

Semana de la Academia de Derecho

Doctrina

Una respuesta solidaria ante la crisis empresarial nacida de la pandemia: un aporte desde el ámbito concursal



Marcelo Gebhardt

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

SUMARIO: I. Introducción.— II. Auxiliar a las empresas afectadas por el cierre de la economía.— III. Carácter excepcional de las presentes propuestas y reflexiones.— IV. Respuestas locales y del derecho comparado concursal a las crisis empresarias con origen en la pandemia.— V. La solución solidaria y su necesaria imposición, aun sin mayorías.— VI. Conclusión.

I. Introducción (*)

La solidaridad como valor, en el medio de la sociedad sufriente, con innumerables empleos perdidos y miles de empresas cerradas o a punto de hacerlo en el país, es una virtud inspiradora, que aspira a ser considerada una contribución a la morigeración del dolor social.

Para este análisis hay bases insoslayables (que teñirán este trabajo centrado en la debate generalizada de las empresas), a saber: 1) que nadie se salvará solo de esta catástrofe (1); 2) que es imperioso un esfuerzo colectivo para superar las crisis empresarias y 3) que, por fin, son insuficientes las soluciones clásicas o "de mercado", previstas en la legislación general concebida para responder a los casos de insolvencia usuales.

Esas bases me llevarán —lo adelanto, pues ayudará a comprender el hilo del discurso que sigue— a proponer una solución que no debe ser general, sino enfocada a cada caso de los numerosos en que se ha evidenciado en forma concreta la crisis; y que dicha solución debe tener como sustento —y necesaria impronta— la honesti-

dad individual y el compromiso colectivo de la solidaridad, con el consecuente esfuerzo que ello supone.

Es que la solidaridad es, en la emergencia, el valor humano que permite el encuentro de voluntades para enfrentar el padecimiento que trajo la peste; y en lo que aquí interesa, lo que puede contribuir eficazmente al salvataje de empresas afectadas y a la preservación del empleo.

Es bueno también puntualizar que la solidaridad, que será la herramienta de esta reflexión académica, debe ser entendida como una virtud moral y una excelsa actitud social. Ella no apunta a dar la espalda al capitalismo, sino a enarbolar un valor esencial de la convivencia humana que permita escapar de su hijo bastardo: el capitalismo salvaje (2). En definitiva, aspiramos a la configuración —a la salida de la crisis— de una sociedad más sana (justa y equitativa) y más digna.

II. Auxiliar a las empresas afectadas por el cierre de la economía

La crisis actual tiene características peculiares en nuestro país con relación a las precedentes: su heterogeneidad sectorial y regional. No todas las empresas ingresa-

ron al umbral de la insolvencia; y son diversas las situaciones incluso en el mundo y, por cierto, en los tan distintos ámbitos geográficos de nuestro empobrecido país (3).

Es preciso entonces calibrar la propuesta y distinguir apropiadamente los destinatarios de una solución que, como ya voy anticipando, requiere del esfuerzo de los acreedores y de todos los padecientes que hayan surgido de tan extendida debacle. No será razonable una solución generalizada que, por ejemplo, imponga pérdidas o renunciaciones a acreedores de empresas conjuntamente prósperas (por ejemplo, como llevo dicho, de especialidades medicinales o alimentarias, o a sus trabajadores); salvo que se pueda conectar claramente su colapso (no descartable) con el cierre de la economía.

La pauta interpretativa a aplicar para discernir si una empresa califica para ser beneficiaria de la solución propiciada debe ser amplia, pero claramente enfocada a aquellas que sufrieron su desbaraque productivo, financiero y comercial con claro origen en la pandemia y el aislamiento decretado por el poder político para atajarla. La conexión causal debe ser indispensable (4).

III. Carácter excepcional de las presentes propuestas y reflexiones

También es necesario circunscribir las soluciones como las que propondré, por fuera del sistema general, a este tiempo de sufrimiento económico y a estas causas específicas. La excepcionalidad puede generar una legislación de emergencia, que incluso secundarice derechos amparados por la Constitución Federal (5), pero a condición de que estén debidamente establecidos sus contornos temporales y limitados sus efectos a la situación de excepción, amén de otros requisitos que la doctrina constitucional ha delineado con precisión (6).

Estos elementos son entonces condiciones insoslayables para el tipo de ideas que aquí quiero propiciar para generar la arquitectura jurídica de una solución a las crisis empresarias nacidas de la catástrofe mundial.

Solo así será posible que la respuesta legislativa imaginada supere el "test de constitucionalidad", aun asumiendo que carecemos de sistemas predictores certeros que nos den idea más o menos confiable de la dimensión de la crisis, consecuencias y sus resultados; y mucho menos que nos marquen un rumbo previsor que permita afrontar el futuro con algún grado de certidumbre.

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 22 de abril de 2021 realizada por la plataforma Zoom.

(1) Discurso del Papa Francisco del 27 de marzo de 2020, pronunciado en la soledad de una lluviosa tarde en Plaza San Pedro.

(2) A esta altura esa calificación del capitalismo, que a su vez es producto de prácticas de mercado en ocasiones

aplicadas brutalmente, es objeto de rechazo universal y no creo que haya grieta que le dé espacio. Desde la Doctrina Social de la Iglesia hasta las propuestas de prácticamente todos los partidos políticos argentinos condenan ese extremo.

(3) La estadística registra que las actividades que nunca sufrieron la parálisis de su tarea (v.gr. los bancos, el transporte de carga, la industria farmacéutica) exhiben economías positivas; mientras que otras que nunca pudieron reabrir (la hotelería, establecimientos educativos privados,

el transporte de pasajeros, etc.), están en estado terminal, a la espera de fomentos estatales únicamente, o a la imaginada aparición de una vacuna efectiva contra el virus y, por cierto, aplicada en forma generalizada.

(4) Parece preciso, para dar un panorama general y objetivo, que no en todas las latitudes esta idea ha sido el criterio común: en España las medidas societarias y concursales adoptadas por la Ley 3/2020 del 18 de septiembre de ese año, se caracterizaron por su carácter temporal y objetivo, desvinculadas de la causalidad sa-

nitaria como apuntan CAMPUZANO, Ana Belén y SANJUÁN Enrique, "GPS Concursal", Tirant lo Blanc, Valencia, 2021, 3ª ed.

(5) Así le gusta llamarla a FERREIRA, Raúl Gustavo, "Malestar del Estado", Ediar, Buenos Aires, 2020.

(6) BIDART CAMPOS, Germán, "Manual de derecho constitucional argentino", ps. 166/7; HERNÁNDEZ, Antonio María, "La emergencia en la Constitución Nacional"; y entre muchos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ver colección Fallos 330:3002.

Jurisprudencia

Impuesto a las ganancias sobre haberes previsionales
Jubilada del Poder Judicial provincial. Cuestionamiento de

la base imponible. Retención que debe ser efectuada sobre el "sueldo básico". Costas. Eximición.
CFed. Mar del Plata, 06/08/2021. - Díaz, Mónica Beatriz c. Administración Federal de Ingresos Públicos - AFIP s/ Amparo Ley 16.986.

Conciliación penal

Sentencia que se aparta de la norma vigente. Código Procesal Penal Federal.
CNCrim. y Correc., sala V, 04/08/2021. - C., S. E. s/ conciliación.

IV. Respuestas locales y del derecho comparado concursal a las crisis empresarias con origen en la pandemia

IV.1 Nuestro país no ha dado aún respuesta legislativa de naturaleza concursal a la crisis que generó la pandemia y el cierre —o restricciones— de las actividades económicas y sociales dispuesto para su contención

Las numerosas disposiciones adoptadas por el Estado argentino en este tiempo fueron *asistenciales*, por darles un nombre genérico. Como tales, dichas respuestas se conectan a una política económico-social y por ello no serán objeto de análisis en el presente, pues conciernen a iniciativas que exceden la consideración de linaje jurídico, referente a cómo auxiliar a las empresas a través de los esfuerzos de la generalidad de los afectados y permitirles que puedan remover su estado de insolvencia y parálisis; pero con miras —diría excluyentes y casi exageradas (perdóneseme la vehemencia, pero la emergencia la amerita)— en la conservación del empleo y la prosecución de las actividades económicas y productivas, que son primordiales para vertebrar el proceso de recuperación que el país deberá encarar más rápido que pronto.

En el ámbito concursal, tiene todavía trámite legislativo (notablemente extendido en el tiempo a pesar de la urgencia que lo motivó) una iniciativa que nació en la Cámara de Diputados de la Nación (7) y que centralmente fue pensada para evitar la quiebra de las empresas y, en su caso, su liquidación, si ya hubieran caído en estado de falencia. En tal sentido el proyecto busca ampliar notablemente los plazos que de ordinario tienen los concursos preventivos y los acuerdos preventivos extrajudiciales para lograr el objetivo deseado de la reestructuración de pasivos y consecuente salvataje de la empresa afectada. Prevé, el referido proyecto, un freno a los pedidos de quiebra formulados por acreedor y genera diversas franquicias a favor de los sujetos endeudados, incluso alcanzando a las personas humanas que carecen de organización empresarial (los no comerciantes), entre las que se cuenta incluso un beneficio notable en los costos judiciales (concretamente en el modo de calcular la tasa de justicia).

El proyecto (que soslayó otros muy valiosos que estaban en la agenda de dicha Cámara legislativa) es merecedor de críticas de diversa índole, las cuales mencionaré tan solo someramente, pues no es el objetivo de esta comunicación analizar esa iniciativa; por lo demás, de brumoso destino.

Los redactores del proyecto de la Cámara Baja incurrieron en errores serios, como por ejemplo: (i) no hay en el texto discriminación alguna entre las empresas en crisis; todas reciben igual trato, a despecho del necesariamente diverso origen de la debacle y de la ya mencionada heterogeneidad de la crisis, incluso regional; (ii) declara en emergencia a “...todos los sujetos comprendidos...” en un proceso de concurso preventivo, acuerdo preventivo extrajudicial y en las quiebras, perdiendo de vista que la emergencia nos debe llevar a a proteger a las empresas y al empleo, mas no a cualquiera pues para eso están las normas ordinarias; (iii) permite que los beneficios otorgados por la ley de emergencia sean utilizados por avalistas,

codeudores, garantes y “otros obligados”, de modo que bastaría que uno de ellos recurra a uno de estos procesos para que los otros vinculados en el título de la obligación puedan ampararse en la ley sin siquiera estar en cesación de pagos (8), lo cual es inaceptable.

El 15 de octubre de 2020 (setenta y cinco días después del pronunciamiento de los diputados, que como dijimos fue destacable por el voto de la casi unanimidad de los legisladores), el Senado de la Nación se pronunció. Y lejos de corregir —como se esperaba— los errores técnico-concursales del proyecto, o —como también se conjeturó— generar una respuesta rápida ante lo acuciante de la situación de las empresas; hizo revisiones sesgadas y presididas por ideologías que no debieron enturbiar la solución imperiosa que concitó que los diputados depusieran sus rivalidades, allá cuando promediaba el invierno de 2020 y el país se encolumnaba para resistir la pandemia.

En efecto, el Senado de la Nación, por el voto de la mayoría, se dedicó a limitar fuertemente la aplicación de la ley proyectada. Esencialmente cerró el camino a los beneficiarios de la ley a las empresas que se hubieran concursado antes del decreto 297/20, es decir, el 20 de marzo de 2020. Y también lo cerró a los sujetos que hayan tenido en los dos últimos años actividades vinculadas al negocio de divisas (contado con liquidación, giros al exterior, etc.), pero no solo a ellos cerró el paso (con un estilo formoseño, por decirlo con una pretendida dosis de humor), sino también proyectaba impedirlo a un conjunto verdaderamente increíble de sujetos: accionistas, empresas vinculadas directa o indirectamente, cuya sola operación en ese mundo de los negocios financieros y/o cambiarios (claramente lícitos) impide obtener el beneficio legal a la empresa en crisis.

