que le asiste a la concubina (que la equipara) bajo determinadas condiciones y, la desplaza en el goce del beneficio o la coparticipa (si hizo reserva alimentaria)”.

“Considero que en tanto la legislación aplicable no contempla la exclusión de la viuda por hallarse separada de hecho, quien solo resulta excluida por el supuesto contemplado en el art. 55 *in fine*, el acto que deniega el beneficio, con fundamento en la falta de asistencia alimentaria, es ilegítimo”.

“En relación con la suspensión del otorgamiento de los beneficios previsionales a los hijos del causante hasta tanto se cancele la deuda que, por un plan de facilidades de pago, registraba el causante a la fecha de su deceso, debo señalar que —a mi juicio— la interpretación de la ley previsional que realiza la demandada es errónea”.

“En este sentido esta Corte ha resuelto que, tratándose —como en el caso— de prestaciones de naturaleza alimentaria, debe cuidarse de no frustrar derechos de hondo contenido social, entendiéndose que el rigor formal es incompatible con la interpretación que debe primar en los temas que hacen a la seguridad social, por lo que debe preferirse una interpretación de las normas que tutele de manera más eficaz el reconocimiento del derecho previsional por aplicación del principio que tiene a una mayor justicia social (doctr. causa B. 58.477, ‘Colombo’, sent. de 16/08/2000)”.

Sostiene la Caja demandada que, siendo el pago de aportes un requisito indispensable para acceder a la jubilación, el derecho a la percepción de los haberes pensionarios derivados del fallecimiento del afiliado solo se genera a partir del pago de lo adeudado por aquel concepto, pues el incumplimiento de ese requisito impide que el causante pueda transmitir derecho alguno sobre el beneficio previsional.

“En el caso, la propia demandada informa que, al momento del fallecimiento, el doctor B. no registraba deuda en concepto de aportes posteriores al plan de facilidades de pago que había acordado con la Caja, cuyas cuotas impagas la entidad previsional pretende saldar condicionando el otorgamiento de los beneficios previsionales legalmente previstos (v. fs. ... del expediente de solicitud del pensión de la señora Cristina Olga Toselli, por su propio derecho y en representación de su hija menor de edad)”.

“Sobre ese punto este Tribunal sostuvo que el hecho de que el causante de la prestación se encontrara en mora en el cumplimiento de sus obligaciones para con la Caja no priva a sus derechohabientes del beneficio que, para cubrir la contingencia de su muerte, se ha establecido en su favor (doctrina de la causa B. 56.877, ‘Damín’, sent. de 23/12/1997)”.

“A lo expuesto, cabe agregar la reiterada doctrina de esta Suprema Corte que ha interpretado que la mora en el pago de los aportes jubilatorios no puede privar al afiliado renuente de sus derechos, máxime cuando pretende ser aplicada no al deudor sino a sus causahabientes, quienes no adquieren el derecho al beneficio pensionario por vía de una transmisión mortis causa, sino directamente de la ley (doctr. causas B. 56.877, cit.; B. 59.538, ‘Rapagnini’, sent. de 09/05/2001; B. 60.484, ‘Giménez de Alvarez’, sent. de 07/11/2001; B. 60.133, ‘Gutzo’, sent. de 27/12/2002 y B. 57.604, ‘S., M. C.’, sent. de 24/05/2006)”.

“Del mismo modo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que en el sistema previsional argentino no tiene cabida la pérdida del derecho por el solo hecho de no haberse realizado aportes en tiempo oportuno (CS, Fallos: 128:361; 269:45; 287:466), doctrina receptada por este Tribunal en la causa B. 61.280, ‘Blanco de Fernández’, sentencia de 22/08/2007”.

“Entiendo que no resulta razonable ni ajustado a derecho que la Caja de Previsión y Seguro Médico le exija la cancelación de la deuda a los causahabientes como condición

para tramitar el beneficio previsional solicitado. Circunstancia que, en la práctica, se traduce en la pérdida del derecho (doctr. de las causas B.62.750, 'Núñez de Calleri', sent. de 16/08/2006; B.57.604, 'S. M. C.', sent. de 24/05/2006, e.o.).

“Siendo que la actora y la coadyuvante han ofrecido compensar con el 20% de sus haberes la deuda que proporcionalmente le corresponde en su condición de herederos del causante, eventualmente podrá la Caja hacer uso de dicha opción”.

“Las costas se imponen por su orden (arts.17, ley 2961 y 78 inc.3º, CCA, ley 12.008, texto según ley 13.101)”.

El Dr. Genoud emite el voto con base en otras consideraciones.

“Coincido con el señor juez doctor De Lázari en cuanto a que el régimen legal aplicable, además de establecer los causahabientes con derecho a pensión, determina ciertas condiciones de acceso al beneficio”.

“En efecto, si bien la normativa indica el inmediato otorgamiento en algunas hipótesis, entiendo que lo es al presumir la preexistencia de una comunidad económica con el causante”.

“Es decir que, en los restantes supuestos, más allá de la vocación al beneficio, es necesario acreditar dicho carácter como elemento anterior de análisis para su operatividad. Tal detalle responde —en esencia— a su naturaleza sustitutiva”.

“Como bien destaca el magistrado preopinante, en autos no existe elemento alguno que demuestre que el señor B. contribuía de manera alguna al sostenimiento de la actora y menos aún que el mismo hubiese asumido —o le fuese reclamado— el rol alimentante”.

“En esa inteligencia, toda vez que la accionante no ha demostrado los extremos antes señalados, corresponde rechazar la pretensión articulada”.

“En lo que respecta a la suspensión del otorgamiento de los beneficios a favor de los hijos del señor B. —menores de edad a la fecha del fallecimiento del afiliado— adhiero a la opinión del colega que inicia el Acuerdo”.

II.2. Caja de abogados. Art. 47 de la ley 6716. Divorcio vincular sin atribución de culpa. Doctrina legal de la SCBA. Invocación de precedentes referidos a otros regímenes previsionales. Insuficiencia del RIL (mayoría). Separación de hecho durante 12 años. Renuncia al derecho de alimentos. Inexistencia de desequilibrio económico (minoría)

En la causa “Almonacid, Bernabela A. c. Caja de Previsión Social para Abogados. Pretensión anulatoria. Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de Ley” (A. 74.387), SCBA 03/10/2018, LL AR/JUR/87613/2018 el Tribunal provincial por mayoría rechazó el RIL presentado por la parte demandada contra el pronunciamiento de Cámara que reconocía el derecho pensionario de la actora, con fundamento en que el divorcio con el causante fue decretado por una causal objetiva sin atribución de culpa. Por cuanto no había motivos para excluirla del goce del beneficio de pensión.

El Sr. juez Dr. Negri relata los antecedentes del caso:

- La Caja de Abogados de la provincia denegó el pedido de pensión de la actora, alegando que se encontraba divorciada vincularmente del causante.

- La actora promueve demanda contra dicha Caja, expresando que el divorcio no fue decretado por culpa de la peticionante sino

por una causal objetiva, como es la separación de hecho sin voluntad de unirse.

- En el Juzgado Contencioso Administrativo N.º 1 de La Plata se acoge favorablemente la demanda, con base en estos fundamentos: el art. 47 inc. a) de la ley 6716 establece el derecho de pensión del viudo o viuda no divorciado por su culpa, por cuanto resultaba aplicable a la actora cuyo divorcio fue por causal objetiva, separación de hecho por más de tres años sin voluntad de unirse, con prescindencia de la “culpa”; no es atendible el argumento de la falta de reserva de derechos del cónyuge inocente en el proceso de divorcio, puesto que la ley no exige este requisito.

- La Cámara en lo Contencioso Administrativo de La Plata confirma el veredicto del inferior, con fundamento en que no estaba acreditada legalmente ninguna causal de exclusión, que la interesada invocó haber reanudado la convivencia antes del deceso, que la sentencia de divorcio no había sido notificada, que dicha sentencia lo fue por una causal objetiva conforme arts. 214, 215 y 236 del entonces vigente Cód. Civil, que respecto de la causal objetiva la ley no exigía la declaración de inocencia conforme art. 204 del Cód. Civil, que la interpretación de la Caja contraría los principios que rigen la materia previsional, que no se presenta un principio de concurrencia como el caso del art. 53 ap. 2º de la ley 6716.

