

## Semana de la Academia de Derecho

### Doctrina

# Los votos en disidencia en los tribunales colegiados



Alberto R. Dalla Via (\*)

Académico titular de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

Suele atribuirse a Montesquieu que los jueces solo debían hablar por boca de la ley, evitando caer en cualquier tipo de interpretaciones que excedieran del texto escrito. Para Montesquieu, por lo tanto, lo que hoy conocemos como “constructivismo”, “interpretación dinámica” o “activismo judicial”, merecería el más rotundo y —seguramente— visceral rechazo.

Si la ley era la expresión de la “voluntad general”, mal podía admitirse en tal concepción que algunos señores a quienes se sospechaba de haber pertenecido al *ancien régime*, por el mero hecho de detentar la condición de jueces o magistrados, pudieran torcer con su opinión o su parecer lo decidido por los representantes del pueblo al redactar leyes que por entonces se consideraban tan generales y abstractas como las leyes de la naturaleza, de manera que el propio Rousseau llegaría a expresar: “dentro de la ley todo, fuera de la ley nada”.

Se ha dicho muchas veces que las batallas ganadas por Napoleón no fueron más importantes que la sanción del Código Civil como tarea unificadora del derecho existente y vigente. La creación de la Corte de Casación acompañó a ese esfuerzo por la interpretación recta y única del Derecho. No es difícil deducir de allí que si la interpretación debía seguir un recto y único sentido, mal podrían considerarse válidos o admisibles los votos disidentes, separados o contradictorios en los tribunales.

De ahí también resulta que la introducción de cortes o tribunales constitucionales en los Estados de tradición continental europea, a partir de la segunda posguerra, haya comportado siempre roces entre los poderes políticos y la jurisdicción. Para Carl Schmitt, el problema de introducir un tribunal constitucional

consistía en trasladar la política a la justicia o, lo que es lo mismo, comportaba una politización de la justicia. Esa traslación de funciones se produce, según Schmitt, porque los conflictos constitucionales son dudosos o inciertos, debido fundamentalmente a la necesaria imperfección o vaguedad de toda Constitución escrita (1).

El debate entre Kelsen (2) y Schmitt (3) fue uno de los más importantes en la primera mitad del siglo XX, representando no solamente una polémica aparecida a propósito de la creación de los tribunales constitucionales en el período de decadencia de la República de Weimar, sino que también constituye un profundo debate acerca del rol que tiene el intérprete de la constitución.

Este problema también ha merecido reparos y fuertes críticas del otro lado del océano, ya que en la concepción anglosajona y, especialmente, en los Estados Unidos persiste un viejo y largo debate acerca de la crítica contramayoritaria sobre el Poder Judicial por tratarse de un Poder del Estado no representativo, por no surgir del sufragio popular, cuando en definitiva tiene la última palabra en la interpretación judicial y en la aplicación de la norma a casos que versan sobre la vida, la libertad, la propiedad y el honor de las personas.

En tal sentido puede afirmarse que el clásico debate norteamericano entre “originalistas” y “con textualistas” está orientado al mismo problema, cual es el de reducir los márgenes de discrecionalidad con que los jueces resuelven los casos o controversias sometidos a su jurisdicción y competencia. Para los originalistas la certeza se apoya en las palabras del texto constitucional conforme eran interpretadas por los “padres fundadores”, en tanto que los contextualistas encuentran fundamento en interpretar

las normas conforme al sentido actual en el debate crítico de una sociedad democrática (4).

No se trata de un debate puramente teórico, ya que el mismo se ha visto plasmado en distintas líneas jurisprudenciales de la Suprema Corte de los Estados Unidos que ha variado, según los tiempos y conforme a las diferentes composiciones de jueces que tuvo el alto tribunal desde posiciones de autorrestricción (*self restraint*) tendientes a preservar la supremacía de la constitución hasta períodos de marcado activismo, como el de la Corte presidida por Earl Warren, que emitió importantes pronunciamientos de avanzada en material de igualdad y de derechos civiles.

Se destacan los aportes de importantes teóricos como Ronald Dworkin, Bruce Ackerman y John Hart Ely, quienes se han esforzado en poner de relevancia el importante papel de los jueces en la formación de la decisión y la aplicación del Derecho en sociedades democráticas; de manera que los mismos no solamente son guardianes de la norma, sino que también son custodios de la democracia y del sistema representativo que conforman y completan.

La importancia de las decisiones judiciales como argumento sostenible en una democracia deliberativa ha sido puesto de relevancia por Carlos Nino para poner de manifiesto su valor epistémico, fundamentando así al mismo tiempo la legitimidad democrática del Poder Judicial como árbitro de los procesos políticos. De manera que Nino encuentra un triple papel del juez constitucional que posibilita su legitimidad democrática: controlador del proceso democrático, protección de la autonomía individual y continuidad de la práctica constitucional.

En los sistemas de *civil law* se impondrá históricamente la concepción burocrática del juez, de manera que ello vendrá a significar la generalización del secreto y la unidad de la motivación, a efectos de imputar la sentencia al colegio. No hay dudas de que el principio procesal de unidad y de completitud de la sentencia contribuirá a esa construcción en términos de seguridad jurídica, pero también es cierto que esas modalidades encubren en el anonimato la formación de la decisión del tribunal, ya que la impersonalidad de la sentencia impedirá que trascienda al exterior toda manifestación de disenso producida en el interior del órgano colegial.

En sentido contrario, la tradición de la magistratura inglesa del *Kings Bench* conducía a las llamadas *seriatim opinions* u *opinions singulares* o particulares, tradición que sería trasladada dentro del sistema anglosajón, desde Inglaterra a los Estados Unidos. Pero la preferencia de los sistemas de *common law* por las *dissenting opinions* se debe también a la particular estructura de sus normas jurídicas y al rol que en relación a ellas juega la jurisprudencia y, de modo especial, la fundamentación de las sentencias.

Señala Francisco Fernández Segado que un instituto de notabilísimo interés con el que nos encontramos en ciertos países al abordar las decisiones constitucionales es el de la *dissenting opinion*, voto particular, *opinione dissenziente*, *Sondervotum*, *opinion disidente* o *voto de vencido*, con que todas estas denominaciones se reconoce. La trascendencia de su acogida o rechazo es grande, pues no cabe ignorar que se trata de un instituto bivalente que, aun cuando presenta una naturaleza jurídico-procesal, ofrece unos perfiles políticos indiscutibles (5).

De manera que la adecuada comprensión del vigor que tiene el instituto del *dissent* no puede prescindir de la consideración relati-

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(\*) La presente comunicación corresponde a la sesión plenaria de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires del 27 de mayo de 2021 realiza-

da por la plataforma Zoom.

(1) SCHMITT, Carl, “La defensa de la Constitución”, Tecnos, Madrid, 1983, p. 57.

(2) KELSEN, Hans, “¿Quién debe ser el defensor de la

Constitución?”, Tecnos, Madrid, 2000.

(3) *Ibidem*.

(4) “La decisión Judicial. El debate entre Hart y Dworkin”, Universidad de Los Andes, Bogotá, Colombia.

(5) FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La Justicia Constitucional: Una visión de Derecho Comparado”, Dykinson, Madrid, 2009, t. I, p. 227 y ss.

### Jurisprudencia

#### Impuesto a las ganancias sobre haberes previsionales

Medida cautelar tendiente al cese de descuentos sobre haberes jubilatorios. Protección del adulto mayor. Apli-

cación del precedente “García, María Isabel” de la Corte Suprema de Justicia. Carácter asistencial del beneficio. Disidencia. *CFed. Mendoza, sala B, 08/07/2021. - Soria, Adriana c. AFIP - DGI s/ Acción mere declarativa de inconstitucionalidad.*

#### Desalojo en la unión convivencial

Acción intentada contra la exconviviente. Valoración de circunstancias jurídicamente relevantes. Ausencia de ocupación ilegal o indebida. Rechazo de la pretensión. *CCiv. y Com., Pergamino, 06/07/2021. - P., A. A. c. R., S. . s/ Desalojo.*

CORREO ARGENTINO	FRANQUEO A PAGAR
CENTRAL B	CUENTA N° 10269F1

va a la naturaleza del sistema jurídico norteamericano. Nos hallamos ante un sistema de *common law* caracterizado por el carácter personalizado de las decisiones judiciales, de las que constituye buena muestra la práctica inicial de formulación de las sentencias a través de las *seriatim opinions*.

De tal modo, los *dissents* encontrarían perfecto encaje en un sistema judicial personalizado, bien diferente del modelo burocrático, unitario e impersonal de los sistemas del *civil law*, en los que la salvaguarda de la unidad colegial, protegida por el principio del secreto de las deliberaciones, oscurece todo atisbo personalista.

Frente a las prácticas restrictivas de otros sistemas legales, las tradiciones norteamericanas nunca han insistido en que los miembros de su más alto tribunal oculten la existencia de divisiones entre ellos tras una fachada de pretendida unanimidad. Los jueces que disienten de una decisión de sus colegas pueden expresar sus fundamentos y dar sus razones, siendo que tal práctica ha tenido un inconmensurable efecto en el crecimiento del derecho y en la promoción de un principio de personalización en la responsabilidad del juez (6).

Hecha esta introducción necesaria a nuestro tema, nos proponemos demostrar que los votos en disidencia o los votos separados, sean concurrentes o contradictorios, en los tribunales superiores o tribunales constitucionales contribuyen al debate crítico en una democracia deliberativa favoreciendo su valor epistémico.

La transparencia y sostenimiento de argumentos diversos no solamente contribuye a abrir nuevos debates, sino que, en la medida en que tales votos sean serios y razonados (condiciones que aquí se presumen), también se vinculan con las teorías del razonamiento y de la argumentación jurídica que manda a los jueces a construir sus fallos de manera fundada y a sostenerlos en el debate público.

Tales premisas no solamente encuentran los fundamentos ya expuestos, sino que favorecen a la solución de los casos difíciles o complejos, entendiendo al debate honesto de ideas por parte de los jueces como elementos determinantes en la teoría del profesor Robert Alexy, acerca de la existencia de un principio de corrección en la decisión judicial como en la tesis del profesor Gustavo Zagrebelsky (7), sobre el “derecho dúctil” como objeto de interpretación.

Uno de los primeros problemas se encuentra en que, *prima facie*, esta clase de votos o de decisiones podrían afectar la seguridad jurídica que la tradición continental europea valora primordialmente. Las decisiones unánimes o uniformes de los tribunales colegiados fortalecen al tribunal hacia afuera y preserva a sus miembros al desconocerse la opinión individual, argumento que parece fortalecerse especialmente cuando los tribunales deben pronunciarse en temas conflictivos con otros poderes del Estado.

El ejemplo a citar fue la decisión de la Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso “Brown v. Board of Education” en el que declaró la inconstitucionalidad de la discriminación racial en las escuelas. El cimbronazo que esa decisión entrañaba justificaba la posición unánime del tribunal.

Otro argumento crítico se encuentra en que la pluralidad de votos o de argumentos en una decisión puede generar confusión o hasta interpretaciones contradictorias. Es un riesgo de este tipo de modalidades, que se regula con la responsabilidad y el recto sentido con que la función se ejercite.

Claro está, que los tribunales no pueden convertirse en asambleas o foros abiertos de opinión. No es su esencia, pero, frente a eso, insistimos en que la fundamentación y argumentación razonada puede no solamente generar y promover el debate crítico, sino también “abrir cauces” hacia futuros cambios en la jurisprudencia o en la legislación.

Nuestro sistema constitucional de origen estadounidense se nutrió de tal tradición y desde temprano admitió los votos en disidencia; algunos de ellos fueron notables y dejaron un testimonio que ha sido material de estudio frecuente en las Facultades de Derecho, como ha sido el caso de la disidencia del juez Antonio Bermejo, Presidente de la Corte Suprema de Justicia en 1922, cuando la Corte emitiera su pronunciamiento en el caso “Ercolano c/Lanteri de Renshaw”.