La Cámara de Diputados hasta la fecha no se pronunció. No sabemos cómo ni cuándo logrará hacerlo. Solo queda apostar por la adecuada “nacionalidad de Dios”. Alternativa poco eficiente, como se ve, y relacionada también con ese invocado ingrediente humorístico.

IV.2. Las legislaciones extranjeras, en camino, sí dieron y muy variada, naturalmente, respuestas de índole concursal a la inusitada crisis desatada a nivel mundial

Va de suyo que la primera reacción en la mayoría de los países del orbe fue también de política económica: subsidios directos a los habitantes, erogaciones extraordinarias a favor del sistema de salud, sostenimiento de actividades esenciales, etc.

Pero los países centrales y los propios que nos circundan en nuestra Latinoamérica también avanzaron en legislaciones de emergencia de linaje concursal para tutelar las empresas como fuente de trabajo, así como protección de esa herramienta —la empresa— insoslayable en el desarrollo económico y social.

En numerosos foros se analizaron esas iniciativas legislativas del derecho comparado (9), como por caso el decreto-ley de Colombia 560 del 15 de abril de 2020 y el decreto peruano 1511 (10); y podemos leer con mucho interés lo que surge de la Ley 3 del 18 de setiembre de 2020 del Reino de España.

Es posible sistematizar las diversas reacciones legislativas del orbe —siempre del ámbito concursal— como un modo de dar idea en esta comunicación acerca de los caminos explorados por la legislación comparada:

1. Las respuestas básicas consisten en las alteraciones a los procesos de insolvencia en curso: centralmente alargar sus plazos para mejorar el espacio de negociación entre los acreedores y el deudor.

2. También apuntaron a suspender la ejecución de garantías dadas a los acreedores financieros y, en su caso, suspender también toda liquidación de bienes que estén involucrados en un proceso productivo en marcha.

3. Otra novedad en la emergencia fue la idea de facilitar y auspiciar cualquier apoyo crediticio a las empresas en crisis (el *new money*), concediéndole a estos inversionistas de alto riesgo el carácter de acreedores con créditos “prededucibles”, esto es, privilegiándolos por encima de los acreedores del concurso precedente (11). La mencionada Ley 3/2020 española claramente induce a “...potenciar e incentivar la financiación de las empresascalificando como créditos contra la masa los aportes o garantías de terceros...” (12).

4. También los diversos países apuntaron a generar nuevos formatos procesales para concursos destinados a sujetos específicos, con situaciones críticas de características diversas, discriminando por ejemplo sobre la base de si el deudor es persona humana, con estructura empresarial o no; o si se trata de una micro, o pequeña, o mediana, o gran empresa.

5. Otro elemento innovativo fue generar procedimientos acelerados de refinanciación concursal, o PARC (13). En la Cámara de Diputados argentina, en esa línea, se mantuvo un proyecto hibernado que tenía, perdóneseme la ironía, el enorme defecto de haber sido generado por la oposición (14), dato que seguramente explica esa frialdad —o ausencia lisa y llana— de su tratamiento.

La ley española consecuente con la pandemia (dictada en setiembre de 2020) incluye una norma de “...agilización de la tramitación del acuerdo extrajudicial de pagos, concurso consecutivo y beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho...” (15). Es visible allí la necesidad de brindar respuestas rápidas que permitan la recuperación o, si es el caso, la desechen, pero también sin dilaciones.

6. También se propició, en la legislación de emergencia, el establecimiento de una pauta que permita establecer propuestas flexibles para el pago de los pasivos en los concursos; es decir, una herramienta que permita, según sea el caso, acomodar las pautas concordatorias a la dinámica de los negocios pues, cabe preguntar: ¿alguien sabe cuándo terminará la pandemia? ¿y en qué medida seguirá afectando la producción y el empleo? O, en línea análoga, se ha buscado la renegociación del acuerdo homologado (con su tradicional ornamento de cosa juzgada), logrado por una mayoría —quizás distinta a la de origen—, cuando el primigenio concurso no

puede, o se avizora que no podrá, cumplirse por razón de la pandemia y sus catastróficas consecuencias en la economía.

Así también se han suprimido los períodos de inhibición que, como en nuestro país, impiden presentar un concurso preventivo si no ha pasado un año desde que se ha declarado judicialmente la cancelación de los pagos o prestaciones prometidas en el acuerdo anterior (art. 59, *in fine*, de la LCQ). En España ha ocurrido tal flexibilización a partir de la Ley 3/2020 del 18 de setiembre de ese año.

7. La protección a los administradores (esta es una interesante propuesta de los expertos del Banco Mundial que se lee en sus “paperas” y varias recomendaciones): ella está pensada sobre la base de que no podemos usar en medio de la hecatombe una vara similar para juzgar a los directivos de empresa a la que se utiliza en los casos de normalidad. Aquel que conduce el barco en la tempestad (me refiero al administrador societario que carece de modelos predictivos y certidumbres sobre el futuro cercano) debe tener un mayor margen de acción, para que luego no se vea sometido a un juzgamiento severo si la empresa sucumbe, con invocación de posibles faltas de previsión o de análisis de riesgo, cuando todo eso, hoy, suena por lo menos vaporoso en la incertidumbre que atravesamos.

8. Agilización de liquidaciones ineludibles (es decir, de bienes que ya no tienen aptitud alguna de ser puestos en valor por su propietario fallido y ni siquiera por cooperativas de trabajadores que lo suplanten y exploten tales bienes): la realidad ha indicado que muchas empresas ya fallidas esperan, inactivas —y a veces depredadas— a que sean posibles las ventas judiciales que permitirán volver al mercado a ciertas propiedades. En nuestra Ciudad, mientras esto digo, y por disposición del máximo tribunal se encuentran suspendidos los remates judiciales.

Eso debe revertirse. Así se planteó, por ejemplo, en el caso español que venimos analizando por su importante Ley3/2020 del 18 de setiembre de 2020. Allí se contemplan medidas para agilizar “la enajenación de la masa activa” (16).

En nuestro país no se comprende cómo se ha optado desde las más altas autoridades judiciales por la parálisis, en vez de acudir a sistemas que se estructuran a distancia, como licitaciones o concursos de precios u ofertas que pueden mejorarse, también virtualmente o a distancia. Puede conjeturarse el temor, razonablemente pudo inspirar tal medida, de que se produzcan o se generalicen ventas a precio vil o insuficiente; pero para evitar esos riesgos, hay herramientas, y muy añejas, como, por ejemplo, la fijación de precios mínimos o bases. Pero lo claro es que la procrastinación (visible en nuestros estrados judiciales en estas cuestiones, que extiende absurdamente los tiempos de las liquidaciones de activos) nunca es buena compañera, pues los bienes se deterioran o son objeto de intrusiones y, ciertamente, generan costos impositivos (tasas y contribuciones, impuestos inmobiliarios, etc.); ello sin olvidar que la expectativa del acreedor se va dañando cada día. Ha sido, a la luz de los resultados, una pésima decisión dilatar los procesos

(7) El 31 de julio de 2020 la casi unanimidad de los legisladores de esa Cámara —obsérvese el dato con atención porque aquí ni oficialismo ni oposición se arrojan ser padres u objetores del proyecto, lo cual deviene de la enormidad de la crisis— dieron media sanción a la denominada “Ley de sostenimiento de la actividad en el marco de la emergencia sanitaria pública coronavirus-COVID-19. Emergencia para procesos de concursos y quiebras”.

(8) Suena a un “...piedra libre para todos los compa-

ñeros...”. Los lectores de mi franja etaria recordarán de qué les hablo.

(9) La universidad del Sur, con sede en Bahía Blanca, organizó el pasado 2 de octubre de 2020 una Jornada Preparatoria del Congreso Nacional presidida por el Dr. Darío Graziabile, referente a la materia a la disciplina de la insolvencia, a realizarse en octubre de 2021 y allí pudimos oír conferencias esclarecedoras, especialmente la de la catedrática española Ana Belén Campuzano acerca de las soluciones encaradas por su país.

(10) Mastrovincenzo, Mariana en “Abogados.com.ar”, nota del 7/7/2020 denominada “Una reforma legislativa innovadora en Colombia que abre camino a procesos de reestructuración abreviados”

(11) En este punto es muy valioso el aliento a que, con esa tutela de novedosos privilegios, sean los propios dueños de las empresas quienes las capitalicen, incentivándolos a hacer aportes que ya no estarán preteridos o subordinados al previo pago del pasivo concursal.

(12) Así se lee en su “Preámbulo”.

(13) PARC, en efecto, se dio en llamar a los procesos abreviados en el Perú. Ver también al respecto MASTROVINCENZO, M. en ob. cit., loc. cit.

(14) El prestigioso profesor Juan A. Anich puede dar noticia del excelente anteproyecto en el que trabajó, sin suerte, especialmente sin suerte para nuestras empresas en crisis.

(15) CAMPUZANO, Ana Belén y SANJUÁN, Enrique, en ob. cit., p. 59.

(16) Art. 10 de la citada Ley 3/2020.

liquidatorios (17) con base en el señalado riesgo de ventas ruinosas que pueden evitarse, al menos en lo general, en muchos casos, actuando innovativamente y con profesionalidad, en vez de acudir a las barreras indiscriminadas impeditivas de las ventas.

V. La solución solidaria y su necesaria imposición, aun sin mayorías

Toca ya a esta altura adentrarnos en la explicación y fundamento de lo que constituye nuestro parecer y modesto aporte, con miras a una legislación de emergencia.

Comienzo por repetir que no correspondería modificar, salvo en aspectos muy específicos, y mientras dure la crisis sanitaria, la legislación general en materia de concursos. La reforma debiera ser de transición tan solo.

Ya mencioné al comienzo que toda legislación excepcional es naturalmente para un tiempo determinado y para casos debidamente analizados e identificados en la ley para extraerlos, por su situación extraordinaria, de la solución normal (lo contrario, dijimos, podría atentar contra principios constitucionales vinculados al derecho de propiedad, tal como se verá a continuación por la índole y alcances de los lineamientos propugnados).

La propuesta tiene, en efecto, tres bases, a saber: (i) la solidaridad (18); (ii) el análisis de la capacidad de pago del deudor y las perspectivas de su empresa o establecimiento (no ya el “toma y daca” negocial en busca de las conformidades para una propuesta que hace el deudor); y (iii) la utilización de la potestad judicial, debidamente impuesta por la ley, más allá de la configuración de mayorías e incluso a despecho del parecer del deudor, quien no será necesariamente, en la emergencia (y según propongo), quien brinde la fórmula de la reestructuración de su pasivo (19), sino un protagonista más.

Además de estas bases tan someramente expuestas, cabrá imponer con todo rigor tanto al deudor como a los acreedores, una insoslayable carga u obligación de colaboración y una imperiosa transparencia informativa, contemplando incentivos y castigos para que ella sea eficiente.

Va de suyo que si el sistema se apoya en el valor de la solidaridad, deben proscribirse y evitarse por todos los medios, incluso sobre la base de sanciones, las especulaciones que frecuentemente se ven en las negociaciones que tienen la denominada “lógica del mercado”, pero que en rigor ponen en peligro la subsistencia del andamiaje económico que naturalmente reposa en la producción y el trabajo.

Veamos sin más el sistema propuesto que, va de suyo, debiera estar contenido en una ley específica que intervenga la ley general o actúe en paralelo, ya que esta última debe seguir rigiendo para casos ajenos a la crisis pandémica.