- La parte demandada interpone RIL.

El Dr. Negri fundamenta su voto mayoritario en contra del RIL deducido por la parte demandada.

“La Cámara, al confirmar la sentencia de grado, sostuvo que la situación de la actora se encontraba comprendida en la norma legal, que establece el derecho a pensión de los causahabientes del matriculado fallecido, en primer término, la viuda o viudo no divorciados por su culpa, en la medida que la sentencia de divorcio vincular se apoyó en una causal objetiva sin atribución de culpa. A partir de ello y las restantes circunstancias, afirmó que no se había acreditado en autos un supuesto que justificara, en los términos de la ley previsional aplicable, excluir a la actora del goce de la prestación”.

“Precisó que se trataba de una causal objetiva y respecto de la que la ley no exigía haber instado la declaración de inocencia de acuerdo con lo dispuesto por el art. 204 del Cód. Civil. Concluyó entonces que no cabía al órgano administrativo abordar la determinación de la culpabilidad en la separación frente a una sentencia de divorcio que lo había decretado por una causal que no la contenía”.

“En el recurso extraordinario interpuesto se afirma que la Cámara de Apelación desconoce doctrina sentada por esta Suprema Corte en la materia”.

“Respecto de los precedentes citados por el recurrente, la Cámara señaló que no podía prosperar el embate centrado en la necesidad de probanza de la reserva alimentaria en aras de preservar el carácter sustitutivo del beneficio, ello con apego a la doctrina que surgía del precedente sentado en la causa B. 59.954, ‘Ferrarazzo de Madina’, sent. de 16/07/2014. Señaló que allí se configuraba una plataforma de hecho de netas diferencias con el caso actual, pese a tratarse de una pensión regulada por la misma ley profesional (6716), en virtud de la presencia de un supuesto de *coparticipación* o *concurrencia* de beneficiarias —en carácter de viuda divorciada y viuda— que no se configuraba en autos. Dicha situación tornó necesario analizar la cuestión alimentaria como dato vinculado a la dilucidación de un derecho que el organismo previsional había discernido por partes iguales y que, finalmente, se juzgó que solo correspondía a la actora quedando desplazada la anterior esposa divorciada del causante. De ese modo,

afirmó que el antecedente, si bien podía ser ilustrativo sobre el estudio de la temática, no implicaba un decisorio con el que se contrapusiera el dictado en autos, donde no se habían suscitado simultaneidad de pretensiones surgidas del matrimonio o de la relación de convivencia matrimonial”.

“Señaló que similar conclusión merecían los restantes fallos genéricamente aludidos en su doctrina por la parte recurrente, relativos a otros regímenes previsionales y sin derivación a partir de la cita de un principio que, pese a las diferencias, pudiera considerarse vinculante. Manifestó al respecto que el carácter sustitutivo de la pensión —en uno de los casos esgrimidos por la demandada— se ponderó especialmente frente a la ausencia de efectiva asistencia económica a la viuda divorciada, en un sistema previsional (ley 11.761) donde la reserva alimentaria se exigía para evitar la pérdida del beneficio en ese supuesto (causa A. 71.204, ‘Cristiani’), agregando que en ese antecedente se recordó la doctrina legal en el sentido que el divorcio como el de autos, no implicaba atribución de culpabilidad”.

“En cuanto al otro antecedente invocado por el apelante (causa B. 63.208, sent. de 02/11/2011), que asimismo resaltaba la esencialidad de la tutela alimentaria mantenida por la pretendiente de la pensión, el Tribunal de Alzada precisó que se trataba de una pretensión planteada en el régimen previsional de policía, bajo parámetros de hecho —viuda separada de hecho sin voluntad de unirse— y de derecho —exigencia de reserva alimentaria confr. art. 47 inc. b) del dec.-ley 9538/1980—, que diferían de la conformación del *sub lite*”.

“A poco que se analiza el escrito impugnativo se advierte que las argumentaciones invocadas a fin de habilitar la revisión extraordinaria intentada no son más que la reiteración de los planteos expuestos en el recurso de apelación que han tenido un debido tratamiento por el Tribunal de Alzada, aunque contrario a los intereses de quien recurre”.

“Es insuficiente para lograr una réplica adecuada y eficaz de lo decidido, el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley basado en la mera reiteración de argumentos esgrimidos y rechazados en la instancia anterior... en tanto la casación no es una tercera instancia donde se examina nuevamente el litigio, ni la pieza recursiva puede sin más pretender reemplazar en su discurrir las reflexiones de la Cámara...”.

Asimismo, cabe destacar que este Tribunal tiene dicho que no prospera en la instancia extraordinaria el agravio referido a la violación de la doctrina legal que el recurrente intenta fundar con la mención de sumarios jurisprudenciales provenientes de fallos de esta Suprema Corte que, si bien se refieren a la materia que constituye el objeto de la impugnación, recaen en causas con distinta plataforma fáctica y jurídica a la que conforman el caso (causa A. 70.133, ‘Pueblas’, sent. de 15/12/2010)”.

“El recurso extraordinario interpuesto deviene, pues, insuficiente a los fines pretendidos y lo expresado por el recurrente evidencia tan solo una mera disconformidad y un criterio distinto que no logran rebatir las conclusiones efectuadas por la Cámara”.

El Dr. Genoud en minoría se pronuncia en sentido favorable al RIL de la demandada, propugnando en consecuencia el rechazo de la demanda.

“Destaco que el matrimonio se celebró en el año 1977 y que para el año 2007 ya hacía —al menos doce años— que los cónyuges se encontraban separados de hecho (v. fs. ...)”.

“El acta del convenio celebrada por aquellos el 25/03/1994 (fs. ...) da cuenta que la señora Almonacid desistió de su reclamo por alimentos, comprometiéndose el señor Fiszman a solventar únicamente los de sus hijas. También, la actora manifestó su renuncia a los alimentos devengados que pudieran corresponderle en virtud de su vinculación matrimonial. Del mismo modo dejó aclarado que carecía de derechos alimentarios hacia el futuro (punto 10)”.

“A partir de dichos aspectos es válido inferir que, en este caso, entre la actora y el causante, no ha existido una comunidad de vida que haga presumir que la privación del ingreso del extinto impacte en la economía de la peticionaria”.

“Ello a tenor de que la finalidad de la prestación previsional es la de compensar el desequilibrio económico que produce el fallecimiento del afiliado”.

“No se trata en el caso de determinar el alcance o la interpretación del texto legal, sino de establecer la plataforma fáctica que permita dimensionar la previsión legislativa”.

“Tal como ha señalado esta Corte, la finalidad del beneficio pensionario es justamente socorrer el desamparo económico producto de la desaparición del jubilado, que ocupaba el rol de alimentante. Situación que no se verifica en autos”.

“Por lo brevemente expuesto considero que corresponde hacer lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por la demandada, revocar la sentencia de origen en cuanto dispuso el otorgamiento del beneficio pensionario a la actora, disponiendo el rechazo de la demanda”.

III. Reajuste del haber

III.1. Caja de la Policía. Reencasillamiento. Correlación. Cargos “Capitán” y “Mayor”. Ley 14.382. Irretroactividad. Precedente “Balbastro”. Leyes 13.236 y 13.982. Clausura de carrera. Insuficiencia del RIL

En los autos “Chiquini, Daniel Lorenzo y otros c. Caja de retiros, Jubilaciones y Pensiones de la Policía de la Provincia de Buenos Aires y otro. Pretensión anulatoria. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley” (A. 74.275), SCBA 29/08/2018, LL AR/JUR/87616/2018 la Suprema Corte desestimó el RIL interpuesto contra la sentencia de Cámara que no había hecho lugar a la demanda, confirmando el encasillamiento de los actores en las jerarquías de Capitán y Mayor, a partir de la sanción de la ley 14.382.