En esa oportunidad Bermejo se apartaría de la mayoría para defender la interpretación demoliberal de la Constitución histórica ante el advenimiento del Estado social de derecho, previniendo en su razonamiento los serios peligros que a su juicio produciría apartarse de un interpretación estática y estricta sobre las limitaciones al derecho de propiedad y de los contratos.

No menos importantes han sido para el debate constitucional las disidencias de los Dres. Luis M. Varela y José María Boffi Boggero, este último defendiendo la plena judicialidad de los casos que traten sobre puntos de la Constitución frente a la llamada doctrina de las “cuestiones políticas no justificables”. En el caso de Boffi Boggero es probable que su notoriedad como juez constitucional se deba precisamente a sus disidencias, emulando la de algunos muy famosos jueces de la Suprema Corte de los Estados Unidos como Oliver Wendell Holmes (8).

Muchos ubican al juez Oliver Wendell Holmes como “el paradigma de los disidentes”, aunque sus votos no fueron cuantitativamente los que le hayan merecido ese lugar; sí lo fue el contenido de una línea doctrinaria el “Realismo Jurídico”, en que cuestionaba el derecho etiquetado o las fórmulas anticipadas para llegar al fondo la verdad en los asuntos a resolver. Las *dissenting opinions* de Holmes son mucho más que la notabilísima obra interpretativa de un gran juez; son, como bien se ha dicho, una auténtica obra de filosofía jurídica.

En el derecho comparado suele recaer una crítica hacia la posición del juez disidente, señalándose que se trata de una postura “meramente doctrinaria” o “cómoda”, en tanto no carga con la responsabilidad de una decisión que sí tiene la mayoría.

Esa crítica solamente es válida si el juez del que se trate mantiene una actitud meramente especulativa, similar a la del “free rider” o jugador imparcial. Pero si en cambio el criterio sostenido reposa no solamente en las libres convicciones del juez, sino también en la fuerza de la argumentación que la sustenta; bien puede suceder, como muchas veces ocurrió, que esa posición minoritaria sea, sin embargo, la que mejor defiende o interpreta los principios constitucionales.

En el caso “Urteaga”, resuelto después de la reforma constitucional de 1994, en el que la Corte dio reconocimiento a la institución del “habeas data” prevista en el nuevo artículo 43, los magistrados arribaron a esa solución por distintos votos y distintos fundamentos. El resultado fue un largo fallo de difícil lectura, importante para el debate constitucional, pero complejo desde el punto de vista de su interpretación.

Otro tanto puede decirse de muchas decisiones más actuales de nuestra Corte Suprema de Justicia en su actual composición, en los cuales, los ministros integrantes del tribunal suelen expresar opinión. Solo a título de ejemplo, y por la importancia de los mismos desde el punto de vista sustancial y procesal, traigo aquí los casos “Bustos” y “Halabi” en los que la decisión se conforma después de expresar distintos puntos de vista sobre el tema.

Sabido es que nuestro Derecho Constitucional tuvo como su fuente o modelo a la Constitución de los Estados Unidos y que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, especialmente en los primeros tiempos, siguió las líneas jurisprudenciales de la Corte de aquel de país. Sin embargo, si bien eran frecuentes las citas de la *Supreme Court* y de los *US Reports*, no fueron al principio entre nosotros tan frecuentes las disidencias, sino que fueron apareciendo más tarde y con cierta notoriedad.

Tal vez la diferencia pueda encontrarse en la diversidad del sistema de fuentes, ya que en el *common law*, por tradición proveniente del derecho inglés, la práctica de los votos particulares era corriente y tanto en Inglaterra como en los Estados Unidos los altos tribunales, sea la Suprema Corte como la Cámara de los Lores, se identifican en sus distintos períodos por el recuerdo de los nombres de sus miembros que alcanzaron por esa costumbre destacada actuación.

Nuestra característica en cuanto a la influencia de distintas vertientes jurídicas, del constitucionalismo norteamericano por una parte y del derecho codificado por la otra, nos acercaron sin embargo mucho a la dogmática en la interpretación de los textos jurídicos, por eso creemos conveniente repasar el estado de la cuestión no solamente en los Estados Unidos, donde ya sabemos que las opiniones disidentes son una práctica habitual, aceptada y valorada, sino también a la luz de la evolución que la misma ha tenido en el derecho continental europeo desde la creación de los tribunales constitucionales.

Tal vez esto también explique la pertinaz resistencia de Francia al tema, no solamente porque el Consejo Constitucional no se identifica plenamente con los otros tribunales constitucionales, sino porque la tradición cerrada en la Corte de Casación y en el movimiento codificador hacia la unificación del derecho constituyen realidades de hondo arraigo.

En el Derecho comparado las llamadas *dissenting opinions* pueden incluirse dentro de la categoría más general de las *separate opinions*, que no solo engloban el supuesto de las disidencias, sino también el de concurrencia, pues en ocasiones la opinión disidente técnicamente se trata de una *concurring opinion* o, lo que es igual, de un desacuerdo con el razonamiento de la mayoría (*reasoning*), pero no con la parte dispositiva de la decisión; dicho de otro modo, la *concurring opinion* llega a iguales conclusiones que la decisión mayoritaria, pero fundándose en un razonamiento diferente.

Si el *judicial review* es uno de los rasgos que identifican al sistema jurídico estadounidense, el *dissent* es el sello de calidad de sus opiniones o sentencias, muy especialmente de la Suprema Corte de Justicia, al punto que para el *ex justice* Antonin Scalia el sistema de las *separate opinions* ha convertido al Tribunal Supremo en el foro central del debate legal.

En definitiva, la escritura de *dissenting* o *minority opinions* se ha convertido así en una fase normal del modelo de acción judicial norteamericano, utilizando los *justices in dissent* numerosas vías para la formulación de su desacuerdo, tal y como lo recuerda la doctrina: *separate opinion, concurring opinion, concurring in the result, dissent in part, dupitent, dissent from a per curiam...*

Mientras en los Estados Unidos muchos jueces han pasado a la historia por sus disidencias, ello no sucede en los países de Europa continental. Es cierto que los tribunales constitucionales europeos han incorporado el instituto a sus decisiones en fechas no muy remotas; y, por la misma razón, el voto particular está muy lejos también de tener la impronta norteamericana.

Las decisiones judiciales características de los países de la Europa continental, de Derecho codificado, siguen respondiendo al carácter sustancialmente burocrático de la función jurisdiccional por ellos acogida, fruto de la encomienda de la administración de justicia a un cuerpo de funcionarios públicos (9), lo que se traduce en que la sentencia aparezca como un acto oficial, atribuido al órgano, impersonal, si proviene de un órgano colegial: unitario y deliberado en secreto en el seno del propio órgano, rasgos que se reiteran en buen número de órganos de la justicia constitucional europea (10).

Señala Ernst Forsthoff que la historia del sistema judicial alemán surgió en el transcurso del siglo XVIII como una parte de los funcionarios caracterizada por su no sometimiento a ningún tipo de indicaciones y por su inamovilidad.

La realidad nos muestra, en la actualidad, un amplio fenómeno de recepción del instituto procesal del voto particular en numerosos países del *civil law*. Alemania, España, Portugal, Polonia, Hungría, Eslovenia, Croacia y Bulgaria son, entre otros, ejemplos de ello; y tal recepción en modo alguno ha provocado reacciones de rechazo en la cultura jurídica continental, aunque no pueden olvidarse los significativos rechazos en Francia, Austria y Bélgica, como también los de las primeras generaciones de jueces constitucionales alemanes e italianos, siendo Costantino Mortati, en la Corte Constitucional Italiana, un ejemplar punto de ruptura de lo que aquí estamos tratando.

Frente a quienes sostenían que el diseño debilitaba la autoridad de una sentencia, Mortati observó que si tal autoridad era visualizada desde el punto de vista formal, ninguna disminución puede surgir de la exteriorización del disenso (11); mientras que si aquella autoridad se consideraba desde la óptica sustancial, era claro que la misma no podía depender del hecho puramente numérico de los votos que la sustentan (12). La doctrina italiana ha manifestado así de manera genérica que las opiniones disidentes refuerzan el prestigio de los tribunales constitucionales (13).

(6) PRITCHETT, C. Hermann, “La Constitución Americana”, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1965.

(7) ZAGREBELSKY, Gustavo, “La giustizia Costituzionale”, Il Mulino, Bologna, 1977.

(8) ARJONA, César, “Estudio preliminar” a la obra

“Los votos discrepantes del juez O. W. Holmes”, Iustel, Madrid, 2006.

(9) FORSTHOFF, Ernst, “El Estado de la sociedad industrial”, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975.

(10) POUND, Roscoe, “A comparison of systems of

law”, *University of Pittsburg Law Review*, vol. X, number 3, March 1948.

(11) MORTATI, Costantino, “Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali”, *Raccolta di scritti III*, Giuffrè Editore, Milano, 1972.

(12) *Ibidem*, “...bensì sul rigore dell’argomentazione che sostiene la sentenza”.

(13) ROLLA, Giancarlo, “Indirizzo politico e tribunale”, Casa Editrice Eugenio Jovene, Napoli, 1986.

Desde una posición más prudente, Lorenzo Luatti señala que el *dissent* no es más que una de las *fuentes* de las que pueden dimanar futuros cambios jurisprudenciales, si bien de inmediato agrega que un examen profundo de la evolución jurisprudencial de los órganos de la justicia constitucional consentiría afirmar que, en realidad, frecuentemente los *revirements* no encuentran su origen en una opinión minoritaria contenida en un precedente voto particular, sino que son debidos, a una diversa composición del órgano de justicia constitucional, a convincentes posiciones doctrinales, a la maduración de procesos sociales, a la evolución de las costumbres y a los cambios en la opinión pública y en el conocimiento científico tecnológico (14).

De manera que en Europa, con la clara solidez de la doctrina francesa, no puede sostenerse que la doctrina haya manifestado rechazo, aunque sí ciertas prevenciones, especialmente cuando los votos disidentes o las opiniones divergentes en los altos tribunales empatan o tienen dificultad para expresar una clara opinión. Este debate se presentó en Alemania en la década de los '70 cuando el Tribunal Federal empezó a emitir este tipo de decisiones, generándose un importante debate en derredor de la llamada "sentencia de los crucifijos".

Los reparos siguen latentes y aún puede observarse no solamente que en algunos países no se admiten, sino que el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos mantiene la tradición de votar anónimamente, siendo firmada la sentencia por todos los miembros del tribunal.

Bien se destaca que es muy significativa al respecto la norma que, en garantía formal de la autoridad del colegio, dispone la obligación de todos los jueces que han participado en la discusión y deliberación de la cuestión debatida de firmar la decisión colegial, incluso cuando disientan de ella, supuesto que, por ejemplo, encontramos en Alemania y en España, en donde la totalidad de los jueces que han participado en la discusión de una causa vienen obligados a suscribir la decisión adoptada, aunque puedan asimismo firmar votos particulares (15).

El *dissent* parece estar definitivamente arraigado en el Tribunal Constitucional Federal alemán. Albrecht Weber (16) destaca que aun faltando en los votos particulares una cierta homogeneidad en su estilo y propósito, sin embargo, apenas se puede negar que, a los efectos de una interpretación constitucional plural, exteriorizan de forma clara los argumentos esenciales. Existen numerosos ejemplos de *sondervoten* modélicos (17).

No se aprecia que un instituto procesal característico de sistemas de *common law* haya generado disfunciones en un país como Alemania, con un sistema jurídico de corte europeo-continental; su encaje jurídico no ha planteado especiales problemas técnicos y su virtualidad ha sido notablemente positiva.