V.1. La iniciativa del deudor. Características

Resulta imprescindible que sea el deudor el que propugne la apertura de este tipo de procesos. Podrá, seguramente, estar impulsado por los reclamos de los acreedores que lo pondrán al borde de la quiebra, pero la idea es que quien está padeciendo la crisis, nacida o vinculada causalmente por la pandemia, sea quien se presente y exhiba desde el inicio una actitud inequívoca de apertura informativa, no simplemente ceñida a recaudos formales (lo cual sería un requisito mínimo, pero insuficiente), sino que permita iniciar, por su indispensable transparencia, una profunda investigación sobre los alcances, las causas y la posible reversión del trance invocado, para dar lugar a la solución excepcional.

El deudor no solo deberá aportar toda la documentación usual para exhibir las razones de su crisis y los alcances de la misma, sino que deberá inequívocamente abrir sin restricciones su contabilidad y demás elementos necesarios para conocer detalladamente su realidad empresarial y poder analizar las perspectivas de su supervivencia, junto con las particularidades de sus relaciones crediticias.

V.2. La inmediata actuación de un experto. Alcances y facultades

El solo planteo del deudor, al que se le exige el marco propuesto —y este acepta implícitamente, pero también sin ambages ni condiciones— que debe abrir su información, mostrar su realidad y los entresijos de sus negocios con plenitud, justifica que no se añadan más requisitos y que ante su sola petición (en la que admite semejante apertura) el juez provea que actúe de inmediato un experto en insolvencia que será protagonista central de la solución.

Propongo que se instituya un cuerpo de expertos cuyos integrantes, a la vez, tengan aptitud de mediadores, debidamente adiestrados para dar las respuestas que se requieren en estas instancias extremas; y que tales funciones queden en manos, inicialmente al menos, de todos aquellos contadores públicos que en sus respectivas jurisdicciones se hubieran inscripto como aspirantes a síndicos, cumpliendo para ello los requisitos de la ley 24.522 (20). Esa propuesta se respalda también en que no hay tiempo, en la emergencia que transitamos, para organizar una institución de otra índole; y porque estos profesionales a los que me refiero ya han sido capacitados y seleccionados debidamente para tareas de algún modo análogas (como la sindicatura concursal); siendo además que la figura del contador y a la vez mediador concursal (el experto en el que pensamos para arbitrar en una crisis y fijar pautas para su solución) tiene ya una tradición en la legislación comparada (21). La capacitación en técnicas de mediación puede, por lo demás, lograrse en breve lapso por los citados profesionales que la ley ha habilitado para ejercer la sindicatura.

Estos funcionarios tendrán sobre sí una tarea crucial: estudiar los orígenes de la crisis, sus alcances y esencialmente su prospectiva, incluso asesorándose con economistas, ingenieros y otros profesionales, según el caso, para lo cual deberán —como el núcleo de

su cometido— dictaminar sobre una salida posible (si es que la hay, naturalmente) que pondere los dos centrales valores en juego: la preservación de la actividad de la empresa y la continuidad de los empleos que genera, o su mayoría.

Estamos pensando en un “plan de empresa”, una reedificación como se explica seguidamente, que contenga todos los cambios que merezca la estructura de la empresa (vendiendo activos, cerrando o abriendo unidades de negocios, etc.); de la sociedad dueña, incluido su capital (vgr. incorporando otros socios o convirtiendo a acreedores en tales, etc.), para salir de la debacle. Se busca una planificación estratégica integral que incluso contemple el esfuerzo de la plantilla laboral o conjunto de empleados involucrados que se pretende proteger (ver *infra* punto 8).

Sería, el informe imaginado, la columna vertebral de la reedificación de la empresa; básicamente un informe técnico que plantee las medidas que deberá contener con todo detalle, destinadas a ser debatidas, por cierto, con el empresario. Va de suyo que los intereses del deudor no podrán soslayarse (bien entendido que tiene prácticamente perdida su empresa) y menos generar demérito de su derecho de defensa que deberá ser garantizado, ponderando adecuadamente sus pareceres fundados, así como las alternativas que naturalmente pueda ofrecer o sugerir. De todo lo cual emergerá una solución necesariamente judicial (una sentencia que arbitre en tan delicada cuestión), como veremos poco más adelante.

V.3. La necesaria “tregua” con los acreedores

No cabrán en este punto mayores consideraciones, pues es de la naturaleza de cualquier intento de solución de la insolvencia, encarado con requisitos preestablecidos en la ley, que se suceda a su postulación un efecto, casi automático, de (i) suspensión de ejecuciones individuales, incluidas las que tienen como base privilegios especiales; (ii) suspensión de medidas cautelares que afecten el giro de la empresa; (iii) suspensión del curso de los intereses; etc.

Está más que claro que los acreedores deberán *ab initio* estar limitados por la ley, y en su propio interés, en el ejercicio de sus derechos, para generar un espacio temporal suficiente destinado a estudiar con profundidad la empresa y conocer cuáles son sus posibilidades de emerger de su debacle.

El tiempo de esta tregua —también es una solución clásica— permite idealmente conocer con precisión el pasivo del sujeto insolvente y, como se verá seguidamente en mi propuesta, un elemento usualmente inconsiderado en las legislaciones: si hay acreedores a los que la insolvencia que analizamos perjudica gravemente y en mayor (claramente mayor) medida que al conjunto de los acreedores, al punto que desde un enfoque solidario requieran una solución específica y por fuera del sistema libre de votaciones y mayorías.

V.4. Los acreedores y sus necesidades. Un dato ignorado en las legislaciones concursales. El caso de los acreedores “involuntarios”

La primera vez que nuestra legislación accedió nítidamente a flexibilizar la “par con-

ditio creditorum” ocurrió en la ley de 1995 (que nació con el número y el nombre que aún hoy conserva la LCQ: 24.522). Es interesante destacar que la ley italiana (siempre fuente de la legislación nacional en estos temas) recogió este avance diez años después, en 2005 (22).

A partir de allí, afortunadamente, ese principio que parecía inmovible fue cediendo frente a la realidad económica y se fue elastizando para dar lugar a propuestas diferenciadas (23) que tengan la aptitud de atender a realidades diversas que se configuran, por la natural dinámica de los negocios, entre los acreedores de un mismo deudor.

En esta emergencia debe darse todavía un paso más: hay acreedores que, como los que permiten categorías diferenciadas bajo criterios de razonabilidad, justifican que reciban un tratamiento diferencial. Pero hay otros que, más allá de su origen necesitan imperiosamente ser atendidos, según llevamos dicho.

La doctrina acá ha trabajado muy fuertemente sobre la figura del acreedor involuntario (o de origen extracontractual), que está muy bien considerada por el derecho español (24) y se viene abriendo paso en la doctrina nacional con base en precedentes memorables (25), para sustraerla de los efectos concursales.

Pues, bien, es tiempo de que en la emergencia desencadenada por la pandemia se avance en esa senda; hay acreedores que deben ser atendidos prioritariamente sobre bases axiológicas y no económicas o de mercado.

Tocará al “experto” o mediador cuya regulación legal propugnamos llevar adelante esa tarea de indagar en la existencia de tales acreedores y considerar su origen y necesidad, a veces imperiosa y humanitaria, para permitir a los tribunales de justicia darle una respuesta acorde con lo que aquí se propicia.

V.5. El método de reedificación de la empresa

Las reestructuraciones clásicas de pasivos (26) deben ceder su lugar a soluciones creativas y específicas de cada empresa en crisis, conforme a los estudios que necesariamente habrá que realizar en cada caso específico.

Por eso en este marco excepcional, en el que la generalidad de los casos críticos exhibe derechamente la destrucción de las empresas, es que postulamos no ya una reestructuración que por definición apunta a las deudas (al pasivo), sino a una reedificación que involucre bienes y activos (que deberán incrementarse frecuentemente con créditos nuevos (27) y/o aportes de los accionistas o terceros interesados).

La ley 3/2020 española de la que hemos venido dando noticias recoge la idea de incorporar a “*personas especialmente relacionadas con el concursado*”, para que con su esfuerzo atiendan las necesidades transitorias de liquidez.

En ese sentido debe atenderse a la Directiva (UE) del 20 de junio de 2019 (como se ve dic-

(17) En la página web de la Corte Suprema, acudiendo a la solapa de subastas judiciales, puede verse que se interrumpieron en marzo de 2020 para reanudarse en setiembre 2021: 18 meses de inactividad.

(18) Ya hemos definido este valor como un esfuerzo colectivo, basado en una ética que impone el largo sufrimiento social, y no como un principio jurídico.

(19) El propósito debe vincularse con quitar del sistema cualquier ingrediente especulativo, ajeno al principio solidario propugnado.

(20) GEBHARDT, Marcelo, “Prevención de la Insolven-

cia”, Astrea, Buenos Aires, 2009, p. 348.

(21) MACORIG-VENIER, Francine, “Chroniques. Entreprises en difficulté. Prévention et règlement amiable, décret n° 2005/1677...” en *Revue Trimestrelle de Droit Commercial et de Droit Économique*, 1, 2006, p. 189 y ss.

(22) PANZANI, Luciano, “Il nuovo concordato preventivo”, vol. 5, p. 97 y las referencias a la ley delegada del 14 de mayo de 2005; IPSOA, año 2005.

(23) Maffía decía con magistral lenguaje que “...la *par conditio* era una exigencia tanto jurídica como ética cuando todos los acreedores eran iguales cuando todos

los acreedores eran iguales, cual ocurría en el origen de la regulación falencial, pero esa igualdad se la llevaron los vientos de siete siglos...”. Había sufrido la “periclitación” dijo. Hoy interesan más “...los plurales intereses que se juzgan merecedores de atención...”; ver MAFFÍA, Osvaldo J., “La Ley de Concursos Comentada”, Depalma, Bs. As., 2001, t. I, ps. 152/3.

(24) BELTRÁN, Emilio, “Comentario de la Ley Concursal”, de Angel Rojo y Emilio Beltrán (dir.), Thomson-Civitas, Madrid, 2004, t. I, ps. 152/3

(25) JCom. N° 20, in re “Institutos Médicos Antártida

S.A.”, 24/5/2007, LA LEY, 2007-E, 552. Ver también BOQUIN, Gabriela Fernanda, “Los acreedores involuntarios. Vulnerabilidad, concursos y COVID” en *Deconomi* (revista del Departamento de Derecho Económico Empresarial de la Facultad de Derecho de la UBA), año III, N°3, donde incluso refiere a la jurisprudencia de la Corte Federal.

(26) Así se llaman los acuerdos en el famoso capítulo 11 (chapter eleven) de la *Bankruptcy Code* del derecho de Estados Unidos.

(27) El denominado “fresh money”.

tada antes de la debacle sanitaria mundial), que ya preveía la necesidad de fomentar, para el auxilio de las empresas en crisis, la ayuda financiera al deudor, incluida la aportación de dinero o garantías de terceros y la entrega de existencias, materias primas y suministros, por ejemplo, mediante la concesión al deudor de un plazo de reembolso más largo. En esa línea, la nueva financiación debe quedar exenta de las acciones de revocatorias que pretendan declarar dicha financiación nula o no ejecutable, en el marco de un proceso ulterior de quiebra (28)

V.6. *La potestad arbitral del juez. Núcleo del sistema*

Una solución del tipo de la que se propicia en este trabajo no parece encuadrar en un método en el que la mayoría de los acreedores sean los que deciden sobre la suerte de una propuesta hecha por el deudor, tal como ocurre en los procesos concursales preventivos clásicos o tradicionales, de linaje contractual.

¿Cuál puede ser la alternativa si un mero escrutinio de conformidades es insuficiente?

Pues bien, el primer paso debiera estar dado por el informe del experto; su dictamen de viabilidad empresarial, las propuestas de cambio que requiera ese proyecto de relanzamiento y sustentabilidad, la posible y eventualmente recomendada reestructuración del pasivo en orden a un cuadro realista de pago —debidamente fundado por el técnico— y la mencionada resignificación de activos, con otra no menor fundamentación.