El Dr. Genoud refiere los antecedentes del expediente:

- Los actores inician demanda contra la Caja Policial solicitando el reencasillamiento de sus beneficios previsionales a partir de la vigencia de la ley 13.982.

- En primera instancia es rechazada la demanda, confirmando el encasillamiento en las jerarquías Capitán y Mayor a partir de la sanción de la ley 14.382 (cuyo art. 3º establece la equiparación a futuro), en lugar de hacerlo desde la vigencia de la ley 13.982 como pretendían los demandantes.

- La Cámara en lo Contencioso Administrativo de La Plata confirma lo resuelto en la instancia de grado, con base en los siguientes fundamentos: la norma carece de efectos retroactivos; el derecho de los actores tiene su fuente en la equiparación legal, no pudiendo extenderse más allá de lo regulado por la norma; el criterio de equiparación de los pasivos con los activos respeta el principio de movilidad; el reconocimiento de mayores cargos se funda en la carrera del agente durante el servicio activo y concluye con la pa-

sividad, clausura de la carrera; los apelantes no prueban que haya situaciones iguales que las normas hayan tratado de modo diferente; la equiparación legal no significó retrogradación alguna con el nivel obtenido al momento del retiro.

- Los actores interponen RIL.

El Sr. juez emite su voto desfavorable a la procedencia del RIL deducido por los accionantes.

“Mediante recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley o doctrina legal, los actores denuncian errónea aplicación de los arts. 1º, 2º, 3º y 7º del Cód. Civ. y Com.; 163 inc. 5º del Cód. Proc. Civ. y Com.; 14, 14 bis, 17, 18, 28, 31, 33 y 43 de la CN; 17, 22 y 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 16, 17 y 18 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 1º, 8.1, 21, 24 y 25 Convención Americana sobre los Derechos Humanos; 9º y 11 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Acusa también violación de la doctrina legal de esta Corte”.

“Indican que si bien el art. 7º del Cód. Civ. y Com. establece como principio la irretroactividad de la ley, dispone como salvedad que, si la misma así lo prevé, se limitará su aplicación respecto de derechos amparados por garantías constitucionales. Aduce así, que con la entrada en vigencia de la ley 13.982, del dec. 3000/2010 y los anexos, debieron ser reescalafonados en la jerarquía de Mayor y de Capitán, y que la administración los equiparó injustamente con las categorías de Teniente Primero y Teniente, respectivamente”.

“Sostiene que el reconocimiento y reparación de los derechos afectados y reclamados por los actores se consagró con la sanción de las leyes 14.382 y 14.383, en cuyos mensajes de elevación a la legislatura el Poder Ejecutivo reconoció, expresamente, que las modificaciones sufridas con posterioridad a la derogación del dec.-ley 9550/1980 perjudicaron a quienes, habiendo realizado su carrera policial, que como Suboficiales habían llegado a la última y anteúltima jerarquía de su carrera”.

“Seguiré en el tratamiento de los agravios los fundamentos expuestos por el doctor Sorria en la causa A. 73.211, ‘Balbastro’, sentencia de 25/04/2018, sustancialmente análoga a la presente y a los que en aquella oportunidad adherí”.

“Los impugnantes señalan que obtuvieron su calidad de pasivos revistando en los grados de Suboficial Mayor y Suboficial Principal bajo el régimen del decreto ley 9550/1980, y que ya en pasividad fueron correlacionados salarialmente a Teniente y Teniente I con la sanción de la ley 13.982”.

“Del análisis de las normas aplicables al caso, surge que el Poder Ejecutivo estableció por vía reglamentaria las equivalencias por correlación de cargos entre el anterior régimen del decreto ley 9550/1980 y el de la ley 13.201, luego sustituida por ley 13.982, y dec. 1766/2005 (personal de apoyo), en cumplimiento de lo exigido por el art. 27 de la ley 13.236, respetando la identidad con el reescalafonamiento efectuado legislativamente para quienes se encontraban en actividad. De lo que surge *prima facie* la legitimidad de las normas analizadas, en las que no se advierte exceso en el ejercicio de la facultad reglamentaria”.

“No se acreditó en autos que las funciones de los cargos que detentaban al momento de cesar, no se hallen reflejadas en las asignadas a los activos con quienes se los ha equiparado. Solo delimitan sus agravios a que quedaron posicionados más abajo en la escala de grados, pero no advierten que ello por sí solo no demuestra un perjuicio atendible, ni menos aún la vulneración a la garantía de la movilidad,

por cuanto no ha sido efectivamente acreditado el perjuicio alegado”.

“Establecer si se produjo o no una merma en los haberes previsionales del recurrente constituye una cuestión que debió ser probada ante los jueces de la instancia ordinaria”.

“Los recurrentes no invocaron el absurdo a efectos de revisión de la alegada merma en sus haberes previsionales. Así tal recurso no puede ser admitido pues lejos se encuentra de demostrar el error palmario en que habría incurrido el Tribunal de Alzada al no considerar las particularidades del caso, que según criterio del recurrente, vulnera su derecho a una jubilación justa (arts. 279 y 384, Cód. Proc. Civ. y Com.)”.

“La Cámara interviniente específicamente juzgó que resultaban insuficientes los argumentos traídos a esa instancia, tendientes a obtener un reconocimiento de la jerarquía de Mayor y Capitán con un alcance más amplio que el otorgado por el legislador mediante la ley 14.382, pues el derrotero recursivo delineado aparecía desprovisto de elementos de convicción que le otorguen andamiento, en la medida que ese propósito intenta superar una limitación temporal hacia atrás, en tanto dicha ley no prevé su aplicación retroactiva. Y agregó que la equiparación legal es la fuente del derecho de los actores y nada autoriza a considerar la extensión de ese reconocimiento más allá de cuanto regula el cuerpo normativo que la reglamenta y establece”.

“Esta Corte tiene dicho que es requisito de ineludible cumplimiento para el recurrente en instancia extraordinaria la réplica concreta, directa y eficaz de los fundamentos estructurales del fallo, puesto que la insuficiencia impugnatoria en este aspecto deja incólume la decisión que se controvierte. Deficiencia que se presenta, entre otros factores, como consecuencia de la falta de cuestionamiento idóneo de los conceptos o fundamentos sobre los que, al margen de su acierto o error, se asienta la sentencia del tribunal (doctr. causa A. 72.525, ‘Fiscalía de Estado de la Provincia de Buenos Aires’, sent. de 16/03/2016, e.o.), lo que acontece en la especie”.

“No se advierte error judicial en lo resuelto por el Tribunal de Alzada, que juzgó que el reescalafonamiento no implicó el despojo que es objeto de señalamiento en el recurso, sino que significó una nivelación con el personal en actividad pese a la consumación de su situación en un nivel cerrado al tiempo del estado de pasividad”.

III.2. Caja de Ingenieros. Ley 12.490. Principio de movilidad. Garantía del art. 14 bis de la CN. Insuficiencia del RIL. Absurdo. Argumentos idénticos a los esgrimidos en la instancia ordinaria

En la causa “Asociación Civil de Jubilados y Pensionados de la Ingeniería de Mar del Plata c. Caja de Previsión Social para Agrimensores, Arquitectos, Ingenieros y Técnicos de la Provincia de Buenos Aires. Pretensión restablecimiento o reconocimiento de derechos. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley o doctrina legal” (A. 73.244), SCBA 17/10/2018, LL AR/JUR/87619/2018 la Suprema Corte rechazó el RIL que interpuso la parte actora contra el fallo de Cámara que al igual que el de primera instancia, no hizo lugar a la demanda instaurada por la Asociación Civil de Jubilados y Pensionados de la Ingeniería de Mar del Plata reclamando mejoras en el sistema de movilidad.