En España el voto particular ha recibido consagración constitucional expresa en el texto del artículo 164.1 de la Constitución de 1978, que prescribe en su primer inciso: "Las sentencias del Tribunal Constitucional se publicarán en el Boletín Oficial del Estado con los votos particulares, si los hubiere".

Por su parte, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (2/1979) establece en su artículo 90.2: *El Presidente y los Magistrados del Tribunal podrán reflejar en un voto particular su opinión discrepante defendida en la deliberación, tanto por lo que se refiere a la decisión como a la fundamentación. Los votos particulares se incorporarán a la resolución; y cuando se trate de sentencias o de declaraciones, se publicarán con estas en el "Boletín Oficial del Estado".*

Valorando la aplicación de este instituto, ha dicho quien fuera recordado profesor y presidente del Tribunal Constitucional: *El voto particular discrepante se publica, junto con la sentencia, y constituye, por tanto, una ventana abierta al exterior por la que el Tribunal hace públicas sus propias dudas, aunque su fallo no pierda por ello rigor ni disminuya obviamente su eficacia. La autocritica interna exteriorizada es así un poderoso instrumento de control además de ser, desde la subjetividad de los firmantes de cada voto, una vía de descargo* (18).

En el Tomo I de su obra "La Justicia Constitucional: Una visión de Derecho Comparado" el catedrático de la Universidad Complutense, Francisco Fernández Segado, da un muy amplio tratamiento a este tema de las opiniones disidentes, analizando exhaustivamente su evolución, especialmente en los Estados Unidos, para concluir también con un amplio tratamiento sobre los argumentos favorables u desfavorables a la institución que tratamos. Realizamos a continuación una prieta síntesis de ese desarrollo, reconociendo expresamente el gran trabajo del citado autor en esa sistematización.

Entre los *argumentos institucionales favorables* se destaca la conexión de las disidencias con los estándares democráticos, la publicidad y transparencia que el instituto introduce en la vida judicial y el fortalecimiento del prestigio del tribunal.

Entre los *argumentos desfavorables* se ha señalado que debilitan la autoridad del colegio y, con ello, de sus decisiones; que encierran un peligro de instrumentalización partidista de los jueces y también se critica que divulgarían la formación de mayorías.

Por nuestra parte, consideramos que si bien muchas de estas críticas son fundadas, tales argumentos también son relativos, de acuerdo con el contexto en que se desarrollen. Si bien no caben dudas de que en un tribunal colegiado la unanimidad es importante y fortalece al órgano, no es menos cierto que si las disidencias permiten que los jueces sean coherentes con sus propias convicciones, las disidencias pueden fortalecer al tribunal.

Por otra parte, no es necesariamente cierto que las diferencias de posturas ideológicas puedan identificarse con posiciones partidistas. Esto puede observarse en situaciones muy extremas, como fue el caso "Bush v. Gore" en Estados Unidos, en el año 2000, cuando el tribunal se dividió entre republicanos y demócratas, pero no sucedió en muchos años de continuas disidencias que más bien tuvieron su origen en discrepancias sobre los argumentos jurídicos.

En cuanto a los argumentos atinentes a la *situación subjetiva del juez*, también cabe dividirlos en favorables y desfavorables. Son *favorables* que la opinión disidente es garantía de su independencia y libertad, en tanto

que fortalece su responsabilidad por la decisión individual que funda.

Autores como Vittorio Denti, C. Herman Pritchett, Richard Sepsens, Giancarlo Rolla y William O. Douglas, entre muchos otros, han defendido las opiniones particulares no solamente en la defensa de la libertad de pensamiento que ella presupone, y en el carácter liberal y democrático del instituto, sino más bien en la concepción de la función judicial que tal defensa comporta.

Las palabras del justice Douglas son claras y contundentes: "Debemos esperar del juez la fuerza y el coraje que se pide a todos los demás servidores públicos. Si ellos son fieles a sus responsabilidades y tradiciones, no dudarán en hablar franca y sencillamente en los grandes asuntos que ante ellos se presente. Haciéndolo así probarán su valor, mostrando su fuerza e independencia" (19).

Entre los *argumentos contrarios* están los referidos a la constricción de su independencia judicial debido a la exposición en que quedarían al hacer públicas sus posiciones contrarias al poder político; en segundo lugar, a la mayor carga de trabajo que supone emitir sus propios votos; en tercer lugar, al peligro de enfrentamiento entre los jueces; y finalmente, al peligro de abuso y de frivolidad en el planteamiento de disidencias.

Con respecto a la mayor carga de trabajo tal vez quepa acotar que la decisión o no de emitir un voto particular en un tribunal colegiado parte del propio magistrado de donde, en cualquier caso, se trataría de una sobrecarga de tareas autoimpuesta por su propia decisión o convicción.

Los últimos dos argumentos son, tal vez, los que han recibido las críticas más serias; así Fernández Segado da cuenta de la opinión de Vedel, para quien el voto disidente puede ser la causal de verdaderos conflictos entre los miembros del tribunal, alterando la convivencia y el buen funcionamiento de la institución (20).

Por su parte Giancarlo Rolla ha señalado como un inconveniente la difusión de la práctica de las *dissenting opinions* que pueda incentivar el protagonismo de algunos jueces, que movidos por una suerte de egoísmo podrían recurrir con sistemática frecuencia a la práctica del voto particular, más por deseo de notoriedad que por efectivas exigencias de naturaleza técnica-jurídica (21).

Entiendo que, sin perjuicio de la seriedad de tales argumentos y el riesgo efectivo de que pueden efectivamente ocurrir en la dinámica de la práctica jurídica, no es menos cierto que tales argumentaciones se fundan en aspectos propios de la personalidad de los jueces que integren el tribunal, internándonos en cuestiones psicológicas que bien pueden no existir, si el valor de la prudencia y la ética en el ejercicio de la magistratura son los que predominan, como también muchas veces ocurre.

En cuanto a los argumentos referidos a la *aplicación judicial del derecho*, también en este caso pueden dividirse en argumentos favorables y desfavorables, siguiendo la sistematización efectuada por Fernández Segado.

Así, entre los argumentos *favorables* encontraremos la contribución que las opiniones disidentes realizan al dinamismo de la jurisprudencia y del Derecho; la viabilización de una lectura plural de la Constitu-

ción y del resto del ordenamiento jurídico; y en tercer lugar se destaca la mejora de la calidad de la argumentación y de la propia jurisprudencia.

Este último aspecto resulta de la mayor importancia, ya que es la fuerza y la seriedad de las argumentaciones las que dan mayor prestigio a un tribunal, más allá de su origen o de su composición. Esto es lo que ocurre en los Estados Unidos, donde los jueces suelen tener origen en nombramientos, ya sea por parte de presidentes demócratas o bien republicanos, según la oportunidad en que se haya producido una vacante.

Sin embargo tal circunstancia no ha generado sospechas generalizadas de partidismo político en el tribunal; y su alto prestigio se funda en la fuerza de sus argumentaciones y cada cambio de jurisprudencia en un tema de fundamental importancia para la sociedad se sostiene con un debate razonado y argumentado, por lo general fundado en una sólida mayoría, pero sin excluir los argumentos disidentes. Vale tener en cuenta que no pocas veces los argumentos disidentes fuerzan a la mayoría a fortalecer sus propias posiciones en un juego de argumentación y refutación.

Entre los *argumentos contrarios o desfavorables* desde la aplicación judicial del derecho se ha señalado como argumento, que podríamos denominar "clásico" o fundamental, que el instituto crea inseguridad jurídica y confusión; y en segundo lugar, que incidiría negativamente sobre los precedentes al relativizarlos.

Ya está suficientemente dicho que la primera objeción responde a una visión dogmática y cerrada en la aplicación del derecho, que no se condice con las posiciones predominantes en la actualidad acerca del rol de los jueces y del debate crítico en una democracia deliberativa.

En cuanto al debilitamiento del precedente, no solo su impacto será mayor o menor dependiendo del sistema, vg. si hay o no "stare decisis", sino que es posible que tal argumento cobre validez cuando hay votos plurales sobre una misma cuestión, siendo que efectivamente allí el precedente puede ser confuso o ambiguo, pero tal extremo no se presenta cuando, a pesar de haber disidencias o votos particulares, la cuestión se encuentra debidamente zanjada entre mayoría y minoría, siendo esa la primera y la única que alcanza pleno efecto jurídico.

Finalmente, cabe referirse a los argumentos relativos a la *cultura jurídica*, valorándose como un hecho favorable por muchos autores el enriquecimiento del debate científico; y negativamente, que las disidencias puedan aumentar la litigiosidad y que puedan generar falta de respeto por parte del pueblo hacia el derecho, argumentos todos ellos que aparecen en nuestra opinión con menor solidez y fundamento que los de los grupos anteriores.

A lo largo de esta comunicación hemos intentado fundamentar nuestra posición favorable a las opiniones disidentes, así como a los votos concurrentes o votos separados en las sentencias de los tribunales colegiados y, tanto más, de los tribunales constitucionales, entendiendo que contribuyen al debate democrático y a mejorar el funcionamiento del Poder Judicial como custodio de los procesos democráticos que completan el sistema representativo a través del respeto de los procedimientos.

(14) LUATTI, Lorenzo, "Profili costituzionali del voto particolare", Giuffrè, Milano, 1995.

(15) *Ibidem*.

(16) WEBER, Albrecht "La Jurisdicción Constitucional de la República Federal de Alemania", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N°7, Madrid, 2003,

(17) MAHRENHOLZ, Ernst-Gottfried, "Das richterliche Sondervotum", *Hoppeled Rechtproequinplan*, 1988; von KINGA, Sugar, "Bundesverfassungsgericht, Supreme Court un Sperrevision", Muller Jur, Verlag. Heidelberg, 1991. RITTERSPACH, Theodor, "Gedanken zum Sondervotum", *Ftschripp vol. II*, 1987.

(18) TOMÁS y VALIENTE, Francisco, "El Tribunal Constitucional Español como órgano constitucional del Estado: competencias, riesgos y experiencias", *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

(19) DOUGLAS, William, "In Defense of dissent" en

*The Supreme Court: views from inside*, V.W Norton & Company, New York, 1961.

(20) FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, ob. cit., p. 513.

(21) ROLLA, Giancarlo, "Indirizzo politico e Tribunale Costituzionale", C. E. E. Jovene, Napoli, 1986.

Para ello hemos realizado una introducción necesaria sobre los modelos constitucionales y el estado actual del debate; y posteriormente hemos pasado revista al estado de la cuestión tanto en los Estados Unidos como en algunos países del Derecho continental, para después encuadrar las posiciones favorables y las posiciones críticas conforme al esquema desarrollado por el profesor Fernández Segado en un trabajo que hemos citado.

Nuestra posición favorable al instituto estaba anunciada de antemano, toda vez que en nuestras funciones judiciales también hemos recurrido a ella, no para hacer de la misma práctica habitual, sino, en nuestro caso, tratando de fortalecer la

mayoría o en su caso la unanimidad en el tribunal que integramos (22) y fundando nuestra opinión por separado cuando la convicción razonada del caso a resolver así lo requería.

Por eso es que después de este recorrido creemos que al final del camino se encuentra el juez, por el que tanta preocupación y desvelo en su formación y en sus condiciones bregaba el maestro Morello. No solo la solución justa dependerá del “músculo jurisdiccional”, sino también de la prudencia con que sepa ejercer su tarea, acudiendo al *self-restraint* o al activismo, en su caso de acuerdo con lo que la justicia del caso así le requiera; de ahí la necesidad de la “mirada

de la interpretación constitucional”, en Eduardo FERRER MCGREGOR (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, Porrúa, México, 2002, t. III, p. 2775.

(22) Nos referimos a la Cámara Nacional Electoral que integramos desde el año 2001.

(23) FIX ZAMUDIO, Héctor, “Lineamientos esenciales

amplia” puesta sobre el horizonte y no en los límites estrechos del dogma.