El segundo paso de este proceso lo constituirá la respuesta del deudor a tan ambiciosa propuesta como la que se espera del experto. El empresario, en efecto, debe ser quien no solo defiende su derecho a proteger sus bienes y recuperar su gestión, sino, naturalmente, a dar una opinión fundada y necesariamente ponderada sobre la reedificación imaginada, ya que él como nadie puede opinar sobre la viabilidad de los cambios postulados.

Naturalmente a esto seguirá, previas las necesarias indagaciones o investigaciones, la actuación de un magistrado dotado de poderes extraordinarios para el reordenamiento o reconstrucción; un juez fuertemente dotado por la ley de potestades extraordinarias aplicables solo en la emergencia.

Imaginamos un juez que deberá compulsar la opinión de los acreedores, de los trabajadores de la empresa, organizados o no, de los proveedores eventualmente involucrados, de los terceros que ofrecen esfuerzo o inversiones y, finalmente, un juez que arbitre dictando una resolución con las miras puestas en las dos columnas de la salida solidaria propiciada: la protección de la empresa (y su continuidad productiva) y la tutela de los puestos de trabajo.

V.7. *La flexibilidad de la solución. Los posibles rebrotes de la pandemia y la eventual revisión de lo acordado*

Sobre esta cuestión debo decir que las breves reflexiones siguientes tienen como impulso o motivación un temor que no es solo mío: me refiero a que la peste no se pueda controlar pronto (29) —o que renazca— y que la reactivación de la economía aparezca tan

alejada en el tiempo que la empresa en crisis finalmente afronte el riesgo de desaparecer.

Para esa respuesta debemos saber que las soluciones legales y de linaje concursal que propugno deben ser provisorias y, muy posiblemente, necesitar ajustes que, con el influjo dinámico de las circunstancias, deban ser reacomodadas a realidades cambiantes.

Sobre esto hay aportes doctrinarios a los que recurrir y que vienen de la crisis de principios de siglo, de algún modo respondida por las leyes de emergencia económica y posterior reforma de la LCQ (30).

V.8. *El aporte de los trabajadores*

He dejado para el final este tema, porque tengo claro que si hay un destinatario o beneficiario final en las líneas interpretativas de la legislación que propugno para la salida de las empresas en crisis, en la etapa “post-pandemia” son los trabajadores o el empleo en general. Lo central de esta reflexión académica es el cuidado de las fuentes de trabajo y, de su mano, la preservación de la paz social, con la mirada puesta en la vulnerabilidad de la población laboralmente activa especialmente afectada por la crisis (31).

Desde esa posición, a la que arriban con sufrimientos y zozobras los trabajadores, no pueden permanecer solo a la espera del éxito del sistema y a que los frutos aparezcan merced al esfuerzo de otros exclusivamente. Deben concretarse acciones coordinadas a gran escala para estimular la economía, preservar las condiciones de trabajo y los ingresos de la población trabajadora.

Pero a mi juicio tales destinatarios deben también aportar algo de lo suyo, por poco que sea.

La ley de 1995 (24.522 o LCQ) sancionada en pleno auge de las políticas de mercado trajo una solución que era razonable en aquel marco político. Me refiero a la suspensión de los convenios colectivos de trabajo para los empleados de las empresas concursadas, por un plazo de tres años (32), y a la invitación a negociar un convenio para atravesar la crisis (la norma preveía un modo imperativo, pero ya se sabe que nadie “ordena” o impone un acuerdo).

Esa disposición fue derogada en tiempos cercanos, cuando la recesión mostraba su saga de estragos sobre el empleo (33), por cuanto, se sostuvo, desprotegía fuertemente al trabajador de la empresa concursada.

Es tiempo sin embargo de que los esfuerzos sean de todos y, por mucho que con justicia concedamos que la fuerza laboral no puede quedar a la intemperie, bien es cierto también que hay una norma general que le da un piso a la protección (me refiero a la Ley de Contrato de Trabajo) y de cuyas garantías y tutelas no pondría nunca un menoscabo.

Pero hay otros modos en mi soñada solución solidaria. A título de ejemplo, puede pensarse que en cada empresa (debiera ser siempre una solución individual para cada sujeto en crisis), se acuerden algunas horas de trabajo más al mes u otros esfuerzos —o renunciaciones a condiciones que suelen ser onerosas para las empresas— que deben tener como base una decisión judicial que

la homologue, luego de interiorizarse el magistrado de la realidad de la empresa y alcances de la crisis; todo ello por cierto que sin generar demérito del orden público laboral, como ya se apuntó, ni olvidar la representación sindical del trabajador. Desde luego que el tema merecerá la opinión de los especialistas (y confieso que exceden mis saberes), pero no es posible soslayar que hay precedentes preclaros en la doctrina de nuestra Corte Federal (34) que han acudido a tutelar trabajos solidarios, por fuera de los amparos que tiene la relación laboral común, cuando quienes lo desempeñan así lo aceptan y asumen su carácter generosamente dedicado a superar crisis que afectan circunstancialmente a determinado empleador.

Salvando las distancias y preservando los principios de orden público laboral, cabrá al legislador la estimulante misión de dar una mirada comprensiva de este tipo de tareas en la que el hombre —como conjunto— saca lo mejor de su dignidad para que nos salvemos todos y no solo los individuos, configurándonos como constructores de un nuevo vínculo social (35).

La innovación en esta materia es, por fin, medular: debemos generar modelos superadores. Los bienes y las cosas afectadas al desempeño laboral, la tecnología que hemos incorporado a nuestras vidas, los lugares de trabajo, el transporte, las reglas preexistentes del trabajo presencial, han cambiado de la mano del distanciamiento —obligatorio o inducido, según la época— que siguió a la pandemia; y muchos de esas mutaciones perdurarán, especialmente las tecnológicas y la relativización de la necesidad de trasladarse de la casa al trabajo. Entonces es razonable pensar que ese cambio justifica también experimentar innovaciones —protegidas legalmente, pero a la vez flexibles— en el ámbito laboral, para lograr que subsistan los empleos que resultan sostenibles, obviamente, solo en empresas que funcionan y a la vez tienen un futuro medianamente sólido.

En este punto es bueno traer a colación la exhortación del Secretario General de la ONU, D. Antonio Guterres, quien a propósito de estas cuestiones que ha puesto en vilo al mundo laboral tras la pandemia, reclamó “medidas inteligentes y oportunas a todos los niveles, tomando como guía la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible para lograr mejores empleos y un futuro mejor, más equitativo y más ecológico...” (36).

VI. Conclusión

Para finalizar quiero poner de relieve un dato ausente: no se propicia en esta solución, pretendidamente solidaria, un aporte del estado. Sería una comodidad que desluciría el esfuerzo fraterno de la comunidad. La asistencia del Estado a los niveles más carecientes de la población es y será insoslayable, pero, al propio tiempo, para lograr la conciencia que se pretende serán indispensables otros empeños en los que la política mucho podría aportar, por ejemplo, en pos de fomentar la amistad social, el diálogo, la renuncia al lucro desmedido y a la especulación entre los actores de la economía real y productiva.

¿Lo dicho suena irrealizable ante una sociedad individualista? Es posible que así se

antes mencionar que “la apertura del concurso deja sin efecto los convenios colectivos...”, en rigor, determinaba su suspensión por el tiempo de la crisis o del cumplimiento del concurso preventivo, el que fuera menor.

(33) Ley 26.684

(34) DE DIEGO, Julián A. Comentando el fallo de la Corte Suprema del 24/4/2018 en el caso “Remar”. Ver diario *El Cronista* del 8/5/2018.

(35) Carta Encíclica del Papa Francisco “Fratelli Tutti” del 3 de octubre de 2020 sobre la fraternidad y la amis-

perciba; pero hay que intentarlo. Es imprescindible. La sociedad debe comprender los enormes peligros que enfrenta si persiste en los antagonismos y profundiza la decadencia. Si se banalizan o se tornan normales esos peligros y si —peor aún— nos disponemos a convivir con ellos, tememos un efecto disolutivo en el entramado social de muy difícil solución. Para peor tenemos —y como se ve— recursos precarios que impiden hacer predicciones y pronósticos certeros sobre la terminación de la crisis sanitaria y sobre los efectos definitivos que habrá ejercido sobre las empresas y el empleo.

Propicio por ello una actitud cultural esforzada de la sociedad, como la que permitió en los albores de la Patria y en varios pasajes de nuestra historia, con una elevada base moral (en la que los privilegios cedan voluntariamente, con incentivos de baja intensidad), apuntando a una solución colectiva como punto de inicio para la salida de la emergencia extrema. Esa será la base de la subsistencia de un sistema económico (el capitalismo) que seguimos creyendo útil e irremplazable. Al decir de Vargas Llosa, ese sistema, es quizás el mayor —o mejor— legado de Occidente; su sentido democrático, asentado en la base irremplazable de la libertad, supera en calidad cualquier otro intento que el hombre conozca.

No cabe ignorar, empero, que las políticas públicas que aquí se propician deben ceñirse a la realidad y tienen que cimentarse en las personas —y en la clase dirigente—, tal como son, y no como quisiéramos que fueran. En ese sentido tampoco cabe perder de vista que miradas ingenuas —o angelicales— de los segmentos de la población a que nos referimos, ofrecen grandes posibilidades de un fracaso, precisamente por estar desasidas de la realidad que nos circunda.

Pero ello no puede inmovilizarnos. Esas amenazas lucen como temores paralizantes mientras que en la sociedad siguen anidando sentidos de preocupación por los más necesitados y por la necesidad de salir de sistemas paternalistas, para volver a los que colocan el esfuerzo y el mérito individual en el centro de los sistemas que deben instaurarse para salir de la crisis.

Y, quizás, todo ello sea el sostén de un tiempo que merezca ser vivido y de un país del que podamos enorgullecernos.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/3326/2021

Más información

Moore, Felipe, “La empresa socialmente responsable y la solidaridad jurídica”, RDCE 306, 115, TR LALEY AR/DOC/3661/2020

Rouillon, Adolfo A. N., “El primer pilar legal para enfrentar una pandemia de insolvencia empresarial”, LA LEY 09/06/2020, 2, TR LALEY AR/DOC/1618/2020

Libro recomendado

Elementos de Derecho Comercial

Autores: Gebhardt, Marcelo; Gerscovich, Carlos G.

Edición: 2ª actualizada y ampliada, 2017

Editorial: La Ley, Buenos Aires

(28) Punto 66 de la exposición de motivos de la citada Directiva del Parlamento y del Consejo europeo, plasmada en el art. 17 de su texto; el cual resulta obligatorio asumir, es decir, incluirlo en sus leyes positivas, por las legislaciones de los países miembros, en muy corto plazo.

(29) La información periodística de estos días iniciales de diciembre de 2020, en que voy concluyendo este trabajo, y a casi un año de la aparición de la pandemia muestra los rebrotes del “corona virus” impensables en Alemania (con un sistema sanitario al borde del colapso),

Italia, Rusia y Estados Unidos.

(30) Leyes 25.563 y 25.589 dictadas en 2002.

(31) En abril de 2020 la Oficina argentina de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) alertaba sobre el riesgo de las mujeres trabajadoras en contexto de pandemia, a la vez que el sufrimiento evidente de los trabajadores informales e incluso los independientes, afectados por el aislamiento primero y por el distanciamiento después.

(32) El art. 20 del texto originario de la LCQ, no sin

tad social, punto 66, en www.vatican.va/francesco/encyclicals

(36) La Agenda de Desarrollo Sostenible fue aprobada por la ONU en 2015 y contiene dentro del título “Objetivo 8” propender al “Trabajo decente y crecimiento económico”, enfatizando la necesidad de un obrar multilateral de las naciones y, especialmente, propiciar iniciativas innovadoras y de estímulo para el empleo.