La Sra. jueza Dra. Kogan señala antecedentes del caso:

- La Asociación actora inicia demanda contra la Caja de Agrimensores, Arquitectos, Ingenieros y Técnicos provincial, solicitando la adecuación de haberes en pasividad con relación a los aportes de los activos y a la cuota

mínima anual obligatoria (CMAO); la actualización de la CMAO conforme al índice de la construcción; y la creación de un sistema de movilidad que asegure la garantía del art. 14 bis de la CN.

- En 1ª instancia es rechazada la demanda, se fundamenta en que el régimen particular de esa Caja no contiene estándares comparativos que permitan visualizar la falta de proporcionalidad entre pasivos y activos; que en dicho régimen no existen categorías como en las relaciones de empleo público que permiten evaluar la desproporcionalidad; que la garantía constitucional del art. 14 bis deja librado al criterio legislativo el método a seguir para lograr sus objetivos; que la ley 12.490 asegura en principio el estatus del jubilado con relación a sus aportes; que no hay prueba alguna que acredite un quiebre entre las situaciones de pasividad y actividad.

- La Cámara interviniente confirma lo resuelto en la instancia anterior, reiterando sus fundamentos, y argumentando además que no procede condenar a la Caja a que proponga un proyecto de ley sobre movilidad como se hizo con el caso “Badaro”; que son distintas circunstancias ya que la demandada es un ente público no estatal y en “Badaro” era AN-SeS; que no es necesario un proyecto de ley puesto que la ley 12.490 cuenta con mecanismos como la Asamblea o el Consejo Directivo.

- La Asociación actora interpone RIL.

La Dra. Kogan funda su postura desestimatoria del RIL interpuesto por la entidad demandante.

“El impugnante acusa genéricamente la errónea aplicación del sistema previsional comprendido en la ley 12.490, pero omite demostrar la manera en que el pronunciamiento atacado conculca las garantías y derechos invocados, eludiendo de esa forma las exigencias técnicas previstas en el art. 279 del Cód. Proc. Civ. y Com.”.

“Es infructuosa la mención relativa a la inaplicabilidad del art. 14 bis de la CN. Al respecto refiere el recurrente que procede su aplicación directa, destacando que la ley 12.490 que establece el Sistema de Previsión y Seguridad Social para Agrimensores, Arquitectos, Ingenieros y Técnicos de la Provincia de Buenos Aires no garantiza la movilidad de sus prestaciones”.

“Los argumentos traídos a esta instancia extraordinaria son idénticos a los utilizados por la recurrente en la instancia de la apelación (v. fs. ...), los que fueron resueltos por el Tribunal de Alzada en forma contraria a sus pretensiones (v. punto V.c. del decisorio agregado a fs. ...)”.

“Tiene dicho este Tribunal que el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley adolece de deficiente técnica recursiva si el recurrente reproduce argumentos que guardan identidad con los esgrimidos en la instancia de apelación ordinaria, y que fueron desechados por el *a quo* con fundamentos que llegan firmes a la instancia extraordinaria por no haber sido rebatidos convenientemente”.

“Por otra parte no es de recibo el embate relativo a la valoración e interpretación de la prueba realizada en las instancias ordinarias, toda vez que la recurrente no acredita —aun sin invocarlo— la configuración del absurdo, único supuesto que habilita el conocimiento de esta índole de cuestiones en sede extraordinaria”.

III.3. Art. 6º de la ley 8320 (82% móvil). Reconocimiento del IPS a partir de 24/06/2013. Cuestión abstracta. Art. 7º de la ley 8320. Condición financiera de la Caja. Prueba a cargo del actor. Procedencia del pago por el período comprendido entre 16/11/2011 y 24/06/2013 (mayoría). Liquidación del beneficio según art. 6º de la ley

8320. Falta de motivación del acto administrativo. Estado financiero del organismo. Carga de la prueba. Violación del derecho de defensa del actor (minoría)

En la causa caratulada “Filomeno, Alejandro C. c. IPS s/ pretensión anulatoria. Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de Ley” (A. 72.240), SCBA 05/12/2008, LL AR/JUR/87621/2018 el Tribunal por mayoría hizo lugar parcialmente al RIL articulado por el actor, disponiendo el reajuste del haber mediante la movilidad del 82% de la remuneración del legislador en actividad, entre el lapso que corre del 16/11/2011 al 24/06/2013.

El Dr. Pettigiani reseña los antecedentes relevantes:

- El actor promueve demanda contra el IPS que resuelve liquidar su haber jubilatorio con base en el 70% de la remuneración del senador provincial, en lugar del 82% móvil que pretende el titular.

- La Sra. jueza de 1ª instancia hace lugar al reclamo disponiendo liquidar el haber conforme al art. 6º de la derogada ley 8320 (82% móvil) con retroactividad al cese el 01/11/2007.

- Se funda en la falta de motivación del acto administrativo; en que no se acreditó la imposibilidad financiera de cumplir con el porcentaje previsto en el art. 6º de la ley; y en que no deben aplicarse las normas del régimen general (dec.-ley 9650/1980) dado que no existe un vacío normativo en la legislación específica.

- Apelado el fallo, la Cámara interviniente lo revoca con base en estos argumentos: el porcentaje del 70% tiene sustento normativo en el art. 41 del dec. ley 9650/1980, en cuanto no está modificado por el régimen especial; que el sistema del 82% móvil que prevé el art. 6º no es de aplicación automática; que no procede invertir la carga de la prueba imponiendo al IPS la demostración de su imposibilidad financiera; que los regímenes especiales deben interpretarse con criterio estricto.

- El actor interpone RIL.

El Dr. Pettigiani fundamenta su voto mayoritario.

“El organismo requerido [IPS] informa que por resolución ... de 13 de marzo de 2016, dictada por el Honorable Directorio, se reconoce el derecho del aquí actor Alejandro Oscar Filomeno a que se regulen sus haberes previsionales de acuerdo con el art. 6º de la ley 8320 —actualmente derogada—, liquidándose diferencias a su favor desde el 24 de junio de 2013”.

“Fiscalía de Estado acompaña copias de las actuaciones en que se basó el informe producido por el organismo previsional, debiendo destacarse que se reconoce que estaba en condiciones de abonar el porcentual que aquí se discute desde el 16 de noviembre de 2011, al existir viabilidad presupuestaria/económica/financiera”.

“Liminarmente habré de señalar que se ha tornado abstracta la controversia que se suscita en el *sub lite* en cuanto a la procedencia del reclamo del reajuste de haberes conforme el porcentual establecido en el art. 6º de la ley 8320 —actualmente derogada— desde el 24 de junio de 2013, fecha desde la que tiene efectos patrimoniales la resolución del Directorio del Instituto de Previsión Social 836.241/16 que así lo reconoce”.

“La perspectiva desde la que el recurrente orienta su impugnación es ineficaz, en tanto invoca la violación del art. 6º de la ley 8320 —actualmente derogada— sin denunciar la existencia de absurdo en la apreciación de las circunstancias fácticas que expuso la Cámara actuante, conducentes —al cabo— a verificar la existencia del presupuesto de hecho que

torna operativa la norma (respecto de la condición prevista en el art. 7º del citado cuerpo legal).

“En tales condiciones, resulta incumplida la exigencia prevista en el art. 279 del Cód. Proc. Civ. y Com. que establece que el escrito con el que se interpone y funda el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley debe demostrar la existencia de violación o error en la aplicación de la ley y los argumentos que en él se formulen deben referirse directa y concretamente a los conceptos que estructuran la construcción jurídica en que se asienta la sentencia”.

“No obstante la solución denegatoria, por el período que va desde el 16 de noviembre de 2011 al 24 de junio de 2013, corresponde hacer lugar parcialmente al argumento sostenido por el recurrente en el que denuncia que en la actualidad la situación financiera del organismo demandado se encuentra cubierta por las denominadas ‘Letras de Tesorería Provincial’, que sirvieron para sostener o financiarlo en su caso, en tanto lo expuesto se ve reflejado en lo manifestado por el propio Instituto de Previsión Social en la resolución ... en la que manifiesta sin ambages que estaba en condiciones presupuestarias/económicas/financieras de abonar el 82% móvil previsto en el art. 6º de la ley 8320 —actualmente derogada— desde el 16 de noviembre de 2011, lo que importa una confesión extrajudicial al propio interesado acreditada en autos mediante prueba documental acompañada por la accionada (arts. 46 y 77 inc. 1º, ley 12.008; 163 inc. 6º, 423 y 384, Cód. Proc. Civ. y Com.)”.