Finalizo con una cita de Héctor Fix Zamudio: “...más que en ningún otro sector del ordenamiento jurídico, la interpretación constitucional se encuentra vinculada con la axiología, ya que los intérpretes constitucionales, tal como se afirma en doctrina indiscutida, pueden ser varios, pero con mayor razón los jueces y tribunales, en particular los especializados, deben realizar una actividad muy compleja en la cual se aplican no únicamente los principios de la lógica jurídica, tanto formal como material (la lógica de lo razonable) [...] sino también los principios básicos de la argumentación, que se conoce actualmente como “nueva retórica”, puesto que los intérpretes constitucionales están obligados a justificar los resultados de su interpretación, que además se encuentra relacionada con la toma de decisiones, como intérpretes finales de la normatividad constitucional (23).

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/3351/2021

#### Más información

[Bianchi, Alberto B.](#), “El conflicto entre la ciudad de Buenos Aires y el poder ejecutivo. ¿cuál es el límite de los jueces para elegir los fundamentos de un fallo?”, Publicado en: TR LALEY AR/DOC/1736/2021

#### Libro recomendado

[Tratado de Derecho Constitucional Argentino y Comparado](#)

Autor: Manili, Pablo Luis

Edición: 2021

Editorial: La Ley, Buenos Aires

## Jurisprudencia

### Impuesto a las ganancias sobre haberes previsionales

**Medida cautelar tendiente al cese de descuentos sobre haberes jubilatorios. Protección del adulto mayor. Aplicación del precedente “García, María Isabel” de la Corte Suprema de Justicia. Carácter asistencial del beneficio. Disidencia.**

1. - En el precedente “García, María Isabel” —26/03/2019, TR LALEY AR/JUR/1043/2019—, la Corte Suprema de Justicia estima que al tratarse de un tributo que se aplica sobre un derecho previsional se activa la protección del imperativo constitucional, supeditando y tiñendo con este matiz a la materia tributaria que entra en contacto con este derecho. Ello implica, pues, su tratamiento diferenciado y la aplicación de los principios que rigen la materia de la seguridad social, procurando no alterar ni restringir el derecho previsional en juego. [1]

2. - En la vulnerabilidad de los adultos mayores se puede destacar, sin hesitación, el peligro siempre inminente de que el plazo del proceso sea tan largo y escabroso que no se logre la justicia por no haber llegado a tiempo la solución; y por otra parte es que se trata de derechos alimentarios en la etapa de la vida donde el sujeto se encuentra más desvalido y precisa de mayor atención por parte del Estado y la sociedad.

3. - La protección de los arts. 14 bis y 75 inc. 23 de la Constitución Nacional, así como de las convenciones internacionales de derechos humanos —especialmente el art. 26 de la Carta de la OEA—, implica realizar una interpretación progresiva de los derechos de la seguridad social que no se condicen con la conducta desplegada por la Administración ni por el auto de primera instancia —en el caso, retenciones de impuesto a las ganancias sobre haberes previsionales—.

4. - La medida cautelar innovativa que ordena a la AFIP que se abstenga de retener y descontar el Impuesto a las Ganancias sobre el haber de jubilación de la actora debe ser admitida, pues en cuanto al peligro en la demora se pondera que tal presupuesto se desprende de la naturaleza misma del beneficio; es decir, su carácter asistencial. Un haber como el que percibe la parte actora no puede conside-

rarse de privilegio frente a su situación de salud actual, más los índices de precios y datos que las agencias oficiales publican. La etapa de la vejez y la imposibilidad física de acrecentar mediante un trabajo esos ingresos justifican proteger este derecho.

5. - La medida cautelar innovativa que dispuso el cese inmediato de la retención del impuesto a las ganancias respecto del haber previsional de la actora debe ser dejada sin efecto, pues la retención del citado tributo no asciende ni al 3% de su haber bruto mensual, no logrando considerarse confiscatorio conforme la doctrina de la Corte Suprema *in re* “Actis Caporale” (Fallos: 323:4216). Es decir que tal deducción no generaría un perjuicio concreto que ponga al jubilado en situación de vulnerabilidad, digna de protección. Tampoco existen elementos que den cuenta de alguna afección en la salud de la accionante que requiera una atención mayor aún ni su “avanzada edad” —nótese que se trata de una jubilada de 55 años de edad, quien recibió el retiro con anticipación a la media, en razón de la función ejercida— (del voto del Dr. Porras).

**CFed. Mendoza, sala B, 08/07/2021. - Soria, Adriana c. AFIP – DGI s/ Acción mere declarativa de inconstitucionalidad.**

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/105787/2021]

#### Jurisprudencia vinculada

[1] En igual sentido. Entre otros: Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza, sala A, “Caparotta, Alberto Jorge c. AFIP y otro s/ Amparo Ley 16.986”, 07/04/2021, AR/JUR/6500/2021

#### Costas

A la recurrente vencida (art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Com. Nación.)

**2ª Instancia.**— Mendoza, julio 8 de 2021.

*Considerando:* 1) Que, contra la resolución antes mencionada, interpone recurso de apelación la demandada AFIP-DGI.

Elevada la causa a esta Alzada, en fecha 23/03/2021 expresa agravios.

Manifiesta que, para que un juzgado remita a un precedente jurisprudencial, y nazca sobre aquel el deber de acatar los fallos de su superior, las circunstancias del caso deben ser análogas. Que en el presente caso no se cumple con tal condición, que justifique el acatamiento automático del *a quo* a lo decidido por la Cámara Federal en los autos “Latino”, atento a no ser idénticas las condiciones objetivas y subjetivas en discusión; como tampoco se daban en los autos “Latino” con el precedente de la Corte Nacional en autos “García”, que sirvió de fundamento a aquel.

Destaca que la Corte Suprema en el desarrollo del fallo “García” aludió a la Ley del Impuesto a las Ganancias y no controvertió o cuestionó a la jubilación o pensión como ganancia sujeta a impuesto, sino que consideró que, en ese caso concreto, atento a las condiciones de vulnerabilidad que presentaba la actora, la retención del impuesto no debía ser practicada. Que, con ese criterio, el Máximo Tribunal hizo una distinción en el colectivo general de jubilados, la cual constituye una excepción a la regla, que está dada por la procedencia de la gravabilidad de los haberes jubilatorios con el impuesto a las ganancias, atento al principio de legalidad.

Continúa diciendo que el Máximo Tribunal tuvo en cuenta para pregonar la vulnerabilidad de la actora: 1) la edad (al momento de deducir la demanda en el año 2015, tenía 79 años), y; 2) la salud (se indica que la actora padecía problemas de salud aun cuando en el voto en disidencia se hace referencia a que no fueron suficientemente acreditados).

Expone que, en el presente caso, no se cumplen esas condiciones que autoricen a seguir el criterio del superior para hacer lugar a la medida cautelar solicitada. Ello, por cuanto la Sra. Soria tiene 56 años y percibió \$83.873,24 durante los períodos cuestionados, por lo que no podría alegar el carácter vulnerable por ser mayor adulto, como tampoco demuestra que con las pequeñas mermas efectuadas: de \$1.218,72 en abril/2020, y de \$1.431,32 en los demás meses reclamados (mayo, junio y julio/2020) en sus haberes previsionales dejen de pagar gastos necesarios para su sostén alimentario o que ante la quita de esos montos le impida llevar una vida digna.

Así causa agravio la sentencia a su parte al otorgar la medida cautelar, sosteniendo que el impuesto a las ganancias resulta confiscatorio sobre el haber jubilatorio de la actora, cuando absorbe el 1,57% y el 1,7% de su haber, no alcanzando los parámetros estable-

cidos por nuestro Tribunal cimero para ser considerado abusivo ni confiscatorio.

Hace reserva del caso federal.

2) Corrido el traslado pertinente, en fecha 29/04/2021 se presenta el actor y solicita se proceda a declarar desierto el recurso interpuesto por la demandada en razón de que los agravios desarrollados no responden a una crítica concreta y razonada a la resolución atacada, ya que se dedican a reiterar los mismos argumentos y alegaciones que ya fueron vertidas por aquella. Subsidiariamente, por los argumentos que allí expone, a los cuales remitimos en honor a la brevedad, solicita el rechazo de la apelación, con costas.

Cumplidos los trámites procesales de rigor, se ordena el pase al acuerdo.

3) Inicialmente, corresponde aclarar que el recurso de apelación intentado por la demandada reúne las condiciones establecidas por las normas procesales (art. 265 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación), por lo que no corresponde determinar la deserción del mismo. La expresión de agravios fija las cuestiones o puntos del fallo acerca de los cuales se requiere revisión por parte de la cámara, de manera que no se justifica la sanción procesal pretendida por la accionante.

4) La presente causa se inicia con la acción meramente declarativa de inconstitucionalidad, interpuesta por la Sra. Adriana Soria, contra la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP), por intermedio de su Dirección Regional Mendoza, a fin de que se la condene al cese en la retención y restitución de los fondos indebidamente retenidos a la actora en razón de lo dispuesto por la ley 20.628 respecto de los montos reconocidos en carácter de Beneficio Previsional oportunamente concedido por IAFPRPM.

Asimismo, solicita con carácter de medida cautelar, el cese inmediato de la retención de impuesto a las ganancias respecto del haber previsional de la Sra. Sosa.

A tales fines, acompaña recibo de haberes, de donde surgiría una retención en concepto de impuesto a las ganancias, por un monto total de \$1.431,32, de un haber mensual bruto de \$55.025,44 (mayo, junio y julio de 2020).

5) Ingresando al análisis de la apelación vertida, considero que la misma debe proceder, por las circunstancias de hecho y derecho que a continuación expondré.

La medida cautelar de no innovar se limita a suspender provisoriamente la aplicación de determinada normativa, hasta que se pronuncie dicha sentencia y a su vez, se “requiere para su configuración la presencia de un recaudo que le es propio, cual es la irreparabilidad del daño infringido por la situación de hecho o de derecho que se pretende innovar.” (De los Santos, *La medida cautelar innovativa y el anticipo de la sentencia: su ubicación dentro de los llamados procesos urgentes*, JA, 9961663) (cit. en *Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación. Concordado con los códigos provinciales. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Dirigido por Elena I. Highton y Beatriz A. Areán, 1ª ed., Buenos Aires, Hamurabi, 2004, T. 4, art. 230, p. 592 y 593).

Legislativamente, se encuentra prevista junto con la medida de innovar en el art. 230 *Cód. Proc. Civ. y Comercial*, el cual establece que podrá decretarse siempre que concurren tres requisitos: 1) que el derecho fuere verosímil, 2) que existiere el peligro de que si se mantuviera o alterará en su caso, la situación de hecho o de derecho, el mantenimiento o la modificación pudiera ocasionar un daño grave e irreparable, influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible y 3) que la cautela no pudiere obtenerse por medio de otra medida precautoria.

En orden a ello, el Máximo Tribunal Nacional ha remarcado que: “...los recaudos de viabilidad de las medidas precautorias deben ser ponderados con especial prudencia cuando una decisión favorable altera el estado de hecho o de derecho existente al momento de su dictado y configura un anticipo de jurisdicción respecto del fallo final de la causa” (Fallos: 329:3464 y 4161; 330:2186 y 4076), determinando también que: “...todo sujeto que pretenda la tutela anticipada proveniente de una medida cautelar debe acreditar la existencia de verosimilitud en el derecho invocado y el peligro irreparable en la demora, ya que resulta exigible que se evidencien fehacientemente las razones que justifican resoluciones de esa naturaleza” (Fallos: 329:4161 y 5160, entre otros).

6) En ese marco jurídico, he de analizar la procedencia de la pretensión del accionante. Si bien en otras oportunidades, he votado por hacer lugar a la exención solicitada, teniendo en miras principalmente la vulnerabilidad y demás características propias de los casos sometidos a estudio, entiendo que en el presente no se advierten tales parámetros.