Jurisprudencia

Impuesto a las ganancias sobre haberes previsionales

Jubilada del Poder Judicial provincial. Cuestionamiento de la base imponible. Retención que debe ser efectuada sobre el "sueldo básico". Costas. Eximición.

1. - Frente a los claros conceptos emanados de nuestro máximo tribunal en la causa "García, María Isabel" —26/03/2019, AR/ JUR/1043/2019—, los agravios expuestos por la AFIP demandada deben ser rechazados y en consecuencia debe confirmarse la sentencia que ordenó al Instituto de Previsión Social de la Provincia de Buenos Aires que, para practicar la retención relativa al Impuesto a las Ganancias del haber de la actora, solo deberá computar el rubro "sueldo básico" (del voto del Dr. Tazza). [1]
2. - Establecer, como pretende la recurrente, una categorización diferente dentro del colectivo de jubilados, distinguiendo entre la tercera y la cuarta edad, es una cuestión que no forma parte de las argumentaciones que conforman el precedente de la Corte Suprema de Justicia invocado —"García, María Isabel"—, ya que no solo ello no está contemplado a modo de diferenciación legal en la norma aquí cuestionada, sino que además el Alto Tribunal señala que al deducir la demanda la actora contaba con 79 años de edad, lo que contrasta con la afirmación etaria declamada por la parte agraviada (del voto del Dr. Tazza).
3. - La demandante no ha cuestionado el concepto de "ganancia" establecido por la ley 20.628 y sus modificatorias en el sentido de "rendimiento, renta o enriquecimiento" susceptible de periodicidad, ni tampoco ha formulado crítica al agregado de la ley 27.346 en cuanto computa como ganancia de cuarta categoría la que proviene de una jubilación, pensión, retiro o subsidio, sino que se ha agraviado únicamente sobre los rubros a computarse para tributar el impuesto a las ganancias allí establecido (del voto del Dr. Tazza).
4. - Respecto de la imposición de costas en ambas instancias se interpreta que lo controvertido de la temática, y la dispar jurisprudencia que ella ha ameritado en el pasado, pudo haber generado en las partes la convicción de haber obrado conforme a derecho, por lo que cabe imponer las costas de ambas instancias en el orden causado. Teniendo en cuenta que el art. 68 *in fine* del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, autoriza al juez a "eximir total o parcialmente de esta responsabilidad al litigante vencido, siempre que encontrare mérito para ello", y que ello no significa que el vencido quede liberado de la totalidad de las costas, sino solo que no debe pagar las correspondientes al vencedor, considero que la expresión "eximir de la imposición de costas" resulta equivalente a que sean soportadas por las partes en el orden causado —cada parte las propias y la mitad de las comunes— (del voto del Dr. Tazza).
5. - Desoyendo lo dispuesto por la resolución 302/2016 de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, al tomar como base imponible al "sueldo básico" del personal judicial en actividad, el organismo recaudador la aumenta, tomando la totalidad del haber jubilatorio, sin guardar el adecuado equilibrio y pro-

porcionalidad con los salarios de los trabajadores activos del sector, obviando el carácter alimentario que de uso detenta el haber previsional, sobre el que aquí se propicia una infundada y desproporcionada reducción, apoyada en la aplicación de un tributo, que resulta cuando menos cuestionable en este contexto de aplicación (del voto del Dr. Jiménez).

6. - Por los términos expresados en la apelación —"tantum devolutum, quantum appellatum"—, los magistrados de Alzada solo poseen jurisdicción, en torno a la materia recurrida, y es claro que no se ha objetado en el caso de este recurso si un jubilado debe tributar ganancias, ni siquiera si debe considerarse al haber jubilatorio como "ganancia" a los fines de la determinación del tributo, sino en particular: si para practicar la retención referida al impuesto, el Instituto de Previsión Social de la Provincia de Buenos Aires solo debe computar el rubro "sueldo básico" o la denominación que lo sustituya o, por el contrario, ella debe integrarse con alguna otra porción remunerativa, integrante del haber de un miembro en actividad del Poder judicial de la Provincia de Buenos Aires (del voto del Dr. Jiménez).
7. - Respecto de la imposición de costas en ambas instancias se interpreta que lo controvertido de la temática, y la dispar jurisprudencia que ella ha ameritado en el pasado, pudo haber generado en la recurrente la convicción de haber obrado conforme a derecho, por lo que cabe aquí eximir a la recurrente de su imposición (del voto del Dr. Jiménez).

CFed. Mar del Plata, 06/08/2021. - Díaz, Mónica Beatriz c. Administración Federal de Ingresos Públicos - AFIP s/ Amparo Ley 16.986.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/124259/2021]

Jurisprudencia vinculada

[1] Ver también. Entre otros: Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, "Zaniboni, Juan José Eliseo c. AFIP s/ Amparo Ley 16.986", 18/03/2021, TR LALEY AR/JUR/2154/2021

2ª Instancia.- Mar del Plata, agosto 6 de 2021.

El doctor *Tazza* dijo:

I. Llegan los autos a esta Alzada con motivo del recurso de apelación deducido por la parte demandada en oposición a la sentencia, la cual: 1º) Hacer lugar parcialmente a la demanda, ordenando a la Administración Federal de Ingresos Públicos que, dentro de los diez días de notificada, comunique al Instituto de Previsión Social de la Provincia de Buenos Aires que, para practicar la retención relativa al Impuesto a las Ganancias del haber de la actora, solo deberá computar el rubro "sueldo básico", o la denominación que en el futuro la reemplace de modo tal que no se afecte la proporcionalidad que debe existir entre los haberes del trabajador activo y el jubilado; 2º) no hace lugar al pedido de reintegro de los montos ya deducidos en concepto de Impuesto a las Ganancias debiendo la peticionante concurrir por la vía mencionada; 3º) impone las costas a la demandada AFIP (art. 68 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

Los agravios del recurso del demandado se encuentran dirigidos a cuestionar la sen-

tencia que hace lugar a la acción de amparo. Enfatiza en primer lugar, la inadmisibilidad de la vía elegida para demandar, citando y transcribiendo jurisprudencia en su apoyo. Con relación a la cuestión de fondo, señala que, con su proceder, no se violentan los principios de integralidad e irrenunciabilidad de los haberes previsionales, recordando que AFIP ya ha rechazado la postura dictada en sentencia, a tenor de los fundamentos expresados en Actuación Administrativa 264/15 (DI ALIR) a cuyos fundamentos remite. Considera entonces que los haberes jubilatorios se encuentran alcanzados por la gabela, en tanto tales ingresos configuran una ganancia de cuarta categoría (Art. 1) y 79) Inc. "c" de la Ley 20.628, y son pasibles de retención "en la fuente". Señala, además, que no se ha atacado un acto administrativo particular dictado por su parte, sino que se ha planteado una inconstitucionalidad general y genérica, aduciendo una pretensa mala técnica impositiva. Apoya su postura en la definición legal de impuesto, aduciendo que, en este caso, se trata en forma proporcional a la jubilación en cuestión, sin violar los principios de irrenunciabilidad e integralidad del haber jubilatorio. Respecto de la aducida violación a la regla de igualdad constitucional, reitera que ella implica "igualdad entre los iguales" y por ello su accionar no violenta tal principio, instituido en la Ley Fundamental. Aporta y transcribe jurisprudencia en favor de su postura enfatizando además que la acordada citada por el *a quo* no puede comprender otros conceptos que no sean los asumidos por los funcionarios o empleados judiciales en ejercicio de su tarea (en actividad), ya que al finalizar la relación laboral con motivo de la jubilación, se produce automáticamente una mutación en la naturaleza de las sumas oblabadas por el Estado, las que pierden su carácter de reintegro por gastos, para pasar a revestir el carácter de sumas remunerativas.

Finalmente se agravia de la imposición de costas que impone el juez de grado en su totalidad a la demandada argumentando sobre la nulidad de la misma por no haber sido merituada la proporcionalidad de cada parte en su imposición; aclara además que en este caso se debió al menos utilizar la norma del art. 71 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación ya que el resultado del pleito fue parcialmente favorable a ambos litigantes. Por tales razones solicita que se rechace íntegramente la acción de amparo promovida en Autos, con imposición de costas a la amparista.

Corrido el traslado de ley, y encontrándose la causa en condiciones de resolver con el llamamiento de autos para dictar sentencia decretado, es que procedo a abocarme al conocimiento de los aspectos litigiosos tal como ha quedado trabada la litis.

II. Antes de comenzar a examinar los agravios manifestados, debo recordar que los jueces no están obligados a considerar todos y cada uno de los planteos de las partes, pues basta que lo hagan respecto de aquellos considerados esenciales y decisivos para el fallo de la causa.

Nuestra Corte Suprema de Justicia ha sentido la doctrina según la cual los jueces no están obligados a ponderar una por una y exhaustivamente todas las pruebas agregadas a la causa sino solo aquellas estimadas conducentes para fundar sus conclusiones, ni a analizar todas las cuestiones y argumentos utilizados que a su juicio no sean decisivos (ver LA LEY, 144, p. 611, 27.641-S; LA LEY, 145, p. 346; LA LEY, 148 p. 692, 29.625-S; Fallos: 296:445; 297:333 entre otros).

II. Entrando a resolver la cuestión traída a estudio, encontramos que las cuestiones

aquí debatidas resultan sustancialmente análogas a las resueltas por este Tribunal en "Furman, Silvia L. c. AFIP y otro s/ amparo ley 16.986", Expediente FMP 45.874/2018.

En primer lugar, debemos recordar que "la acción de amparo es elaborada e instituida para hacer efectivas las garantías constitucionales, no obstante que mantiene su carácter excepcional conforme así lo dispone el Art. 43 de la carta Magna, ha de ser aceptada con un criterio tal que las garantías o derechos protegidos por la Constitución Nacional encuentren un adecuado y eficaz sustento, compatible con la intención de los constituyentes y con la esencia de esta acción" (Cfr., entre muchos otros, Autos "Licursi, Ricardo c. COMFER s/ amparo" y además, "Miani, Ricardo c. INSSJ y P s/ amparo").

O sea que, para que prospere un proceso constitucional de este cariz, los actos u omisiones denunciados deben detentar "arbitrariedad o ilegalidad" manifiesta, bastando al Juzgador constatar alguna de estas razones para validar la acción emprendida, con lo que la conducta en cuestión no debe ser sindicada como "ilegal y arbitraria" sino que basta una de las dos razones para validar el pedido en justicia.

Es en este sentido, que cabe validar lo actuado por el *a quo*, en tanto acepta impetrar esta vía de tutela judicial extraordinaria, en resguardo de los derechos presuntamente violentados al jubilado reclamante.

Aclarado lo anterior, debemos recordar que a partir del precedente "García" de la Excm. Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha establecido la necesidad de garantizar y tutelar de forma efectiva el reconocimiento de los derechos de la ancianidad, en vista a la naturaleza eminentemente social de esta clase de reclamos.

Ello surge no solo por la jerarquía constitucional de los derechos sociales que tienen carácter de "integrales e irrenunciables", sino porque ese catálogo de derechos del trabajador en la Constitución Nacional "apunta a dignificar la vida de los trabajadores para protegerlos en la incapacidad y la vejez" (consid. 11º del fallo citado).

Es en tal sentido que nuestro máximo Tribunal de la Nación ha sostenido que la reforma constitucional de 1994 dio un nuevo impulso al desarrollo del principio de igualdad sustancial para el logro de una tutela efectiva de colectivos en personas de situación de vulnerabilidad, agregando que el envejecimiento u la discapacidad —los motivos más comunes por los que se accede al status de jubilado— son causas predisponentes o determinantes de vulnerabilidad, circunstancia que normalmente obliga a los concernidos a contratar mayores recursos para no ver comprometida seriamente su existencia y/o calidad de vida y el consecuente ejercicio de sus derechos fundamentales (consid. 13º precedente citado).