“Entiendo, pues, por las consideraciones vertidas y a la luz de los elementos reunidos en la causa, que debe acogerse el recurso traído revocando parcialmente la sentencia de Alzada puesta en crisis, reconociendo el derecho del señor Alejandro Oscar Filomeno de que se le reajuste su haber previsional en los términos demandados desde el 16 de noviembre de 2011 hasta el 24 de junio de 2013”.

El Sr. ministro Dr. Soria expone los fundamentos de su voto disidente.

“La cuestión a resolver gira en torno a determinar si le asiste razón al demandante en cuanto a que, en el período anterior al 24 de junio de 2013, debió liquidarse su beneficio previsional en los términos del art. 6º de la ley 8320 —actualmente derogada— reconociéndole el 82% móvil de la remuneración prevista en el art. 5º de la norma, o como lo resolviera la Cámara, un 70% por aplicación del régimen general de la ley 9650/1980. Ello así, por cuanto desde esa fecha y conforme surge de la resolución agregada a fs. ..., el accionante percibe su jubilación por el porcentaje pretendido en el *sub lite*”.

“La motivación (arts. 1º, Const. prov. y 108, dec.-ley 7647/1970) así como las formas esenciales (v.gr. la publicidad, las mayorías debidas), la competencia, el fin público y el contenido ajustado al ordenamiento, son requisitos del acto administrativo (art. 103, dec.-ley cit.) de cuyo cumplimiento depende su juridicidad y cuya verificación, por ende, es plenamente realizable en el marco de un proceso judicial (causas A. 70.444, cit. y B. 63.173, ‘Di Lorenzo’, sent. de 13/11/2013). Tales premisas, definen los parámetros sobre los cuales ha de decidirse la cuestión controvertida”.

“Sobre esta base, y en lo que hace específicamente al *sub lite*, es dable colegir que la resolución ... que le acuerda el beneficio previsional a la parte demandante (v. fs. ...), no expresa fundamento jurídico alguno respecto de los motivos por los cuales se reconoce dicho beneficio con un porcentaje del 70% (conf. art. 2º) y no como lo sostiene el beneficiario, sobre el porcentaje previsto específicamente en la ley especial. Tal omisión, que resulta dirimente para la validez del acto, torna el obrar administrativo ilegítimo. Al de-

cidir, el organismo con censurable insuficiencia dispone la concesión del beneficio en los términos indicados, sin la debida cita legal, ni relación de antecedentes, que permita al administrado conocer los motivos determinantes de la decisión”.

“Debe tenerse en cuenta que el cargo sobre el cual se acuerda el beneficio previsional es el de senador provincial”.

“Al abrigo de las circunstancias señaladas, resulta certero el agravio de la quejosa en su recurso, en cuanto manifiesta que no existe indicio alguno que le permita conocer los motivos de la decisión, a los efectos de impugnarla”.

“Cabe concluir entonces, que la resolución ..., transgrede lo dispuesto en el art. 108 del dec.-ley 7647/1970”.

“Los motivos dados por el organismo al dictar la resolución ..., relativos a la situación financiera superavitaria que se indicara —y que permite hacer lugar al reclamo— no validan la falta de motivación del acto original así concedido, ya que si al momento de otorgar la jubilación el ente accionado estimaba que resultaba aplicable la situación emergente del art. 7º, debió explicitarlo con claridad y sostén fáctico a los efectos de satisfacer el requisito de motivación”.

“Estimada la pretensión anulatoria (conf. art. 12 inc. 1º, CCA; v. fs. 8 vta.), corresponde abordar el segundo segmento del pedimento del reclamo del actor en torno a la concesión del beneficio en los términos de la ley 8320. Adelanto mi opinión favorable a tal postulación, por los motivos que a continuación expongo”.

“Dicha norma prevé que se encuentran obligatoriamente comprendidos en ese régimen todos los legisladores de ambas Cámaras (conf. art. 1º). Además, observa que ‘el haber de la jubilación será del 82% móvil de los montos establecidos en el art. 5º. Tal beneficio se actualizará de acuerdo con la variación de las remuneraciones que perciba el legislador en actividad’ (conf. art. 6º)”.

“No consta en la presente causa, motivo o circunstancia alguna que permitan excluir a la especie de la solución propiciada por el texto de la ley, por lo que corresponde acordar el reconocimiento al actor del beneficio en los términos antes indicados (conf. art. 12 inc. 2º, CCA) por el período anterior al 24 de junio de 2013”.

“Asiste razón a la recurrente, que aunque en forma desordenada (v. fs. ...), denuncia que la defensa fiscal, ni siquiera ha invocado la excepción del art. 7º de la ley 8320 —actualmente derogada—. Por otra parte, resulta claro que en caso de ser ello así, es el ente previsional quien debe acreditar esta situación, pues mal podría el administrado tener acceso a la información financiera que le permita demostrar si el organismo se hallaba en condiciones de pagar el porcentaje del 82%”.

“En el acto de fs. ... se da cuenta del derrotero del trámite administrativo del que surge una situación financiera favorable, lo que según se informa motivó dicha decisión. En tal procedimiento tomaron intervención la Dirección Provincial de Presupuesto del Ministerio de Economía y la Contaduría General de la Provincia. Ello deja en evidencia la desproporcionalidad que significaría hacer recaer sobre el interesado la acreditación de tan específica información acerca de las finanzas públicas. Poner tal carga probatoria en cabeza del actor vedaría gravemente su derecho de defensa (conf. art. 15, Const. local)”.

IV. Procedimiento administrativo y judicial

IV.1. Acción de amparo. Plazo de caducidad del art. 6º, ley 7166. Norma destinada a produ-

cir efectos continuados. Circunstancias denominadas periódicas o de tracto sucesivo. Doctrina legal de la SCBA. Derecho constitucional del acceso a la justicia de los particulares

En los autos “I., M. M. Acción de amparo” (C. 121.852), SCBA 22/08/2018, LL AR/JUR/87623/2018 la Suprema Corte revocó el fallo de Cámara e hizo lugar al RIL deducido por el actor, quien promovió acción de amparo contra la Organización de Servicios Directos Empresarios que le había denegado la cobertura del tratamiento de rehabilitación por hidroterapia, pretensión rechazada por extemporánea en las instancias de grado.

El Dr. De Lázzari menciona los antecedentes de la causa:

- El actor, quien padece cervicalgia severa tensional, inicia acción de amparo contra la Organización de Servicios Directos Empresarios solicitando cobertura médica para un tratamiento de hidroterapia.

- Tanto en 1ª instancia como en la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial de Lomas de Zamora fue rechazada la pretensión por extemporánea, en virtud de haberse vencido el plazo de caducidad del art. 5º de la ley 13.928.

- El actor interpone RIL argumentando que el plazo de caducidad no se aplica respecto de actos u omisiones lesivas periódicas, y que además dicho plazo es contrario al art. 43 de la CN.

El Sr. juez fundamenta su opinión favorable a la admisión del RIL, y consecuentemente al progreso de la demanda.

“Las instancias de grado han desestimado la pretensión incoada por meritar que el plazo del señor I. había fenecido con anterioridad a la concurrencia judicial. En prieta síntesis, sostuvieron que el accionante fue notificado por la prestadora social el día 2 de diciembre de 2015 acerca del rechazo de la cobertura a su tratamiento médico y del reintegro de las sumas de dinero que el mismo demandara y que, frente a tal situación, el interesado no desarrolló ninguna actividad hasta marzo de 2016 para plantear su problema”.