Sentado ello, tal como bien valoró la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “García, María I. c. AFIP s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad” (Nº FPA 7789/2015/CS1-CA1- FPA 7789/2015/1/RH1, de fecha 26/03/2019), la mera capacidad contributiva no es solo lo que se debe tener en cuenta, sino que a ello cabe añadirse la pauta de “vulnerabilidad de cada persona”, que dentro del universo heterogéneo de “jubilados”, debe analizarse en cada caso.

“17) Que lo expuesto pone en evidencia que la sola capacidad contributiva como parámetro para el establecimiento de tributos a los jubilados, pensionados, retirados o subsidiados, resulta insuficiente si no se pondera la vulnerabilidad vital del colectivo concernido. La falta de consideración de esta circunstancia como pauta de diferenciación tributaria supone igualar a los vulnerables con quienes no lo son, desconociendo la incidencia económica que la carga fiscal genera en la formulación del presupuesto de gastos que la fragilidad irroga, colocando al colectivo considerado en una situación de notoria e injusta desventaja [...]

18) Que, en ese orden argumentativo, el análisis integral de la capacidad contributiva

implica que la equiparación de un jubilado en condiciones de mayor vulnerabilidad con otro que no se encuentra en esa situación, pasa por alto el hecho evidente de que el mismo ingreso no impactará de igual manera en un caso que en otro, insumiendo más gastos en el primero que en el segundo. Dicho de otro modo: la misma capacidad económica —convertida sin más por el legislador en capacidad contributiva— está destinada a rendir en ambos casos de manera diferente, desiguando en la realidad lo que el legislador igualó [...]

19) Que en el caso bajo examen ha quedado comprobado que: a) la actora contaba en 2015, al deducir la demanda, con 79 años de edad (fs. 6); b) padecía problemas de salud que no fueron controvertidos (fs. 56/56 vta.); y c) los descuentos realizados en su beneficio jubilatorio oscilaron en el período marzo a mayo de 2015 entre el 29,33% y el 31,94%, (fs. 41), y fueron reconocidos por la propia demandada. Tales circunstancias, comprobadas en la causa, convierten a la tipología originaria del legislador, carente de matices, en una manifestación estatal incoherente e irrazonable, violatoria de la Constitución Nacional.

Es probable que la falta de percepción fina respecto de la subcategorización de los jubilados, incorporando los elementos relevantes de la vulnerabilidad a la capacidad económica inicial, se explique por la reiteración de un standard patrimonial escogido varias décadas atrás en las que era tecnológicamente imposible distinguir —dentro del universo rotulado como “jubilados”— entre quienes son vulnerables en mayor o menor medida. Hoy esta diferenciación puede extraerse —cuanto menos en sus trazos más notorios, que es lo que busca el legislador— a partir de la propia información registral en poder del Estado. Bastaría con cruzar los datos de los departamentos previsionales y asistenciales estatales competentes para generar subclasificaciones que conformaran estándares impregnados de justicia y simplificaran la tarea revisora de los tribunales.

20) Que debe quedar en claro que no se pretende desde el Poder Judicial establecer, a los efectos del pago del impuesto a las ganancias, cuál debe ser la capacidad contributiva de cada jubilado en concreto, pues ello equivaldría —desde el punto de vista lógico— a consagrar la insensatez de promover tantas categorías como beneficiarios existan en el sistema, y —desde el punto de vista jurídico— asumir una tarea propia del legislador, violentando el principio republicano de la división de poderes. *Lo que se pretende, ejerciendo competencias que son propias, es analizar —cuando un caso llega a la decisión del poder encargado de resolver— si en la causa el standard genérico utilizado por el legislador cumple razonablemente con los principios constitucionales o si, por el contrario, su aplicación concreta vulnera derechos fundamentales [...]*

En efecto, de las constancias de la causa surge, en primer lugar, que la retención en concepto de impuesto a las ganancias a la actora no asciende ni al 3% de su haber bruto mensual, no logrando considerarse confiscatorio conforme la doctrina de la CSJN *in re* “Actis Caporale” (Fallos: 323:4216). Es decir que tal deducción no generaría un perjuicio concreto, que ponga al jubilado en situación de vulnerabilidad, digna de protección —tal como sí lo consideró la Corte Federal en el fallo en cuestión, en atención al elevado porcentaje de confiscatoriedad que la deducción implicaba sobre el haber de la Sra. García—.

En segundo lugar, tampoco existen elementos que den cuenta de alguna afección en la salud de la accionante, que requiera una atención mayor aún, en su condición de tal, ni su “avanzada edad” (nótese que

estamos frente a una jubilada de 55 años de edad, quien recibió el retiro con anticipación a la media, en razón de la función ejercida).

Por lo expuesto, no podría aplicársele directamente la jurisprudencia de la Corte Federal invocada por el *a quo*, atento que ninguna de las circunstancias que allí se dieron, pueden replicarse en los presentes.

En idéntico sentido resolví en autos Nº FMZ 4837/2019/CA1, caratulados: “Días, María G. c. ANSeS s/ reajustes varios”, 14/09/2020; autos Nº FMZ 17.413/2019/CA1, caratulados: “Herrera, Hugo H. c. ANSeS s/ reajustes varios”, 22/09/2020; autos Nº FMZ 3824/2019/CA1, caratulados: “Ramírez, Lilia I. c. ANSeS s/ reajustes varios”, 31/08/2020; autos Nº FMZ 44060/2017, caratulados: “Hasan, Irma c. ANSeS s/ reajustes varios”, 24/07/2020; entre muchos otros.

Así las cosas, voto por hacer lugar a la apelación de la AFIP-DGI, revocar el fallo apelado, y dejar sin efecto la cautelar concedida.

7) Las costas de la presente instancia serán en el orden causado, atento a que la actora se pudo crear con derecho a reclamar la presente cautelar (art. 68, segundo párrafo, del *Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación*).

8) Respecto de los honorarios de la presente instancia, corresponde regularlos en un 30% de lo que oportunamente se regule en primera instancia (art. 30 ley 27.423).

Por lo expuesto, propongo hacer lugar al recurso de apelación de la demandada y, en consecuencia, revocar la resolución de fecha 28/09/2020; imponer las costas en el orden causado (art. 68, segundo párrafo del *Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación*); y regular los honorarios profesionales en un 30% de lo que se establezca en primera instancia. Procede el *a quo* a calcular los emolumentos, en la etapa procesal oportuna, cuando existiere base cierta para ello (arts. 30 y 51 de la ley 27.423). — *Alfredo R. Porras*.

Voto en disidencia del doctor Pérez Curci

Que, si bien adhiero a la relación de causa descripta por mi colega preopinante y lo dispuesto en cuento al rechazo de la deserción del recurso intentado, disiento respecto de la solución adoptada, por las razones de hecho y derecho que a continuación expondré:

1) Inicialmente, advierto que la presente causa resulta análoga a lo ya vertido en los autos Nº FMZ 27.727/2019/1/CA1, caratulados: “Gaitán, Nilda E. c. ANSeS - AFIP - PEN s/ amparo Ley 16.986”, de fecha 18/05/2020, entre muchos otros.

Allí expuse que, aun cuando la cuestión comparta tintes de naturaleza tributaria, prima el derecho constitucional que se intenta resguardar, con lo cual el matiz de seguridad social impone un tratamiento diferenciado, que relega la impronta tributaria e indica que su tratamiento se ha de llevar a cabo por quienes deben proteger la integralidad del haber de jubilación.

Así, nos encontramos frente a una medida cautelar de tipo innovativa, cuyo análisis en muchos casos requiere de mayor rigurosidad porque implica adelantar en algo el objeto de la causa principal. Tiende a modificar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado, a través de la orden de que cese una actividad contraria a derecho o de que se retrotraigan las resultas consumadas de un proceder antijurídico.

En el particular caso de autos, lo que se pretende es el cese en el descuento del impuesto a las ganancias sobre el haber de jubilación, por parte del agente de retención y del ente recaudador.

Esta rigurosidad a la hora de analizar los presupuestos de este tipo de medida cautelar, que hemos tenido en cuenta en numerosas causas, debe ser entendido en su justa medida cuando se discuten derechos de la seguridad social que implican el tratamiento de los derechos humanos elementales de sujetos vulnerables. Ello implica una visión y tratamiento diferenciado en comparación con causas de naturaleza comercial, administrativa o civil, donde se justifica una interpretación restrictiva.

Las tutelas diferenciadas, donde incluimos a las cautelares innovativas, no buscan preservar solo el título del derecho, sino que son herramientas de protección de los derechos fundamentales y su objeto es remover la acción ilícita sobre los mismos, no busca asegurar la ejecutabilidad del título como en las tutelas clásicas sino asegurar el objeto mismo del derecho vulnerado.

Los derechos económicos y sociales son considerados derechos fundamentales no solo por nuestro texto constitucional sino por los tratados internacionales incluidos en la Constitución y otros signados por Nuestro País.

Esta particular materia precisa de un tratamiento diferencial en atención, justamente de la vulnerabilidad del sujeto cuyos derechos se pretende proteger. Dentro de la vulnerabilidad de los adultos mayores podemos destacar sin hesitación, el peligro siempre inminente de que el plazo del proceso sea tan largo y escabroso que no se logre la justicia por no haber llegado a tiempo la solución y por otra parte es que se trata de derechos alimentarios en la etapa de la vida donde el sujeto se encuentra más desvalido y precisa de mayor atención por parte del Estado y la sociedad.

Las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, aprobadas por la XIV Cumbre Iberoamericana de 2008, a las que adhirió la CSJN mediante acordada 5/2009 establece que “se consideran vulnerables aquellas personas que por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud, ante el sistema de justicia, los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico” (regla 3).

En la “Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las Personas Mayores”; instrumento que fue aprobado el 15 de junio 2015 en la 45 Sesión de la Asamblea de la Organización de Estados Americanos (OEA) y al que nuestro país adhirió por ley 27.360, se pone el acento en la tutela efectiva de los derechos, el trato diferenciado a través de mecanismos flexibles como medio idóneo para acceder a todo el plexo de derechos que luego y a lo largo del articulado se consagran.

En la parte que interesa destacar dicha convención estipula en el artículo 4 inc. “C” que los estados signatarios: “Adoptarán y fortalecerán todas las medidas legislativas, administrativas, judiciales, presupuestarias y de cualquier otra índole, *incluido un adecuado acceso a la justicia a fin garantizar a la persona mayor un trato diferenciado y preferencial en todos los ámbitos (...)*”.

Artículo 17. Derecho a la seguridad social: “Toda persona mayor tiene derecho a la seguridad social que la proteja para llevar una vida digna.

Los Estados Parte promoverán progresivamente, dentro de los recursos disponibles, que la persona mayor reciba un ingreso para una vida digna a través de los sistemas de seguridad social y otros *mecanismos flexibles*

de protección social" (...) (la bastardilla me pertenece).

Estos dos instrumentos internacionales destacan, con acierto, el derecho de acceso a la justicia, puesto que sin él el resto de derechos quedaría tan solo como una expresión de deseo.

Los procesos cautelares clásicos y diferenciales se inscriben dentro del principio convencional de acceso a la justicia, porque a través de ellos el Juez tiene herramientas de tutela efectiva de justicia evitando en muchos casos que el bien jurídico protegido se pierda irremediadamente o la sentencia judicial carezca de virtualidad, restándole credibilidad al servicio de justicia frente al justiciable.

El acceso a la justicia, en general, debería tener un alcance, en términos de cobertura, pero también de calidad y eficacia, que pueda resolver conflictos de toda naturaleza en forma justa, equitativa y pronta. El derecho de acceso a la justicia es un derecho complejo, que puede ser entendido en sentido amplio o estricto, compuesto por las siguientes prerrogativas: a) Derecho de peticionar ante las autoridades (sentido estricto); b) Derecho a la prestación jurisdiccional en los términos del art. 8.1 de la CADH, es decir, respetando íntegramente la garantía del debido proceso (sentido amplio). Es decir, no se limita al acceso formal a la jurisdicción sino implica en definitiva obtener justicia, de acuerdo a la naturaleza propia del derecho que se protege y con atención a las particularidades del sujeto de derecho.