Remarcó además, que las circunstancias de esa etapa del ciclo vital han sido motivo de regulación internacional, tanto en la Primera y en la segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento de 1982 y 2002; y en la Asamblea General de Naciones Unidas que por Resolución de 2010 encomendó la misión de aumentar la protección de los derechos humanos de las personas adultas mayores, como así también a apuntalar la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Finalmente, se destaca la Convención Interamericana sobre

la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (CIPDHPM) adoptada por la OEA e incorporada a la legislación argentina por ley 27.360 del año 2017, donde se propone garantizar a la persona mayor a ser beneficiaria de un trato diferenciado y preferencial en todos los ámbitos, a fin de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos económicos, especialmente el que se refiere a la protección de una vida digna, y el enfoque diferencial para el goce efectivo de los derechos de la persona mayor, como uno de los principios generales aplicables respecto de los derechos reconocidos en la Convención.

Sienta así, las bases sobre las que se debe asentar toda la controversia que suscite en torno a la protección de los derechos humanos de la vejez y ancianidad, rescatando los principios de progresividad e integridad a los que debe propender el estado en orden a la efectiva tutela de tales garantías reconocidas tanto por nuestra Constitución Nacional como por los Tratados y Convenios Internacionales que la Nación Argentina ha suscripto.

IV. En referencia al caso concreto que aquí debe resolverse, lo cierto es que la demandante no ha cuestionado el concepto de “ganancia” establecido por la ley 20.628 y sus modificatorias en el sentido de “rendimiento, renta o enriquecimiento” susceptible de periodicidad, ni tampoco ha formulado crítica al agregado de la ley 27.346 en cuanto computa como ganancia de cuarta categoría la que proviene de una jubilación, pensión, retiro o subsidio, sino que se ha agravado únicamente sobre los rubros a computarse para tributar el impuesto a las ganancias allí establecido.

Por el contrario, ha sido la demandada quien ha criticado la sentencia del Sr. Juez Federal de la Primera Instancia, pretendiendo que la alícuota a percibir por dicho organismo proviniera de los haberes totales de la jubilada, sosteniendo su argumento en la capacidad contributiva de la misma con relación a los haberes mínimos correspondientes a dicha clase de jubilados, y no encuadrar la accionante dentro de la categoría de personas mayores a las que se refiere el precedentemente del máximo Tribunal de la Nación.

Asimismo, debo agregar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el mismo precedente antes señalado, ha sostenido expresamente 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 virtual del colectivo concernido”, agregando que de esta forma se coloca al “colectivo considerado, en una situación de notoria e injusta desventaja”, dejando expresamente asentado que “tal examen de validez, centrado exclusivamente en la capacidad contributiva potencial del contribuyente, ignora otras variables necesarias, fijadas por el propio texto constitucional, para tutelar a quienes se encuentran en tal excepcional situación (ver considerando 17º precedente “García”, CSJN).

En consecuencia, frente a tales claros conceptos emanados de nuestro máximo Tribunal, entiendo que los agravios expuestos por la demandada deben ser rechazados, y en consecuencia confirmar la sentencia dictada en estos autos.

Por lo demás, establecer como pretende la recurrente una categorización diferente dentro del colectivo de jubilados, distinguiendo entre la tercera y la cuarta edad, es una cuestión que no forma parte de las argumentaciones que conforman el precedente de la Corte invocada, ya que no solo ello no está contemplado a modo de diferenciación legal en la norma aquí cuestionada, sino que además la misma Corte Suprema señala que al deducir la demanda la actora contaba con 79 años de edad, lo que contrasta con la afir-

mación etaria declamada por la parte agravada como hecho preestablecido en términos biológicos.

V. Que igualmente, acotado este tribunal a los motivos de agravio que fueran expuestos, y en consonancia con el principio procesal de “tantum devolutum quantum appellatum”, nos vemos impedidos de proyectar nuestra decisión más allá de los que fuera requerido, pues en rigor de la verdad, si siguiéramos el precedente citado —acreditada que fuera la presencia de similares circunstancias— deberíamos haber llegado a aquella conclusión, y consecuentemente haber dispuesto que no podría retenerse suma alguna en concepto de impuesto a las ganancias a la prestación previsional de un integrante de este colectivo protegido constitucionalmente, hasta tanto el Congreso Nacional legisle sobre el punto traído a consideración, más allá de las consideraciones referidas a la edad y constitución de las categorías de tercera o cuarta edad alegadas por la recurrente, que en realidad no forman parte del texto legal vigente para la liquidación del tributo pretendido.

VI. Respecto de la imposición de costas en ambas instancias, interpreto que lo controvertido de la temática, y la dispar jurisprudencia que ella ha ameritado en el pasado, pudo haber generado en las partes la convicción de haber obrado conforme a derecho, por lo que cabe aquí imponer las costas de ambas instancias en el orden causado. Teniendo en cuenta que el artículo 68 *in fine* del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, autoriza al Juez a “eximir total o parcialmente de esta responsabilidad al litigante vencido, siempre que encontrare mérito para ello”, y que ello no significa que el vencido quede liberado de la totalidad de las costas, sino solo que no debe pagar las correspondientes al vencedor, considero que la expresión “eximir de la imposición de costas” resulta equivalente a que las mismas sean soportadas por las partes en el orden causado (cada parte las propias y la mitad de las comunes).

VII. Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo: 1º) confirmar el decisorio en cuanto ha sido objeto de apelación y agravios, salvo en lo referente a las costas, respecto a lo cual se revoca y se imponen en el orden causado en ambas instancias (art. 68 segundo párrafo Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

Tal es mi voto.

El doctor Jiménez dijo:

I. Que con fecha 7 de junio de 2021, se presenta la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP-DGI), apelando la sentencia del 4 de junio de 2021, en tanto acoge parcialmente la demanda promovida en Autos.

Enfatiza en primer lugar la inadmisibilidad de la vía elegida para demandar, citando y transcribiendo jurisprudencia en su apoyo.

Con relación a la cuestión de fondo, señala que con su proceder, no se violentan los principios de integridad e irrenunciabilidad de los haberes previsionales, recordando que AFIP ya ha rechazado la postura dictada en sentencia, a tenor de los fundamentos expresados en Actuación Administrativa 264/15 (DI ALIR) a cuyos fundamentos remite.

Considera entonces que los haberes jubilatorios se encuentran alcanzados por la gabela, en tanto tales ingresos configuran una ganancia de cuarta categoría (Art. 1) y 79) Inc. “c” de la Ley 20.628, y son pasibles de retención “en la fuente”.

Señala además que no se ha atacado un acto administrativo particular dictado por su parte, sino que se ha planteado una inconstitucionalidad general y genérica, aduciendo una pretensa mala técnica impositiva.

Apoya su postura en la definición legal de impuesto, que se efectúa en forma proporcional a la jubilación en cuestión, sin violar los principios de irrenunciabilidad e integridad del haber jubilatorio.

Respecto de la aducida violación a la regla de igualdad constitucional, reitera que ella implica “igualdad entre los iguales” y por ello su accionar no violenta tal principio, instituido en la Ley Fundamental.

Aporta y transcribe jurisprudencia en favor de su postura enfatizando además que la acordada citada por el *a quo* no puede comprender otros conceptos que no sean los asumidos por los funcionarios o empleados judiciales en ejercicio de su tarea (en actividad), ya que al finalizar la relación laboral con motivo de la jubilación, se produce automáticamente una mutación en la naturaleza de las sumas oblabas por el Estado, las que pierden su carácter de reintegro por gastos, para pasar a revestir el carácter de sumas remunerativas.

Finalmente se agravia de la imposición de costas que le carga el juez de grado en su totalidad, argumentando sobre la nulidad de la misma por no haber sido merituada la proporcionalidad de cada parte en su imposición; aclara además que en este caso se debió al menos utilizar la norma del art. 71 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación ya que el resultado del pleito fue parcialmente favorable a ambos litigantes.

Mantiene el Caso Federal.

Por tales razones solicita que se rechace íntegramente la acción de amparo promovida en Autos, con imposición de costas a la amparista.

II. Sustanciados que fueron los agravios vertidos (ver providencia de fecha 9 de junio de 2021), los mismos son respondidos por la amparista, a tenor de pieza que luce agregada digitalmente con fecha 9 de junio de 2021, en términos que seguido transcribo, en tanto ello sea procedente y conforme a derecho:

Enfatiza en primer lugar, la idoneidad de la vía elegida para demandar en Autos.

Con respecto a la cuestión de fondo, reitera que la acción aquí promovida, se endeza a determinar si a los efectos de la retención por impuesto a las ganancias, corresponde computar la totalidad de los rubros que componen el haber previsional, o solo el sueldo básico, teniendo en cuenta la equidad que debe existir entre la remuneración que percibe un trabajador activo y aquella que se le otorga cuando se jubila.

Luego de citar abundante jurisprudencia en apoyo a sus argumentos, peticiona se rechace el recurso impetrado, confirmándose en un todo, la sentencia rogada, con imposición de costas a la contraria.

III. Con fecha 11 de junio de 2021 se dispone la elevación de los obrados a esta Alzada, a fin de que aquí se provea aquello que corresponda.

Finalmente, y sin que resten gestiones procesales pendientes de producción, se llama con fecha 25 de junio de 2021, autos para dictar sentencia, lo que a la fecha se encuentra firme y consentido para los contendientes.

IV. Previo a comenzar con el desarrollo de las cuestiones propuestas a revisión por parte de esta Alzada, he de señalar que solo atenderé en el presente voto, aquellos planteos que he interpretado como esenciales a los fines de la resolución del litigio. Cabe aquí recordar por ello, que los jueces no están obligados a considerar todos y cada uno de los pedidos de las partes recurrentes,

pues basta que lo hagan respecto de aquellos considerados esenciales y decisivos para el fallo de la causa.

En este sentido, ha sido nuestra Corte Suprema de Justicia quien ha sentado la doctrina según la cual los jueces no están obligados a ponderar una por una y exhaustivamente todas las pruebas agregadas a la causa sino solo aquellas estimadas conducentes para fundar sus conclusiones, ni a analizar todas las cuestiones y argumentos utilizados que a su juicio no sean decisivos (ver LA LEY, 144, p. 611, 27.641-S; LA LEY, 145, p. 346; LA LEY, 148, p. 692, 29.625-S; Fallos: 296:445; 297:333 entre otros).

Aclarado lo anterior, paso ahora a evaluar las cuestiones planteadas por la requerida recurrente, ello en los siguientes términos, y respetando el orden de análisis que seguido desarrollaré:

En el caso de marras, la demanda ha sido impetrada por una ciudadana, Sra. Mónica Beatriz Díaz, que expone ser jubilada del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires, con desempeño activo en el Departamento Judicial de Dolores y que, al momento de demandar, padecía de descuentos que le efectuaba el Organismo recaudador por concepto de Impuesto a las Ganancias (ver documental adjunta a la demanda).

Por ello, interpreto que, en Autos, nos encontramos frente al concepto de “caso” o “causa” (Art. 116/17 CN), que habilita a la ciudadana impetrante a efectuar el presente reclamo en justicia.

Dicho lo anterior, y adentrándome en la cuestionada legitimación procesal del reclamante para impetrar este proceso sumarísimo de tutela a los derechos fundamentales, no cabe en principio extenderme aquí con relación al criterio ya definido por esta Alzada, en el sentido de que la acción de amparo resulta ser un proceso constitucional idóneo para develar un presunto accionar ilegal o arbitrario del poder público, cuando tal análisis fuese manifiesto, y no requiera de mayor debate o prueba (Art. 43 CN).