“El plazo de caducidad para interponer la acción de amparo previsto en el art. 6º de la ley 7166, cuya redacción se mantiene en el art. 5º de la ley 13.928 (texto según ley 14.192), importa una reglamentación razonable del derecho de defensa, pues no suprime ni desnaturaliza su práctica. A ello, debe sumarse que el término procesal en debate no debe quedar librado al criterio de los jueces mientras exista una norma legislativa que lo regule. El art. 43 de la CN es de carácter operativo, lo que no prohíbe que las normas infraconstitucionales fijen un plazo para el ejercicio de la acción de amparo, salvo que su exigüidad limite el acceso a la justicia”.

“Las cuestiones vinculadas con el término para interponer la acción deben ser interpretadas y resueltas con criterio restrictivo; y en caso de duda debe estarse a favor de la apertura de esa vía. Ello es así, dada la amplitud de miras con que deben examinarse las cuestiones formales en el ámbito de cualquier proceso y en particular en el de la garantía de amparo, elevada a rango constitucional en 1994 sin otra limitación que la señalada en el segundo párrafo del inc. 2º del art. 20 de la Const. Prov.”.

“Frente a determinadas situaciones jurídicas en las que la conducta lesiva —y no solo sus efectos— dura en el tiempo y se renueva periódicamente, resulta aplicable la corriente de pensamiento sentada por la Corte de Justicia nacional, según la cual dicho término obsta al amparo en la medida en que con la acción incoada se enjuicia una ilegalidad o arbitrariedad continuada, sin solución de

continuidad, originada, es verdad, tiempo antes de recurrir a la justicia, pero mantenida al momento de accionar y también en el tiempo siguiente. No se trata de un hecho único, ya pasado, cuyo juzgamiento tardío comprometa la seguridad jurídica ni un hecho consentido tácitamente ni de aquellos que en virtud de su índole deben plantearse en acciones ordinarias”.

“Criterio este que fuera sustentado por la mayoría de este Tribunal al resolver las causas Ac. 38.680, ‘Reyes’; Ac. 39.231, ‘Pergolani’; Ac. 39.432, ‘Feito’ y Ac. 40.237, ‘Boccaccio de Pincardini’, todas sentencias del 05/12/1989. Allí se sostuvo: ‘a) Cuando la norma o acto estatal impugnados afectan de un modo instantáneo derechos amparados por garantías constitucionales, está por demás claro que el plazo de caducidad de que se trata corre a partir del momento en que el interesado tuvo conocimiento del agravio y que la aplicación del precepto se torna imperativa para los jueces [...] b) Pero cuando la norma o acto cuestionados por la vía del amparo aparejan para el interesado un desconocimiento o vulneración de sus derechos constitucionales que operan de un modo permanente, la solución ha de ser otra”.

“Si una norma como la del decreto aquí cuestionado, está destinada a producir efectos continuados que se reproducen de un modo periódico o sistemático o que perduran en el tiempo sin solución de continuidad, la posibilidad de ejercer la acción de amparo por parte del damnificado no se agota con el fenecimiento del plazo del art. 6º, contado desde la fecha de vigencia de la misma norma. Admitir lo contrario en circunstancias como las expuestas importaría imponer a todo ciudadano la carga de impugnar la norma o acto cuestionable del poder público como condición *sine qua non*, para mantener expedita la vía del amparo, aunque aún no se hubieren producido los efectos susceptibles de tacharse de incompatibles con los derechos o garantías constitucionales invocados por el interesado o aun cuando, en función de circunstancias susceptibles de variación temporal, recién pongan de manifiesto su inconstitucionalidad con mucha posterioridad al dictado de la norma... (v. mis votos en causas B. 63.305, ‘Asociación Judicial Bonaerense’, sent. de 26/09/2007; B. 65.735, ‘P., I. S.’, sent. de 29/12/2008 y B. 65.072, ‘Rojas’, sent. de 29/12/2008)”.

“En lo que resulta atinente al caso en revisión, lo importante es que la ilegalidad o arbitrariedad del acto o de la omisión se mantenga al momento de demandar (antes, durante y después) y que el agraviado actúe con celeridad, ya que la acción no decae mientras subsista la situación lesiva de derechos. Por tal motivo, es que el legislador provincial se ha visto compelido a regular el último párrafo del art. 5º de la ley 13.928 y dejar establecido normativamente que, en los supuestos de actos u omisiones lesivas periódicas, el plazo para deducir la acción debe comenzar a computarse respecto de cada uno de aquellos”.

“Entiendo que la dolencia informada por el señor I. —cervicalgia severa— (v. fs. ... juntamente con la documental que obra en forma acollorada) se erige en una circunstancia de las denominadas periódicas, por prolongarse en el tiempo, o de tracto sucesivo que renueva la pretensión día a día o mes a mes y conlleva —inexorablemente— al reinicio automático del plazo de caducidad para interponer la demanda”.

“Sostener una tesis contraria importaría privar al amparista de obtener una respuesta jurisdiccional a la petición de tal orden; y vulnerar el derecho constitucional del acceso a la justicia de los particulares (arts. 14, 18, 42 y 43 de la CN; 10, 14, 15 y 20 de su par bonaerense y 5º de la ley 13.928, texto según ley 14.192)”.

V. Recurso extraordinario de inconstitucionalidad

V.I. Recurso de inaplicabilidad de ley (RIL). Emergencia económica. Art. 15 de la ley 12.727. Inaplicabilidad. Precedentes “UPCN” y “AERI”. Prescripción. Plazo decenal. Aplicabilidad del anterior Código Civil. Tratados internacionales. Inoficioso tratamiento del RIL

En los autos caratulados “Peñaloza, Aída del Carmen c. Ministerio de Economía (IPS) s/ Pretensión de restablecimiento o reconocimiento del derecho” (A. 71.313), SCBA 03/10/2018, LL AR/JUR/87625/2018 el Tribunal provincial hizo lugar al recurso extraordinario de inconstitucionalidad deducido por la actora —contra el fallo de Cámara que sostenía la constitucionalidad parcial temporal de la emergencia económica—, declarando la inaplicabilidad del art. 15 de la ley 12.727 y condenando a la accionada a restituir la totalidad de las sumas retenidas hasta el 31/12/2003.

El Sr. ministro Dr. De Lázari refiere los antecedentes de la causa:

- El Juzgado Contencioso Administrativo N.º 1 de La Plata hizo lugar a la demanda de la actora, declarando la inconstitucionalidad e inaplicabilidad del art. 15 ley 12.727 que redujo su haber previsional, ordenando al IPS que restituya lo retenido con sus intereses.

- La mayoría de la Cámara interviniente revoca parcialmente el pronunciamiento de la instancia anterior, sosteniendo la constitucionalidad parcial temporal de la emergencia económica, con base en el precedente “UPCN” (1).

- La accionante interpone los recursos extraordinarios de inconstitucionalidad y de inaplicabilidad de ley o doctrina legal, argumentando su edad avanzada, que tenía a cargo a su esposo con problemas neurológicos fallecido durante el proceso, y destacando que la sentencia de Cámara violentaba el derecho constitucional de propiedad y el principio de razonabilidad, establecidos respectivamente por los arts. 31, 11 y 57 de la Carta Magna provincial.

El Dr. De Lázari desarrolla los argumentos de su voto, haciendo lugar al recurso extraordinario de la parte actora.

“Le asiste razón a la recurrente porque su caso se encuadra en aquellos en que este Tribunal hizo mérito de la situación particular del accionante a la hora de analizar las excepciones a la aplicación de la ley 12.727 de Emergencia Económica y Financiera”.

“No se debe considerar la ley —que por principio es constitucional—, de manera aislada, sino observando que la cuestión debatida consistió en determinar si la accionante —dada su especial situación—, debía soportar en igualdad de condiciones con las demás personas alcanzadas por ella, la aplicación del art. 15 de la ley 12.727 de emergencia económico-financiera y sus normas complementarias”.

“Es que no obstante que el Tribunal, por mayoría, al decidir las causas I. 2.312, “AERI” y B. 64.621, “UPCN”, sentencias de 01/10/2003, declaró la validez constitucional de las medidas previstas en la ley 12.727 para paliar la emergencia económica por entonces existente, también lo es que ha dispuesto la inaplicabilidad de dicho régimen ante situaciones que ameritaban su excepción, ya sea por la edad avanzada del accionante... por la grave enfermedad que lo afectaba... o por padecer una discapacidad...”.