El proceso cautelar en materia de seguridad social ha permitido en los últimos años compensar el tremendo colapso de expedientes y el consiguiente atraso de los Tribunales en la resolución de las causas que ha frustrado cualquier intento de plazo razonable y que ha precisado por parte de los jueces buscar alternativas al proceso ordinario. Son los plazos del proceso los que mayor obstáculo suponen para lograr el cumplimiento del derecho humano de acceso a la justicia, cuando de adultos mayores hablamos. Como dijimos el mismo no se logra con la posibilidad de peticionar o de acceder a la jurisdicción (cuestión de la que dan cuentan millares de demandas de ajustes) sino que se logra cuando se obtiene una respuesta justa a dicha petición en tiempo razonable y en vida del justiciable.

Una de las sentencias que más claramente define el alcance del derecho a la justicia es el "Caso de los Cinco Pensionistas contra Perú". En dicho precedente, la Corte afirma que: "tal derecho no se reduce al acceso formal, *stricto sensu*, a la instancia judicial; el derecho de acceso a la justicia, que se encuentra implícito en diversas disposiciones de la Convención Americana (y de otros tratados de derechos humanos) y que permea el derecho interno de los Estados Partes, significa, *lato sensu*, el derecho de obtener justicia. Dotado de contenido jurídico propio, configurase como un derecho autónomo a la prestación jurisdiccional, o sea, la propia realización de la justicia" (Corte IDH, "Caso Cinco Pensionistas vs. Perú". Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C Nº 98.).

Recientemente y en la misma línea, la CIDH en el caso "Muelle Flores vs. Perú" del 6 de marzo del 2019, completó la doctrina sosteniendo que: "Respecto del derecho a la protección judicial, en los términos del artículo 25 de la Convención es posible identificar dos responsabilidades concretas del Estado. La primera, consagrar normativamente y asegurar la debida aplicación de recursos efectivos ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de estas. La segunda, garanti-

zar los medios para ejecutar las respectivas decisiones y sentencias definitivas emitidas por tales autoridades competentes, de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados o reconocidos. Esto último, debido a que una sentencia con carácter de cosa juzgada otorga certeza sobre el derecho o controversia discutida en el caso concreto y, por ende, tiene como uno de sus efectos la obligatoriedad o necesidad de cumplimiento. Lo contrario supone la negación misma del derecho involucrado."

Gordillo destaca —en estos tiempos más que nunca— que el control judicial debe ser oportuno pues, si bien la administración no avanza tan velozmente como el mundo, hace cosas que se van concretando en los hechos y si ese control no llega al germen del problema para terminar la ilegitimidad, simplemente no sirve (Gordillo, Agustín, *El tiempo en la decisión jurídica*, <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2445/10.pdf>).

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha afirmado que una moderna concepción del proceso exige poner el acento en el valor eficacia de la función jurisdiccional y en el carácter instrumental de las normas procesales, pues su finalidad radica en hacer efectivos los derechos sustanciales requeridos de protección (CSJN, *in re* "Pardo, Héctor P. y otro c. Di Césare, Luis A. y otro s/ art. 250 del CPC.", de fecha 06/12/2011).

2) Que así delimitada la cuestión traída a resolución de esta Cámara corresponde ahora expedirse, efectuando la valoración de las constancias respaldatorias, criticadas por la apelante AFIP. Todo ello con la superficialidad exigida para este tipo de procesos, a los fines de determinar la procedencia del recurso sub estudio y sin olvidar que en el marco de esta demanda la cuestión a acreditar es: la concurrencia de los requisitos procesales del Art. 209 y 230 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación.; aclarando que la presente causa queda exceptuada de lo reglado en la ley 26.854, por quedar comprendida en su artículo 2 inc. 2º. Todo ello interpretado bajo la impronta de la protección del derecho de acceso a la justicia de los adultos mayores.

Así y respecto del primero de ellos, *la verosimilitud en el derecho* se encuentra *prima facie* acreditada. La apariencia de buen derecho es, en el presente caso, particularmente fuerte por los siguientes motivos.

La Corte Suprema de Justicia de La Nación, se pronunció en el caso "García, María I." de fecha 26/03/2019. Allí, analiza la potestad de estado de crear tributo, el goce de los derechos de la seguridad social, la capacidad contributiva desde el punto de vista tributario, con la incorporación de elementos de la seguridad social. "La sola capacidad contributiva como parámetro para el establecimiento de tributos a los jubilados, pensionados, retirados o subsidiados, resulta insuficiente si no se pondera la vulnerabilidad vital del colectivo concernido. La falta de consideración de esta circunstancia como pauta de diferenciación tributaria supone igual a los vulnerables de quienes no lo son, desconociendo la incidencia económica que la carga fiscal genera en la formulación del presupuesto de gastos que la fragilidad irroga, colocando al colectivo considerado en una situación de notoria e injusta desventaja."

Sostiene el fallo que existe, a partir de la reforma de 1994 la creación de "discriminaciones inversas" y "cuotas benignas". Expresa en este sentido: "Que la reforma constitucional introducida en 1994 dio un nuevo impulso al desarrollo del principio de igualdad sustancial para el logro de una tutela efectiva de colectivos de personas en situación de vulnerabilidad, estableciendo "medidas de acción positiva" traducidas tanto en "discriminaciones inversas" cuan-

to en la asignación de "cuotas benignas" en beneficio de ellas. Es que, como se ha dicho, "en determinadas circunstancias, que con suficiencia prueben el test de razonabilidad, resulta constitucional favorecer a determinadas personas de ciertos grupos sociales en mayor proporción que a otras, si mediante esa 'discriminación' se procura compensar y equilibrar la marginación o el relegamiento desigualitarios que recaen sobre aquellas (...) se denomina precisamente discriminación inversa porque tiende a superar la desigualdad discriminatoria del sector perjudicado..." (Bidart Campos, Germán, "Tratado elemental de derecho constitucional Argentino", 2000/2001, Editorial Ediar, Buenos Aires, T. I B, p. 80)" (CSJN, FPA 7789/2015/CS1CA1 FPA 7789/2015/1/RH1/ "García, María I. c. AFIP s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad").

Recalca la manda del art. 75, inciso 23, respecto de las medidas de acción positivas que garanticen la igualdad real de oportunidades de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución Nacional y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos (Cfr. CSJN, "García...").

La Convención Americana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (CIDHPM), consagra el compromiso de los Estados partes para adoptar y fortalecer todas las medidas legislativas, administrativas, judiciales, presupuestarias y de cualquier otra índole, incluido el adecuado acceso a la justicia a fin de garantizar a la persona mayor un trato diferencial y preferencial en todos los ámbitos. "...Dicho imperativo constitucional resulta transversal a todo el ordenamiento jurídico, proyectándose concretamente a la materia tributaria, ya que no es dable postular que el Estado actúe con una mirada humanista en ámbitos carentes de contenido económico inmediato (libertades de expresión, ambulatoria o tránsito) y sea insensible al momento de definir su política fiscal..." "...El sistema tributario no puede desentenderse del resto del ordenamiento jurídico y operar como un compartimiento estanco, destinado a ser autosuficiente a cualquier precio, pues ello lo dejaría al margen de las mandas constitucionales..." (op. cit. CSJN en "García...").

Que el citado precedente de la Corte, es claro, criterio por demás que se comparte, en determinar que la naturaleza del derecho fundamental es el que imprime el carácter a la cuestión. La gran discusión en estos casos es la naturaleza de la seguridad social o tributaria de la disputa. Sobre dicho tópico la Corte estima que al tratarse de un tributo que se aplica sobre un derecho previsional, se activa la protección del imperativo constitucional, supeditando y tiñendo de este matiz a la materia tributaria que entra en contacto con este derecho. Ello implica pues su tratamiento diferenciado y la aplicación de los principios que rigen la materia de la seguridad social, procurando no alterar ni restringir el derecho previsional en juego.

Por último, la protección del artículo 14 bis y 75 inc. 23 de la CN, así como de las convenciones internacionales de derechos humanos —especialmente el artículo 26 de la carta de la OEA—, implica realizar una interpretación progresiva de los derechos de la seguridad social que no se condice con la conducta desplegada por la Administración ni por el auto de primera instancia en el caso de autos.

3) Que, en cuanto al *peligro en la demora*, este Tribunal pondera que, tal presupuesto se desprende de la naturaleza misma del beneficio, es decir su carácter asistencial.

Resalto que un haber de \$56.000 aprox., como es el que percibe la parte actora, no puede considerarse de privilegio frente a su

situación de salud actual, y los índices de precios y datos que las agencias oficiales publican. La etapa de la vejez y la imposibilidad física de acrecentar mediante trabajo esos ingresos, justifican el proteger este derecho.

En consecuencia, considero que el magistrado ha aplicado correctamente la doctrina de este Tribunal, sentada *in re* "Latino, María D. R. c. ANSeS y AFIP s/ amparo Ley 16.986" (autos Nº 46.463/2019, de fecha 28/02/2020).

4) Resta finalmente destacar, en cuanto a la *identidad de objeto planteada*, que la misma no es tal, por cuanto la acción declarativa tiene por fin que se la condene a la accionada AFIP-DGI al cese en la retención y *restitución* de los fondos indebidamente retenidos a la actora en razón de lo dispuesto por la Ley 20.628 respecto de los montos recocido a este en carácter de Beneficio Previsional oportunamente concedido por IAFPRPM, así como también se solicita la aplicación de lo dispuesto por el art. 552 del Cód. Civ. y Com. de la Nación respecto de los intereses aplicables a sumas debidas por alimentos, hasta su efectiva restitución.

Mientras que la cautelar que aquí se peticiona, y que ha sido ordenada por el *a quo*, simplemente ordena a la demandada *abstenerse de retener y descontar de haber jubilatorio del accionista*, el importe calculado por el Impuesto a las Ganancias, desde su fecha de notificación, sin expedirse respecto a la restitución de lo ya retenido, todo lo cual será objeto de la sentencia de fondo. Es decir, su objeto es notablemente más acotado, y específico, el cual busca evitar posibles perjuicios irreparables, intertanto dure el proceso principal.

Por lo expuesto, voto por rechazar la apelación vertida por la demandada AFIP-DGI y confirmar la resolución en todo cuanto fuera materia de agravio.

5) Las costas de la presente instancia deberán ser impuestas a la demandada vencida, en virtud del principio objetivo de la derrota (arts. 68 y 69 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

6) Respecto de los honorarios profesionales, su regulación deberá diferirse hasta que exista base cierta para su determinación en la moneda de curso legal y su equivalente en UMA (cfr. art. 51 ley 27.423).

Voto del doctor *Castiñeira de Dios*

Que adhiere al voto del Dr. *Juan Ignacio Pérez Curci*, por sus fundamentos, con la sola aclaración de que, respecto de la regulación de honorarios, la misma debe efectuarse en esta instancia, por razones de celeridad procesal y a los fines de evitar un desgaste jurisdiccional.

Por ello, deben regularse los mismos en un 30% de lo que oportunamente se establezca en primera instancia, debiendo el juez de grado, cuando existiere base cierta, determinarlos en moneda de curso legal y en UMA (arts. 30 y 51 de la ley 27.423).

En mérito a lo expuesto, *por mayoría*, se *resuelve*: 1) No hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por AFIP-DGI en fecha 03/02/2021 y, en consecuencia, confirmar la resolución aquí recurrida. 2) Imponer las costas de la presente instancia, a la recurrente vencida (art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación.). 3) Regular los honorarios de los profesionales intervinientes, en un 30% de lo que se establezca en primera instancia. Proceda el *a quo* a calcular los emolumentos, en la etapa procesal oportuna, cuando existiere base cierta para ello (arts. 30 y 51 de la ley 27.423). Protocolícese. Notifíquese. Publíquese. — *Gustavo E. Castiñeira de Dios*. — *Alfredo R. Porras*. — *Juan I. Pérez Curci*.