Así, ha señalado esta Alzada, que “(...) la acción de amparo es elaborada e instituida para hacer efectivas las garantías constitucionales, no obstante que mantiene su carácter excepcional conforme así lo dispone el Art. 43 de la carta Magna, ha de ser aceptada con un criterio tal que las garantías o derechos protegidos por la Constitución Nacional encuentren un adecuado y eficaz sustento, compatible con la intención de los constituyentes y con la esencia de esta acción” (Cfr., entre muchos otros, Autos “Licursi, Ricardo c. COMFER s/ amparo” y además, “Miani, Ricardo c. INSSJ y P s/ amparo”).

O sea que, para que prospere un proceso constitucional de este cariz, los actos u omisiones denunciados deben detentar “arbitrariedad o ilegalidad” manifiesta, bastando al Juzgador constatar alguna de estas razones para validar la acción emprendida, con lo que la conducta en cuestión no debe ser sindicada como “ilegal y arbitraria” sino que basta una de las dos razones para validar el pedido en justicia.

Es en este sentido, que cabe validar lo actuado por el *a quo*, en tanto acepta impetrar esta vía de tutela judicial extraordinaria, en resguardo de los derechos presuntamente violentados al jubilado reclamante.

Aclarado lo anterior, cabe señalar respecto del período de la vida que transita el reclamante —la vejez— que en él, les asiste a los ancianos del sistema, un claro derecho constitucional de tutela (art. 75 incisos 22 y 23 CN), ya que esta peculiar situación y contexto vital, demanda movilizar la imaginación

de todos los operadores del derecho, pues su tratamiento se ve favorecido si es capturado desde nuevas coordenadas que hacen rotar el punto de vista tutelar hacia las vivencias y el caudal del interés de una persona, teniendo en cuenta el modo en que ella pretende instalarse frente a la vida, en la meseta, planicie o estación última de ella.

Cierto es que el mencionado nivel será influido por el estado general de salud, de los agentes del contexto y de la propia e intransferible ecuación personal, familiar y económica, que siempre se encuentran sistemáticamente entrelazados, formando lo que la más calificada doctrina denominó, una “(...) trama inescindible, en cuyo marco acaecen aquellos cambios de cada trayectoria, y que generalmente, se identifican con el concepto de envejecimiento para recortar el perfil conceptual de “anciano” en su sentido corriente” (confr. Morello, Augusto “Las Edades de la Persona en el cambiante mundo del Derecho” Edit. Hammurabi, p. 162).

Cabe reputar entonces, y sin duda ninguna, a la vejez como una contingencia de signo social y a su comienzo, como independiente, en gran medida, del destino al que el individuo en cuestión se halla sometido, con lo que claramente “(...) las investigaciones modernas en derredor del envejecimiento se ocupan cada vez menos del problema de la llegada de la vejez en general, y cada vez más de las distintas formas y casos de envejecimiento” (confr. Thomae, Hans “Cuando se es viejo”, Revista de Occidente, Madrid, Nº 75/1969, p. 331/32).

Que, expuestas las consideraciones que anteceden, cabe señalar que además de la previsión constitucional del art. 75 inciso 23 de nuestro texto fundamental, la protección constitucional de los ancianos “(...) se encuentra también desarrollada en forma específica en el Art. 17 del Protocolo Facultativo de San Salvador, que impone a los Estados signatarios del mismo, el “(...) reconocimiento de protección especial; proporcionar instalaciones adecuadas, así como alimentación y atención médica especializada a las personas de edad avanzada; que carezcan de ella y no se encuentren en condiciones de proporcionárselas por sí mismas; ejecutar programas laborales específicos destinados a conceder a los ancianos la posibilidad de realizar una actividad productiva adecuada a sus capacidades, respetando su vocación o deseos” (Firmado por Argentina el 17/11/1988, ratificado por el H. Congreso de la Nación en 30/06/2006, con el pertinente depósito efectuado en 05/10/2006).

Bien señala sobre este punto Juan Carlos Wlasic, que lo que se pretende con esta modalidad de tutela “(...) es la inserción social de las personas de la tercera edad, y su salud” agregando luego que “(...) se trata, en general, de un llamado de alerta frente a la cultura del desalojo social, que impera actualmente en relación a estas personas fuertemente devaluadas” (Cfr., del autor citado “Manual Crítico de Derechos Humanos”, Edit. “LA LEY, p. 355).

Que lo indicado precedentemente me ha llevado a coincidir en ocasiones anteriores con alguno de mis colegas de este cuerpo colegiado en cuanto a que el derecho ha advertido y legislado acerca de esta circunstancia, comprendiendo las implicancias que de tal regulación normativa derivan. En este sentido se ha señalado con puntilloso detalle en doctrina, que “...nadie podrá negar los nuevos emplazamientos de las explicaciones, normas y límites que se han producido en el campo y fronteras clásicas de la vejez y su encofrado jurídico”, agregando a ello, que “...ese sistema es tuitivo, obviamente, aunque no se reduce a consagrar derechos y técnicas procesales de protección más urgentes y efectivas. Se proyecta igualmente a los deberes y a una legitimación abierta y

realista, de acuerdo al panorama descripto” (confr. Morello, Augusto “Las Edades...” citada, p. 167).

Es entonces, que las medidas que deban dictarse en favor de personas ancianas, afectadas en sus derechos previsionales, no contradicen al texto fundamental en ninguna de sus manifestaciones, sino que más bien se apoyan en el cumplimiento de sus específicas mandas, antes señaladas, centradas en la lucha contra la desigualdad material de los ciudadanos que las padecen, debiendo intentarse en tales casos, con todos los medios a nuestro alcance, su curación, la remediación de sus padecimientos, y también su integración en la vida social, particularmente en esta etapa que les acerca al “crepúsculo” de sus existencias.

Que, asimismo he de recordar —como lo he señalado en párrafos anteriores— que el artículo 43 de la Constitución Nacional, la acción de amparo procede contra “todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que, en forma actual o inminente, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley...” Luego, un acto se torna arbitrario cuando no obstante el eventual apoyo legal, produce, dentro del marco de la ley, efectos contrarios a los previstos, violándose garantías constitucionales (confr. Quiroga Lavié, Humberto; “Derecho Constitucional”, Edit. Depalma, 3ª Ed., 1993, p. 512).

Precisamente es el artículo 14 bis de la Constitución Nacional el que establece que “el Estado otorgará los beneficios de la seguridad social que tendrá carácter de integral e irrenunciable”. Este principio, entonces, es el que debe guiar este decisorio, y sus excepciones deben encontrarse razonablemente justificadas, no solo en la normativa vigente, sino también frente al caso en concreto.

Diré también, que si bien no desconozco la jurisprudencia reciente de nuestro más alto Tribunal de Justicia sobre esta cuestión (Cfr. CSJN en Autos “García, María I. c. AFIP s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad” FPA 7789/CS1-CA1; FPA 7789/2015-1/rh1), cabe aclarar que por los términos expresados en la presente apelación (“tantum devolutum, quantum appellatum”), los magistrados de Alzada solo poseemos jurisdicción, en torno a la materia recurrida, y es claro que no se ha objetado en el caso de este recurso, si un jubilado debe tributar ganancias o no, ni siquiera si debe considerarse al haber jubilatorio como “ganancia” a los fines de la determinación del tributo sino en particular, si para practicar la retención referida al impuesto, el Instituto de Previsión Social de la Provincia de Buenos Aires solo debe computar el rubro “sueldo básico” o la denominación que lo sustituya, o por el contrario, ella debe integrarse con alguna otra porción remunerativa, integrante del haber de un miembro del Poder judicial de la Provincia de Buenos Aires, en actividad.

Puede expresarse también aquí, que más allá de cualquier valoración que esta problemática amerite, es claro que la decisión sobre la gravabilidad o no, ante el Impuesto a las Ganancias, del haber jubilatorio del personal del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires, o la determinación de si un haber jubilatorio puede ser considerado “ganancia”, lo incontestable es que a partir de la fórmula impugnada en Autos, se le prodiga a este sector pasivo, un trato más perjudicial que el que recibiera cuando se encontraba vigente la vinculación laboral activa, por el solo hecho de haber cambiado su situación de revista, y por decisión del Organismo Recaudatorio (AFIP), lo que resulta contrario a los principios constitucionales de equidad e igualdad (Cfr. Art. 16, 75 Inc. 22 y 75 Inc. 23 CN).

Es que claramente, con esta modalidad de implementación del tributo, cuestionada en el caso de Autos, parece olvidarse la específica inclusión del colectivo de “ancianos”, que comparte con otros mencionados en el Art. 75 Inc. 23 del Texto Fundamental, las desdichas de haber sido víctimas de discriminación en el pasado y en el presente, razón por la cual su situación existencial debe necesariamente mejorar o progresar a partir de la generación de medidas de acción positiva u otras, que claramente aquí no se avizoran, pronunciándose en cambio, los márgenes de desequilibrio, desigualdad e iniquidad que necesariamente deben ser evitados y superados por la autoridad pública.

Y sin olvidar que, si bien la “acción positiva” que impone el Art. 75 Inc. 23 CN, resulta ser un mandato dirigido al Congreso, no son pocas las ocasiones en que el Poder Judicial, y aún frente a normas dirigidas al legislador, “(...) las ha tomado en cuenta como pautas que también deben influir y orientar en la interpretación judicial de las causas sometidas a decisión de los tribunales” (Cfr. Bidart Campos, Germán “¿Una cita omitida de la Constitución reformada en dos sentencias de la Corte Suprema?”, en “ED” 166-36).

Claramente, y como lo señala en el caso el *a quo*, el Poder Administrador, sin morigerar los niveles de desigualdad que de uso circundan a nuestro sector pasivo, los pronunció y enfatizó, en clara violación a la manda constitucional.

Desoyendo entonces, la buena pluma de lo dispuesto por la Resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires Nº 302/16, al tomar como base imponible al “sueldo básico” del personal judicial en actividad, el organismo recaudador la aumenta, tomando la totalidad del haber jubilatorio, sin guardar el adecuado equilibrio y proporcionalidad con los salarios de los trabajadores activos del sector, obviando el carácter alimentario que de uso detenta el haber previsional (Cfr. CSJN en Autos “Rolón Zappa, Víctor s/ jubilación”, del 30/09/1986), sobre el que aquí se propicia una infundada y desproporcionada reducción, apoyada en la aplicación de un tributo, que resulta cuanto menos cuestionable en este contexto de aplicación.

Por otra parte, no creo posible propiciar en el ámbito provincial, una tesitura que desoiga la vigencia de la normativa dispuesta en Ac. Nº 20/1996 y 56/1996 de la CSJN, a partir de una arbitraria distinción entre jubilados y miembros activos de la labor judicial en la Provincia de Buenos Aires.

Y no debe olvidarse que, al momento de la aplicación de la Constitución, determinando su fuerza normativa, los Magistrados actuantes en causas judiciales debemos enfatizar que el papel que cumplen las constituciones en los diversos ordenamientos jurídicos —particularmente en el nuestro— es el de fijar el marco argumentativo de las normas y decisiones, pero como bien lo enseña Rafael de Asís “(...) no en el sentido de proporcionar las soluciones, sino más bien en el de fijar los límites de la discusión” (Cfr., del autor citado “El Juez y la motivación en el Derecho”, Edit. Dykinson, Madrid, p. 102), o sea, el así denominado “carácter normativo de la Constitución, lo que hace, es exigir de quien decide deba argumentar manifestando la concordancia o la discordancia con lo dispuesto en el Texto Supremo.