“Así, detalladas las postulaciones de las partes, reseñado lo actuado y ponderadas las constancias probatorias que se agregan acreditando la grave enfermedad que aquejaba, al momento de la entrada en vigencia de la ley 12.727, al esposo de la accionante (isquemia cerebral multifocal, con complicaciones vinculadas a un deterioro cognitivo severo, v. fs. ...), toda vez que las circunstancias del caso guardan sustancial identidad a las que fueron materia de debate y decisión en la causa B. 65.735, ‘P., I. S. contra Poder Ejecutivo y ots. Amparo’, sentencia de 29/12/2008; en especial las causas B. 64.912, ‘Aneto, Alberto Ángel contra Provincia de Buenos Aires. Acción de Amparo’, sentencia de 20/10/2010 y B. 67.476, ‘Maier, Norberto Guillermo contra Provincia de Buenos Aires (Honorable Cámara de Diputados). Amparo’, sentencia de 16/02/2011; considero que para la resolución de la cuestión planteada cabe remitirse a los fundamentos dados en la citada causa, por razones de brevedad”.

“Por las razones indicadas, oída la señora Procuradora General, si mi opinión es compartida, considero que debe declararse la inaplicabilidad a la accionante del art. 15 de la ley 12.727 junto a sus normas complementarias”.

“Ciertamente es también que en tal análisis no debe perderse de vista el postulado procesal denominado ‘adhesión a la apelación’ que impone, en la resolución del recurso extraordinario de inconstitucionalidad, tener en cuenta lo alegado por la contraparte, ausente en su tramitación porque la sentencia le fue favorable... En consecuencia, corresponde atender los argumentos ensayados por la Fiscalía de Estado respecto al planteo de prescripción parcial de los haberes devengados”.

“Considero que el art. 62 del dec.-ley 9650/1980 resulta inaplicable al caso en estudio. En efecto, la mentada disposición se refiere a ‘la obligación de pagar haberes’ por parte de la Administración cuando aquellos se hubieran devengado con posterioridad a la solicitud de la jubilación. En el *sub examine*, contrariamente, se trata de establecer el plazo de prescripción correspondiente a la devolución de los descuentos efectuados de manera ilegítima sobre el haber previsional de la accionante”.

“Ante ello, no considero plausible propiciar la aplicación supletoria al supuesto ventilado en el *sub lite* del plazo bienal de prescripción contenido en el régimen previsional general. Semejante interpretación forzaría el texto de la ley para abarcar casos que el legislador no ha considerado”.

“Considero acertado en el caso el plazo de prescripción decenal resuelto en la instancia de origen (art. 4023 del Cód. Civil —actualmente derogado—), por lo que corresponde rechazar los agravios planteados por la Fiscalía de Estado al respecto”.

“El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación no habrá de tener incidencia en la resolución de esta causa, en tanto los hechos involucrados en ella se sucedieron bajo la vigencia del anterior Código Civil (ley 340) y, por lo tanto, son las disposiciones de este las que deben regir en la especie (conf. doct. arts. 7º y 2º.537 del Cód. Civ. y Com. —ley 26.994—)”.

“Debe declararse la inaplicabilidad del art. 15 de la ley 12.727 junto a sus normas complementarias, condenando a la provincia de Buenos Aires a restituir la totalidad de las sumas retenidas a la parte actora en virtud de la aplicación de tales preceptos hasta el día 31 de diciembre de 2003”.

La Dra. Kogan fundamenta su voto en el mismo sentido que lo hizo el Dr. De Lázari.

“En anteriores ocasiones (ver, por todas, las causas I. 2.312, ‘AERI’; B. 64.621, ‘UPCN’, sents. de 01/10/2003 e I. 2.522, ‘Medivid’, sent. de 11/09/2011), a cuyos argumentos me remito en lo pertinente y por razones de brevedad, por entender que los mismos resultan enteramente aplicables a la pretensión de autos, he propiciado que se declare la inconstitucionalidad de la ley 12.727”.

“Siendo así, la normativa de excepción aquí cuestionada resulta, si es que cabe la expresión, aún más inconstitucional si se la pretende aplicar a una situación de hecho como aquella en la que se encuentra quien en este caso promovió la demanda (conforme causas B. 65.735, ‘P., I. S. c. Poder Ejecutivo y otros. s/ amparo’; B. 65.072, ‘Rojas’, sents. de 29/12/2008)” (2).

El Sr. juez Dr. Negri se pronuncia también por la procedencia del recurso extraordinario de inconstitucionalidad articulado por la actora.

“Al emitir opinión en las causas B. 64.621, ‘UPCN’ e I. 2312, ‘A. E. R. I.’, sentencias de 01/10/2003 —a cuyos fundamentos me remito en lo pertinente y por razones de brevedad—, expresé que las dificultades que se padecen desde la perspectiva económica no constituyen justificación para incumplir los mandatos constitucionales. Así como la situación de crisis económica resulta indiscutible, tampoco parece discutible el óntico gravamen producido por normas que han disminuido la retribución salarial”.

“A la luz de una Constitución que regula establemente las relaciones entre gobernantes y gobernados, y frente a la colisión del art. 15 de la ley 12.727 y sus normas complementarias con el texto de los arts. 14 bis y 17 de la CN; 10, 31 y 39.1 y 4 de la Const. Prov. de Buenos Aires; 23 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 17 y 23.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica—; 7º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aquella ha de ser declarada inconstitucional, desde su entrada en vigencia”.

“Corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 15 de la ley 12.727 y sus normas complementarias y, en consecuencia, condenar a la provincia de Buenos Aires a restituir la totalidad de las sumas retenidas a la demandante en virtud de la aplicación de los preceptos aludidos, desde la entrada de su vigencia”.

“Lo expuesto es suficiente para acoger el recurso en su integralidad, sin que a ello obstaculice en modo alguno la defensa de prescripción opuesta por la accionada, en tanto la secuencia de hechos y normas en las que se inscribió la pretensión de autos ha impedido que el plazo de prescripción liberatoria de las sumas adeudadas haya comenzado a correr en perjuicio del aquí accionante”.

La Dra. Kogan considera también el RIL de la actora.

“En orden a la solución propuesta para la primera cuestión planteada se ha tornado inoficioso expedirme sobre el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por la accionante”.

VI. Demanda originaria de inconstitucionalidad

VI.1. Art. 161, inc. 1) de la Constitución de la provincia de Buenos Aires. Improcedencia si el conflicto de normas se da con la Constitución Nacional. Validez de la norma en abstracto

En las actuaciones “Varani, Liliana Edith c. Provincia de Buenos Aires s/ inconstitucionalidad decreto ley 9650/80” (I. 74.924), SCBA 26/09/2018, LL AR/JUR/87628/2018 el Tribunal rechaza *in limine* la demanda originaria de inconstitucionalidad promovida por la actora, considerando que el conflicto planteado entre el dec. 9650/1980 y la CN, no encuadra en el marco del art. 161 inc. 1º) de la Carta magna local por no ser “materia regida por esta Constitución”.

El fallo hace referencia a los antecedentes del caso:

- La actora inicia demanda originaria de inconstitucionalidad en procura de la declaración de invalidez constitucional de los arts. 60 y 61 del dec.-ley 9650/1980, que establecen la incompatibilidad entre la percepción del haber jubilatorio con el desempeño de actividad en relación de dependencia.

- La actora también pide la nulidad de la resolución del IPS en que preventivamente se suspendió el pago de su beneficio previsional, por haberse detectado dicha incompatibilidad al cruzar datos con AN-SeS.

La resolución conjunta de los Sres. jueces Kogan, De Lázari, Pettigiani, Soria, Negri y Genoud, fundamenta el rechazo *in limine* de la demanda originaria de inconstitucionalidad.