## Desalojo en la unión convivencial

**Acción intentada contra la exconviviente. Valoración de circunstancias jurídicamente relevantes. Ausencia de ocupación ilegal o indebida. Rechazo de la pretensión.**

- La resistencia de la demandada al desalojo pretendido no se basa en el carácter de concubina y en que de tal relación tuviera el efecto de ganancialidad en el bien. Por el contrario, se alega que los bienes han sido adquiridos con los ingresos de ambos, que por lo demás son trabajadores; y siendo las cosas así, el argumento valorado aparece verosímil. En suma, la parte demandada tiene legitimación para permanecer en la vivienda, no resultando deudora de una obligación personal de restituir (art. 676 Cód. Proc. Civ.).
- El segmento del fallo por el cual la magistrada entiende que no hay prueba de la realización de actos posesorios y que los salarios de la demandada hayan sido utilizados para la compra del inmueble deviene impropio al desalojo intentado. El concubinato en sí mismo no crea una sociedad de hecho ni hace presumir que exista entre las partes una comunidad de bienes igual a la sociedad conyugal. Empero, la valoración integral de los hechos es la que permite inferir que el vínculo de los convivientes tuvo consecuencias en el ámbito patrimonial de sus integrantes.
- La prueba concreta de los aportes de los integrantes del vínculo afectivo resulta propia de una acción de restitución de bienes, liquidación de bienes de la sociedad de hecho, división de condominio o aquella que la parte intente, pero todo ello resulta ajeno al trámite de la acción de desalojo.
- Se encuentra acreditada la convivencia de larga data, el carácter de jubilado del actor, quien tampoco demostró cuáles eran sus ingresos cuando era trabajador activo y que el bien se adquiriera solamente con dinero de su actividad, así como el carácter de trabajadora de la demandada. Desde esta base se advierte que el carácter de poseedora invocada por la demandada tiene la verosimilitud que le infunden las pruebas producidas en esta causa, lo que permite sostener *prima facie* que no se configura la calidad de intrusa que se le endilga para admitir el desalojo.
- Las especiales particularidades que se dan en el caso, esto es, convivencia de larga data, adquisición de bienes durante la relación de pareja, el carácter de trabajadora de la demandada, que el bien que se pretende desalojar integraría el conjunto de los bienes que las partes deben resolver como consecuencia de la ruptura de la relación, como el reclamo por parte de la demandada con anterioridad al inicio de la causa, son las pautas tenidas en cuenta para rechazar la pretensión del actor, puesto que tornan verosímil la posición expuesta para repeler la acción de desalojo intentada.
- Cabe interpretar el valor indiciario de las circunstancias señaladas que se han estimado como jurídicamente relevantes (convivencia prolongada, adquisición de bien durante su desarrollo, plazo temporal extendido entre el inicio de la convivencia y la suscripción del boleto de compraventa, contestación de intimación por parte del actor negando titularidad sobre el bien objeto del desalojo, mantenimiento de la actora en el inmueble de referencia). Se trata de un conjunto de hechos que abonan lógica, fáctica y ju-

ricamente la idea de que la ocupación de la demandada no ha sido ilegal e indebida, por lo que faltaría el presupuesto habilitante de la legitimación pasiva de la acción de desalojo (art. 676 del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

**CCiv. y Com., Pergamino, 06/07/2021. - P., A. A. c. R., S. M. s/ Desalojo.**

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/105793/2021]

**2ª Instancia.** - Pergamino, julio 6 de 2021.

1ª ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? 2ª ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

1ª cuestión. — El doctor *Louise* dijo:

La Sra. Jueza del Juzgado de Paz de Colón, dictó sentencia en las presentes actuaciones e hizo lugar a la demanda de desalojo promovida por A. A. P.; consecuentemente, condenó a S. M. R. y/o quien resulte ocupante, a entregar a la parte actora, dentro del término de treinta (30) días de quedar firme la presente, el inmueble ubicado en calle ..., Barrio Mirador del Lago, de la ciudad de Colón, Provincia de Buenos Aires, libre de toda ocupación, bajo apercibimiento de disponer el desalojo con intervención de la fuerza pública.

Asimismo, se declaró incompetente para entender respecto de la reconversión por división de bienes de sociedad de hecho, unión convivencial, atribución del hogar y compensación económica y finalmente aplicó las costas a la parte demandada, que resultó vencida (Art. 68 CPP).

Lo resuelto es apelado por la parte condenada en 29/12/2020, quien en la misma presentación expresa los agravios.

Llegados los autos a esta Instancia se ordenan los respectivos traslados a la parte actora y Asesor de Incapaces quienes lo dejan incontestado, por lo que se les da por perdido el derecho que han dejado de usar y encontrándose la causa en condiciones, se pasan los autos para sentencia (art. 263 Cód. Proc. Civ. y Comercial), providencia que firme a la fecha deja a la causa en condiciones de ser fallada.

Agravios de la demandada.

Se duele, primeramente, en cuanto considera que la sentencia de grado omite el planteo de su parte en punto a que su ocupación en la finca no es ilegal o ilegítima, sino que se da dentro de un proceso de separación de pareja y distribución de bienes.

Dice también, que no se consideró que el inmueble, objeto de la pretensión, fue adquirido durante el concubinato que tuviera con el Sr. P., que tampoco se tuvo en cuenta que siempre trabajó y contribuyó al mantenimiento y progreso económico de la pareja.

Se agravia en relación a la declaración de incompetencia, por cuanto contrariamente a lo fallado, entiende que es la sentenciante competente en razón de la materia y territorio.

Respecto de la orden de desalojo continúa diciendo que se dicta sin tener en cuenta la cuestión de fondo pendiente, que son sus derechos que le asisten por compensación económica y casualmente, el inmueble que se pretende desalojar se halla en discusión, no habiéndose valorado que la pareja vivió en la finca en cuestión, desde el año 2002 al 2013, antes de la compra formal del inmueble el día 03/02/2014, la que se efectivizó con el dinero ahorrado en forma conjunta.

La afecta la omisión de valoración de la documentación acompañada, la información sumaria rendida donde es el mismo actor quien junto a dos testigos declara que vive en concubinato con S. R. desde hace trece años y habitan juntos.

Reitera la falta de valoración de pruebas, la incorrecta apreciación de la misma e insiste en que no es una usurpadora, que el bien inmueble se halla en discusión por la disputa económica motivo de la separación, por lo que finaliza la crítica peticionando la revocación del fallo apelado.

En tarea de decidir, luego de ponderar los antecedentes que informan a la causa, los términos de la sentencia y la expresión de los agravios, soy de opinión que asiste razón parcialmente a la apelante.

Para facilitar una mejor comprensión he de hacer un relato de las antecedentes fácticos que surgen de la causa.

En efecto, el Sr. P., inicia la demanda de desalojo por intrusión contra la Sra. R. y/o cualquier ocupante del inmueble sito en la calle ..., Barrio Mirador del Lago de la ciudad de Colón (BA). En la misma presentación, el actor reconoce la relación de pareja que mantuvo hasta el año 2016 con la demandada, y expresa que la accionada se retiró del hogar convivencial para irse a vivir a otro domicilio, no obstante denuncia que la misma ocupa de modo ilegítimo el departamento desde el año 2018.

La demanda fue acompañada de documentación que da cuenta del intercambio epistolar entre las partes (previo al inicio de las presentes), una remitida por la demandada, quien le reclama una compensación económica por la adquisición de un terreno, el departamento objeto del presente desalojo, una camioneta y bienes muebles a determinar que fueran adquiridos durante la convivencia que mantuvieron desde el año 2001 al 2017.

La epístola fue desestimada por el actor, quien llamativamente niega ser titular del terreno, del departamento que se le atribuye y solo se reconoce dueño de la camioneta que dice la adquirió con lo que percibe de la jubilación. Digo llamativamente porque en la demanda, el actor inicia la misma como legítimo activo por resultar adquirente por boleto de compra venta celebrado en fecha 03/02/2014 del inmueble en cuestión y en iguales términos lo hizo previamente al solicitar la realización de diligencias preliminares a fin de constatar el estado de ocupación del inmueble.

De lo hasta aquí expuesto se observa claramente que con anterioridad al inicio de las presentes actuaciones hubo por parte de la demandada un reclamo de compensación económica por los bienes adquiridos por la pareja.

No resulta un hecho controvertido la relación sentimental y convivencial de las partes expuesta en demanda, en el responde y además como surge claramente de la declaración formulada en sede judicial, información sumaria, realizada por el Sr. P. en el año 2015, quien manifestó convivir con la Sra. R., desde hacía trece años y en forma ininterrumpida en el mismo hogar.

Así, al responder la demanda, la accionada luego de manifestarse en relación a la improcedencia de la acción de desalojo, reconvinó por división de bienes y compensación económica.

La pretensión es resistida por el actor de autos quien propone la desestimación de la misma, afirmando que todos los bienes son propios, que han sido adquiridos por su parte sin aporte de la contraria y que para el

caso de “existir una eventual compensación” (*sic*) la demanda deberá ser interpuesta en el Juzgado de Familia.

La sentencia de grado, luego de ponderar la legitimación del actor para reclamar el desalojo, trata la legitimación pasiva de la demandada y en lo que aquí interesa destacar dice que no hay prueba de que los salarios de la Sra. R. hayan sido utilizados para la adquisición de bienes, como tampoco que la misma haya realizado actos posesorios.

Así sobre esta base, aduciendo falta de prueba del aporte de la demandada para la compra de bienes, como de actos posesorios de su parte se concluye que la demandada debe desalojar el inmueble, ante la falta de título para permanecer en el mismo.

Nuestra Suprema Corte Provincial ha dicho “...ha considerado que procede el desalojo solamente cuando el demandado está obligado a restituir el inmueble en virtud de una obligación nacida en un contrato, como la locación de cosa, del comodato, del otorgamiento de la tenencia precaria o cuando quien lo detenta resulta un intruso (conf. Ac. 50.546, sent. del 22/02/1994; Ac. 75.700, sent. del 30/04/2003), pero que corresponde desestimar la acción por desalojo intentada si los demandados han acreditado *prima facie* el carácter de poseedores que invocaron, lo que impide que pueda considerárselos como deudores de una obligación exigible de restituir, como lo exige el art. 676 del Cód. Proc. Civ. y Comercial (conf. doct. C. 97.416, sent. del 13/02/2008; C. 107.959, sent. del 05/10/2011)...” (SCBA. Ac. 119.770).

Como surge de las constancias del expediente la accionada, como se dijera, reclamó por carta documento por sus derechos patrimoniales producto de la relación concubiniaria y contestó demanda con base en que su permanencia en el domicilio cuyo desalojo se pretende se debe a que el inmueble fue la sede del hogar convivencial, y que además fue adquirido durante dicha relación, y contrademandó por división de bienes y compensación económica.

Ello se compadece con las constancias de la causa acompañada como prueba caratulada “P., A. A. c. R., S. s/ diligencias preliminares” Expte. N° CO-37.023, en la que el oficial de justicia el realizar el mandamiento de constatación da cuenta que se constituyó en calle ..., Barrio Mirador del Lago, para cumplir lo encomendado y se entendió con una persona que dijo ser de la casa y “...llamarse S. M. R. con DNI N° ... que no exhibe, quien enterada de mi cometido manifiesta que es la única ocupante del inmueble y lo hace desde hace muchos años en el que fuera el hogar conyugal ya que hace cinco años se separaron y el Sr. P. se retiró del inmueble...” (*sic*).