“El fundamento de la pretensión estriba, básicamente, en que se trata de una norma de facto”.

“La Constitución de la provincia atribuye a esta Suprema Corte el ejercicio de la jurisdicción originaria —sin perjuicio de la de apelación— ‘para conocer y resolver acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas o reglamentos que estatuyan sobre materia regida por esta Constitución y se controviertan por parte interesada’ (art. 161, inc. 1º)”.

“Esta Corte ha resuelto que cuando este último precepto alude a ‘materia regida por esta Constitución’ se refiere —y la interpretación jurisprudencial ha sido invariable al respecto antes y después de la reforma constitucional de 1994— a la necesidad de planteamiento de un conflicto constitucional directo entre la disposición controvertida y la o las normas de la carta local que se consideren infringidas (doctr. causas I. 2027 ‘Sindicato de Trabajadores Municipales de Necochea’, sent. 27/12/2000 e I. 1447 ‘Expreso Merlo SA’, sent. 28/03/2001)”.

“Por tal motivo, se decidió que cuando la norma es cuestionada por su presunta incompatibilidad con la Constitución Nacional la demanda originaria de inconstitucionalidad prevista por el art. 161 inc. 1º de la Carta local resulta improcedente (causas I. 1.169 ‘Malacari’, sent. del 11/12/1984 y sus citas e I. 1998 ‘Piombo’, res. del 18/06/1996; B. 72.098, ‘Mariano’ res. del 10/04/2013)”.

{ NOTAS }

(1) “Unión Personal Civil de la Nación (UPCN) c. Provincia de Buenos Aires s/ Amparo” (B. 64.621); sentencia de la Suprema Corte de Buenos Aires de

fecha 01/10/2003. La doctrina legal que sentó este precedente puede consultarse en “Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires. Máximos precedentes”, Ed.

La Ley, Buenos Aires, t. IV, ps. 510-512.

(2) Consultar texto completo de los precedentes “Rojas” (SCBA 29/12/2008) en B. 65.072; y “Medivid”

(SCBA 21/09/2011) en I. 2.522, dentro de la página web de la Suprema Corte de Buenos Aires (base de datos JUBA).

“El objeto de esta acción y, por ende, el ámbito delimitado de conocimiento reservado a esta vía reside en la discusión sobre la validez constitucional de una norma considerada en abstracto”.

“El objeto primario de la instancia prevista por el art.161 inc.1º de la Const. Prov. reside en la verificación de la validez de la norma considerada en sí misma, sin que ello implique que deban desatenderse por completo los perjuicios derivados de la lesión a los derechos de la parte interesada derivados de su inminente o efectiva aplicación. De lo contrario, no habría ‘caso’ ni ‘legitimación’, requisitos estos que se

inferen a partir de la situación fáctica en que se enmarca la pretensión (conf. arts. 683 y ss.; doctr. causa I 2179, ‘Jaroslavsky’, sent. del 30/11/2011)”.

“Esta Suprema Corte ha señalado que en la acción originaria de inconstitucionalidad resultan improcedentes los planteos que no son formulados a la norma considerada en abstracto, sino que versan sobre la aplicación de ella al interesado... de manera que en principio no resultan atendibles los agravios ajenos al contenido regulatorio de las medidas impugnadas... En tales condiciones, se ha resuelto, la demanda resulta formalmente improcedente (doctr.

causas I. 2018 ‘Club de Campo San Diego SA’, sent. del 14/11/2001; B. 65.124 ‘Gloria’, sent. del 16/06/2004; B. 68.048 ‘Asesor General de Gobierno’, res. del 20/10/2004; B. 73.041 ‘Supermercados Mayoristas Yaguar SA’, res. del 05/03/2014; B. 73.734 ‘C., A. V.’, res. del 12/08/2015 y B. 73.956 ‘Alfani SA’, res. del 22/12/2015”.

“Sin perjuicio de señalar que la norma impugnada, no obstante haber sido dictada por un gobierno de facto, reproduce un principio general del derecho previsional consagrado tanto en leyes anteriores como posteriores dictadas por autoridades regularmente constituidas —tal el

que impide la percepción de un beneficio jubilatorio con el desempeño de tareas en relación de dependencia; v.gr., arts. 78 y 79, ley 8587; 29, ley 13.237— y de advertir que la prestación de la que el actor es titular fue otorgada al amparo de esa misma ley, es claro que lo que se cuestiona es la aplicación de los preceptos discutidos a la concreta situación en la que se encuentra el demandante, circunstancia que sella la suerte de la pretensión expuesta en tales términos”.

Cita on line: AR/DOC/704/2019

THOMSON REUTERS
LA LEY

Información confiable
que avala sus argumentos.

SANEAMIENTO

EVICCIÓN • VICIOS OCULTOS • RÉGIMEN DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Autor: **Andrés Sánchez Herrero**



Encontrá el análisis detallado del Saneamiento, incluyendo garantías por evicción y vicios ocultos, y los aspectos relacionados con el régimen de defensa del consumidor.

 1 tomo + ebook

La obra consta de cuatro partes, en las que analiza:

- las disposiciones comunes a cualquier tipo de saneamiento.
- la garantía por evicción.
- la garantía por vicios ocultos.
- una selección de temas del régimen de defensa del consumidor que están relacionados con la garantía por vicios.

Adquiera la obra llamando al **0810-222-5253** o ingresando en **www.TiendaTR.com.ar**

La inteligencia, la tecnología y la experiencia profesional necesarias para obtener respuestas confiables.



the answer company™
THOMSON REUTERS®

Síguenos en:  ThomsonReutersLaLey •  @TRLaLey  ThomsonReutersLatam

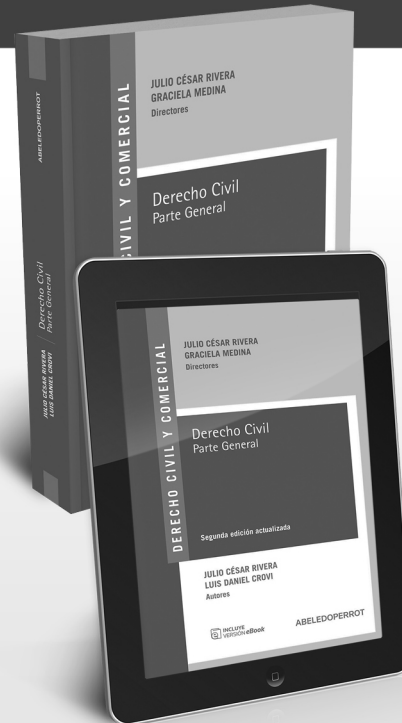
THOMSON REUTERS
LA LEY

Información confiable
que avala sus argumentos.

DERECHO CIVIL PARTE GENERAL

2da. edición actualizada y ampliada

Julio César Rivera • Luis Daniel Crovi
(Autores)



Esta nueva edición te permitirá una rápida puesta al día sobre las reformas que el Código Civil y Comercial de la Nación ha introducido en temas importantes, como: el comienzo de la persona, su régimen de capacidad, los derechos personalísimos, la nueva teoría general de las personas jurídicas y las modificaciones introducidas en materia de hechos y actos jurídicos.

Es una obra de gran utilidad que resume en 1 solo tomo, las principales modificaciones explicadas en un lenguaje didáctico y comprensible.

Adquiera la obra llamando al **0810-222-5253** o ingresando en **www.TiendaTR.com.ar**

La inteligencia, la tecnología y la experiencia profesional necesarias para obtener respuestas confiables.



the answer company™
THOMSON REUTERS®

Síguenos en:  ThomsonReutersLaLey •  @TRLaLey  ThomsonReutersLatam

COLABORADORES:

Diego Calonje
Carlos Druck
Silvia E. Fernández

Javier Guiridlian Larosa
Ivana Her
Marcelo Lamoglia
Marcela A. Martínez

Claudia McCormack
Leonardo F. Pastorino
Ramiro Rosales Cuello
Emilio E. Romualdi

Mercedes Sastre
María Carolina Terrier
Rafael E. Toledo Ríos