Este hecho da por tierra lo expuesto por el actor cuando manifiesta que la demandada se retiró de la sede convivencial que pretende recuperar, dado que, si no, no se explica, ni se pretende acreditar como reingresó al mismo luego del abandono de la finca, por lo que tengo para mí que el hecho resultó como lo expuso la demandada, esto es que del domicilio que convivieran las partes, fue el actor quien se retiró.

Así, de lo expuesto hasta aquí, sumado al reconocimiento de la relación convivencial prolongada (art. 354 inc. 1 CPC) los términos de la respuesta a la demanda, los de la reconversión y su responde dan cuenta que la resistencia de la demandada a la pretensión inicial no se basa en el carácter de concubina y que de tal relación tuviera el efecto de ganancialidad en el bien. Por el contrario, se alega que los bienes han sido adquiridos con los ingresos de ambos que por lo demás son trabajadores y siendo las cosas así, el ar-

gumento valorado como *infra* se verá aparece verosímil.

Por ello es que el segmento del fallo por el cual la magistrada entiende que no hay prueba de la realización de actos posesorios y que los salarios de la demandada hayan sido utilizados para la compra del inmueble deviene impropio al presente juicio en los términos así planteados.

Es sabido que el concubinato en sí mismo no crea una sociedad de hecho, ni hace presumir que exista entre las partes una comunidad de bienes igual a la sociedad conyugal. Empero, la valoración integral de los hechos es la que permite inferir que el vínculo de los convivientes tuvo consecuencias en el ámbito patrimonial de sus integrantes.

Por ello la prueba concreta de los aportes de los integrantes del vínculo afectivo resulta propio de la acción ya sea de restitución de bienes, liquidación de bienes de la sociedad de hecho, división de condominio o aquella acción que la parte intente, pero todo ello resulta ajeno al trámite de la acción de desalojo.

En el caso, tenemos acreditado la convivencia de larga data, el carácter de jubilado del actor, quien tampoco demostró cuales eran sus ingresos cuando era trabajador activo y que el bien se adquiriera solamente con dinero de su actividad (insisto, prueba ajena a las presentes) y el carácter de trabajadora de la demandada.

Entonces desde esta base, se advierte que el carácter de poseedora invocada por la demandada posee la verosimilitud que le infunden las pruebas producidas en esta causa, lo que permite sostener, *prima facie*, que no se configura la calidad de intrusa que se le endilga.

Encuentro entonces que de las concretas constancias de la causa surge, sin hesitación, que el debate pasa por otro ámbito del derecho y no corresponde la acción elegida por el actor. (cfr. en tal sentido SCBA. Ac. 119.770).

A ello, se ha dicho que "...De este modo y con cita del distinguido Leonardo González Zammar precisó "En esos y en otros casos, como ya se ha señalado, es posible que entre los [convivientes] haya comunidad de intereses, que puede incluir determinados bienes comunes, sin que por ello se llegue a configurar una sociedad. (...) La finalización del estado de comunidad no tendrá lugar mediante la liquidación de una sociedad sino por medio de la división del condominio o la comunidad, o por la acción reivindicatoria si es del caso." Al respecto el Dr. Buitrago consideró que, si bien el boleto de compraventa por medio del cual se adquirió la propiedad fue suscripto solo por

el Sr. B, se comprobó —a través del relato de los testigos— que ambos trabajaron y aportaron para los gastos familiares. En este razonamiento y siguiendo jurisprudencia de la Cámara Civil y Comercial Séptima de Córdoba sostuvo que, a partir de la celebración del boleto de compraventa, ambos convivientes pasaron a ser poseedores "animus domini" del inmueble atento la relación convivencial que los unía por entonces, más allá que la titularidad del boleto estuviese en cabeza de uno solo de ellos. Sostener que solo uno de los convivientes sea considerado poseedor y el otro tenedor resultaría absurdo y contrario a la lógica, y a nuestros usos y costumbres..." (cfr. "Juzgar con perspectiva de género en materia civil", Guillermo Carlos Bramuzzi, 19 de junio de 2019 www.saij.gov.ar Id SAIJ: DACF190109).

Siguiendo el razonamiento doctrinario y jurisprudencial, por el cual más allá de la titularidad del boleto de compraventa (como se da en la especie), los concubinos resultan ambos poseedores "animus domini" y con ello la legitimación pasiva para resistir el desalojo y así la discusión sobre el origen de los fondos para su adquisición se tiene que dar en el ámbito de otro proceso ajeno al presente.

Las especiales particularidades que aquí se dan, esto es convivencia de larga data, adquisición de bienes durante la relación de pareja, el carácter de trabajadora de la demandada, que el bien que se pretende desalojar integraría el conjunto de los bienes que ambos deben resolver como consecuencia de la ruptura de la relación, como el reclamo por parte de la demandada con anterioridad al inicio de las presentes, son las pautas tenidas en cuenta para decidir del modo dicho puesto que tornan verosímil la posición expuesta para repeler una acción como la intentada.

Así, cabe interpretar el valor indiciario de las circunstancias señaladas que se han estimado aquí como jurídicamente relevantes (convivencia prolongada, adquisición de bien durante el desarrollo de la misma, plazo temporal extendido entre el inicio de la convivencia y la suscripción del boleto de compraventa, contestación de intimación por parte del actor negando titularidad sobre el bien objeto del desalojo, mantenimiento de la actora en el inmueble de referencia). Se trata de un conjunto de hechos que abonan lógica, fáctica y jurídicamente la idea de que la ocupación de la demandada no ha sido ilegal e indebida, por lo que faltaría el presupuesto habilitante de la legitimación pasiva de la acción de desalojo (art. 676 del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Todo ello sin perjuicio de los eventuales derechos sobre los bienes que podrían corresponder a las partes en virtud de su carácter de convivientes a tratar en la jurisdicción respectiva.

Recapitulando, desde esta base fáctica/jurídica, la unión convivencial ha quedado acreditada en la causa (art. 509 Cód. Civ. y Comercial), sumado a los hechos valorados supra constituyen presupuesto suficiente para el rechazo del desahucio en tanto tal como tiene dicho la jurisprudencia, "... Para obstar la procedencia de la acción de desalojo es menester que el demandado haya probado al menos "prima facie" la efectividad de la posesión que invoca justificando así la seriedad de su defensa..." (confr. CC0202 LP 122.057 RSD 242/18 S 11/09/2018).

En dicho orden el Superior Tribunal provincial ha referido a dicha cualidad de un planteo de falta de legitimación pasiva en desalojo, señalando que: "... Es procedente el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto contra la sentencia que ordena el desalojo cuando, según constancias de las causas, resulta verosímil la defensa de posesión *animus domini* esgrimida por quien fuera conviviente del titular de dominio del inmueble y actualmente peticiona, en expediente acollorado a esta causa, el reconocimiento judicial de su calidad de propietaria en virtud de la sociedad de hecho que ambos formaran..." (SCBA LP C 119.770 S 23/05/2017 Carátula: "Ferreira, María P. c. Sosa, Edilma N. s/ desalojo").

Y para concluir, en el sentido que propongo al Acuerdo, es de destacar que "...En orden a valorar la verosimilitud de la invocación de la posesión que se haga en un proceso de desalojo, donde se la ha traído como defensa obstativa al desahucio (art. 676 del CPC), ha de acudir a valorar los elementos con que se cuenta en la contienda que permitan apreciar concretamente ese grado de verosimilitud ("prima facie"), sin que importe ello dejar agotado el debate o decidir concretamente respecto a los derechos a la posesión en el ámbito propio de las acciones interdictales, posesorias o petitorias, que dan el especial, propio y definitorio juicio acerca de tales derechos (arts. 676, 600/615 del CPC; art. 2379, 2474, 2458, 2480, 2481 del Cód. Civil)..." (confr. CC0203 LP 109180 RSD-32-14 S 27/03/2014).

En suma, tengo para mí que la parte demandada tiene legitimación para permanecer en la vivienda, no resultando la presente deudora de una obligación personal de restituir (art. 676 CPC).

No he de seguir a la apelante en relación a la cuestión de competencia.

En efecto, la sentenciante se declara incompetente para el tratamiento de la reconvencción deducida con fundamento en el Dec. Ley 9229/1979 que en su artículo 63 determina la materia sobre la cual los jueces de paz tienen competencia y en el caso es que la reconvencción por división de bienes o compensación económica no se encuentra en el

listado de las materias que la legislación adjetiva atribuye a los jueces de paz.

Y tal como se lo expone en la sentencia, al transcribirse el art. 3 inc. 3 de la ley 10.571, dada la falta de conexidad entre las pretensiones aquí en juego (desalojo/reconvencción por compensación económica) el texto legal le impone al magistrado declararse incompetente solo de la reconvencción siendo por ello lo resuelto ajustado a la ley y sella la suerte del recurso.

Por las razones dadas, citas legales de referencia y con el alcance indicado, voto por la negativa.

A la misma cuestión los doctores *Degleue* y *Scaraffia* por análogos fundamentos votaron en el mismo sentido.

2ª cuestión. — El doctor *Louise* dijo:

De conformidad al resultado habido al tratarse la cuestión precedente, estimo que el pronunciamiento que corresponde dictar es:

Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y en consecuencia revocar la sentencia en cuanto hace lugar al desalojo, dejando sin efecto el mismo.

Confirmar la declaración de incompetencia para el tratamiento de la reconvencción deducida.

Con costas de la Alzada en un 50% a cada parte atento el resultado. Diferir la regulación de los honorarios hasta el momento procesal oportuno (art. 31 y 51 LH).

Así lo voto.

A la misma cuestión los doctores *Degleue* y *Scaraffia* por análogos fundamentos votaron en el mismo sentido.

Con lo que terminó el presente Acuerdo, dictándose la siguiente sentencia: Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y en consecuencia revocar la sentencia en cuanto hace lugar al desalojo dejando sin efecto el mismo. Confirmar la declaración de incompetencia para el tratamiento de la reconvencción deducida. Con costas de la Alzada en un 50% a cada parte atento el resultado. Diferir la regulación de los honorarios hasta el momento procesal oportuno (art. 31 y 51 LH). Diferir la regulación de los honorarios hasta el momento procesal oportuno (art. 31 y 51 LH). Regístrese. Notifíquese por Secretaría (Ac. 3845 SCBA) remitiéndose copia digital de la presente sentencia a los domicilios electrónicos de las respectivas partes que se detallan a continuación. Devuélvase. — *Graciela H. Scaraffia*. — *Roberto M. Degleue*. — *Bernardo Louise*.

## Edictos

Ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 10, Secretaría N° 20, sito en Libertad 731 9° piso de esta ciudad, tramita el pedido de ciudadanía argentina de la Sra. MARÍA FERNANDA FILIPPI REYES de

nacionalidad venezolana con DNI N° 95.554. 110 según el expediente "FILIPPI REYES, MARÍA FERNANDA s/SOLICITUD DE CARTA DE CIUDADANÍA" Exp. N° 10505/2019. Por ello cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que estimara podría obstar a dicha concesión, deberá hacerlo saber a este Juzgado. Publíquese por dos días.

Buenos Aires, 3 de febrero de 2020  
Matías M. Abraham, sec. int.  
LA LEY: I. 15/12/21 V. 16/12/21

Ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 10, Secretaría N° 19, sito en Libertad 731, 9° piso de esta ciudad, tramita el pedido de ciudadanía argentina de el/la Sr./Sra. GREGORIO VERAS MARRERO de

nacionalidad dominicana con pasaporte N° SC1327010 según Exp. N° 5592/2021 "VERAS MARRERO, GREGORIO s/SOLICITUD DE CARTA DE CIUDADANÍA". Por ello cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que estimara

podría obstar a dicha concesión, deberá hacerlo saber a este Juzgado. Publíquese por dos días.  
Buenos Aires, 29 de noviembre de 2021  
María Lucila Koon, sec.  
LA LEY: I. 14/12/21 V. 15/12/21