Dicho esto, y sopesando ahora el juego armónico del mandato de protección, frente al contexto de desigualdad estructural que padecen los ancianos del sistema, considerando a tal fin, lo dispuesto por Ley 27.360 (BO del 31/5/2017, Nº 33.635, p. 2) que otorga jerarquía supra-legal a la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos de las personas Mayores, cabe indicar que

la así denominada “clase pasiva” de nuestra sociedad, padece de lo que el Maestro Germán Bidart Campos ha calificado como “discapacidades sociales”, debiendo entenderse por tales, como “(...) todos los déficits y minusvalías que impiden a determinadas personas, instalarse y vivir en la sociedad y en el Estado con el mínimo decoro que exige la naturaleza del ser humano” (Cfr., del autor citado “El Derecho Constitucional Humanitario”, Ediar, p. 222).

En este sentido, es claro que para ir eliminando —tal lo propone el Art. 75 Inc. 23 CN— las discapacidades sociales, no basta operar la ley del mercado y de la libre competencia, porque las personas (en particular los jubilados del sistema), no son objetos ni productos, ni “bienes” que entran en el mercado, sales o cotizan en él, y cuando ello ocurre, estos grupos marginados transitan el “mercado” con discapacidad, en el sentido ahora expuesto, Y como bien lo ha expresado Bidart Campos, “(...) la dignidad personal no tolera esta clase de intercambios, en los que quienes ganan son siempre otros, y no los así denominados “discapacitados sociales” (Cfr. del autor y ob. citadas, p. 224).

Así las cosas, y reiterando que estos parámetros han sido ya visualizados y determinados por nuestra Corte Suprema de Justicia al votar los obrados “García”, es claro que la decisión de aplicar el Impuesto a las Ganancias a un haber jubilatorio, debe transitar por los parámetros constitucionales antes referidos, desarrollando para ello, una particular sensibilidad en resguardo y protección a las acreencias correspondientes a la clase pasiva, lo que por lo expuesto, no solamente responde al acatamiento de parámetros constitucionales sino también “convencionales” (Cfr. Art. 75 Inc. 22 y 23 CN).

Es en tal contexto que visualizo como claramente injustificado, el trato desigual que se imparte a los jubilados del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires, al determinarse los parámetros de aplicación del impuesto a las ganancias sobre sus haberes jubilatorios con sola base en la capacidad contributiva de los obligados, respecto de los trabajadores activos de ese sector, lo que redundará en hacer pesar sobre ellos una mayor carga de tributación, sin ponderar la vulnerabilidad vital del colectivo aquí comprendido, y que con ello, vulnera sus derechos fundamentales, discriminándolos esencialmente por edad en la vejez (equidad, proporcionalidad), lo que importa una modalidad peculiar de violación al principio protectorio que les asiste.

Máxime cuando ha expresado el Convencional Constituyente Alberto García Lema, en el recinto, que el propósito inspirador de la reforma al Art. 75 Inc. 23 del Texto Fundamental argentino, “(...) ha sido el de proteger situaciones de desamparo, es decir, aquellas que no son atendidas por la legislación vigente, o que no están cubiertos de modo suficiente” (Convencional de referencia, citado por Beatriz Alice en “Normas Constitucionales y Legislación regulatoria en materia de Jubilaciones y Pensiones” en AAVV (Dir. Germán Bidart Campos), Economía, Constitución y Derechos Sociales”, Ediar, p. 46).

Finalmente, se ha violado aquí asimismo el principio constitucional de igualdad ante la ley en materia tributaria, pues el trato de los jubilados del sector en cuestión es claramente desigual respecto de los judiciales “en actividad” ello con desmedro a la clase pasiva involucrada (Cfr. CSJN, Fallos: 16:118; 95:327; 117:22; 126:280; 137:105; 138:313; 151:359; 182:355; 199:268; 270:374; 286:97 300:1084), aun cuando se considerase que ante la finalización de la relación de empleo, se produjese una “mutación” en la naturaleza de las sumas reintegradas. Ello así, toda vez que claramente se sigue de los precedentes expuestos, que la línea jurisprudencial

cial sentada por la Corte Suprema, indica que el principio de igualdad ante la ley no solo se viola cuando al legislarse determinadas categorías de contribuyentes, se trata de distinta manera a quienes se hallan en igual situación, sino y particularmente cuando lo acaecido en la categoría de contribuyentes determinada implica manifiesta discriminación o arbitrariedad, que es lo que estimo acaece en el caso de Autos.

Respecto de la imposición de costas en ambas instancias, interpreto que lo controvertido de la temática, y la dispar jurisprudencia que ella ha ameritado en el pasado, pudo haber generado en la recurrente la convicción de haber obrado conforme a derecho, por lo que cabe aquí eximir a la recurrente de su imposición (Cfr. de esta Alzada, 06/02/1997 "Sánchez, Mario c. Ruggiero, Santos", LA LEY, 1998-E, 762, N° 40.798-S), ello, pues como también lo ha sostenido la mejor doctrina "(...) la convicción fundada de obrar ajustado a derecho, significa que el argumento que porta la pretensión lle-

ve consigo una razonable causa para pedir la actividad jurisdiccional" (Cfr. Gozafni, Osvaldo "Costas Procesales", Ediar, T. 1, p. 233).

Es entonces, por lo antes desarrollado, que propongo al Acuerdo: I): Rechazar la apelación impetrada por parte de la AFIP de fecha 7 de junio de 2021 y, en consecuencia, confirmar la sentencia de fecha 4 de junio de 2021 en todo y cuanto fue objeto de apelación y recurso; II): Eximir de la imposición de costas en ambas instancias a la recurrente vencida. Tal, el sentido de mi voto.

Lo que surge del Acuerdo que antecede se resuelve: 1. Confirmar el decisorio en cuanto ha sido objeto de apelación y agravios, salvo en lo referente a las costas, respecto a lo cual se revoca. 2. Eximir de la imposición de costas en ambas instancias a la recurrente vencida (art. 68 segundo párrafo Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Regístrese. Notifíquese. Devuélvase. — Alejandro O. Tazza — Eduardo P. Jiménez.

Conciliación penal

Sentencia que se aparta de la norma vigente. Código Procesal Penal Federal.

Es nula la sentencia que rechazó un pedido de conciliación en una causa penal, por apartarse de la norma vigente. Si bien se dispuso que el Código Procesal Penal Federal entraría en vigencia "de conformidad con el cronograma de implementación progresiva" (ley 27.150 y el dec. 257/2015), mediante la res. 2/2019 (BO el 19/11/2019), la comisión parlamentaria inició un proceso de implementación a fin de evitar situaciones de desigualdad ante la ley, en relación con el goce de las garantías constitucionales durante el proceso de progresividad territorial. Esta resolución dispuso que el art. 34, Cód. Proc. Penal Fed., entre otros, entrara en vigencia.

CNCrim. y Correc., sala V, 04/08/2021. - C., S. E. s/ conciliación.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/131717/2021]

2ª Instancia.- Buenos Aires, agosto 4 de 2021.

Considerando: I. Mediante el decreto de fecha 7 de junio de 2021, el juez de la instancia de origen rechazó la solicitud efectuada por la defensa de S. E. C., decisión que fue impugnada por la parte.

II. A partir de lo ordenado en el legajo, la parte recurrente presentó el memorial sustitutivo de la audiencia oral, mediante el cual se remitió a los agravios expuestos en el remedio procesal a estudio. De este modo, la causa quedó en condiciones de ser resuelta.

III. Asiste razón a la defensa en cuanto a que la decisión cuestionada se apartó de la normativa legal aplicable al caso, extremo que impide considerarla un acto jurisdiccional válido.

Conforme se desprende de autos, la asistencia técnica de C. requirió que se convoque a las partes a una audiencia de conciliación con el objeto de perfeccionar el acuerdo suscripto con el querellante C. M. A.

Tal solicitud fue rechazada por el magistrado de grado, con fundamento en que "si bien (...) el ordenamiento de fondo menciona a la conciliación como forma de extinción de la pena (art. 59, inciso 6 CPN), entiendo que la misma, no se puede llevar a la práctica, por cuanto la operatividad del instituto de mencion, depende de la vigencia de la norma procesal que reglamente de manera concreta la forma de ejecución de las medidas necesarias para llevar a cabo la conciliación".

Ahora bien, mediante la ley 27.063 se sancionó el Código Procesal Penal Federal que, en su artículo 34, regula expresamente el me-

canismo alternativo de solución del conflicto en cuestión, en tanto dispone que "sin perjuicio de las facultades conferidas a los jueces y representantes del Ministerio Público Fiscal en el artículo 22, el imputado y la víctima pueden realizar acuerdos conciliatorios en los casos de delitos con contenido patrimonial cometidos sin grave violencia sobre las personas o en los delitos culposos si no existieran lesiones gravísimas o resultado de muerte. El acuerdo se presentará ante el juez para su homologación, si correspondiere, en audiencia con la presencia de todas las partes.

La acreditación del cumplimiento del acuerdo extingue la acción penal; hasta tanto no se acredite dicho cumplimiento, el legajo debe ser reservado. Ante el incumplimiento de lo acordado, la víctima o el representante del Ministerio Público Fiscal podrán solicitar la reapertura de la investigación".

Si bien se dispuso que el nuevo catálogo adjetivo entraría en vigencia de conformidad con el cronograma de implementación progresiva que establezca la "Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Código Procesal Penal Federal" (ley 27.150 y el decreto 257/2015), lo cierto es que mediante la resolución 2/2019 (publicada en el Boletín Oficial el 19 de noviembre de 2019), la comisión parlamentaria inició un proceso de implementación normativa a fin de evitar situaciones de desigualdad ante la ley, en relación con el goce de las garantías constitucionales durante el proceso de progresividad territorial.

Con ese norte, la normativa de referencia dispuso "implementar los artículos 19, 21, 22, 31, 34, 80, 81, 210, 221 y 222 del Código Procesal Penal Federal, disponiendo su implementación a partir del tercer día hábil posterior a la fecha de publicación de esta resolución en el Boletín Oficial, para todos los tribunales de la Justicia Nacional Penal, en este último caso mientras resulte de aplicación por parte de estos tribunales el Código Procesal Penal Federal".

En función de lo señalado, cabe concluir que la decisión cuestionada se apartó de la normativa vigente aplicable al caso, motivo por el cual no puede ser considerada un acto jurisdiccional válido (artículo 123 del CPPN).

Por lo expuesto y encomendando al juez *a quo* que imprima celeridad al trámite de este expediente —en el que, con fecha 17 de diciembre de 2018 se dispuso la falta de mérito para procesar y/o sobreseer a la imputada, situación que se mantiene hasta la actualidad—, el Tribunal resuelve: declarar la nulidad del auto de fecha 7 de junio de 2021 (art. 123 del CPPN). Se deja constancia de que el juez Hernán Martín López no suscribe en función de lo previsto por el art. 24 *in fine* del CPPN por haberse alcanzado la mayoría. Notifíquese, comuníquese al juzgado de origen vía DEO y, oportunamente, devuélvase mediante pase electrónico por Sistema de Gestión —Rodolfo Pociello Argerich. — Ricardo M. Pinto.

Edictos

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 8 a cargo del Dr. Marcelo Gota, secretaria N° 16 a mi cargo, sito en Libertad 731 7° piso de Capital Federal, hace saber que IVAN ANTONIO RODRÍGUEZ DÍAZ de nacionalidad venezolana con DNI 95.840.601 ha petitionado la concesión de la ciudadanía argentina, a fin de que los interesados hagan saber a este Juzgado las circunstancias que pudiesen obstar a dicho

pedido. Publíquese por dos días. El presente deberá ser publicado por dos veces en un lapso de quince días en el diario LA LEY.

Buenos Aires, 6 de marzo de 2020
Sebastián A. Ferrero, sec.
LA LEY: I. 13/12/21 V. 13/12/21

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 2, secretaria N° 3, sito en Libertad 731, 4° piso, CABA, informa que la Sra./Sr. SALVADOR JORGE CHÁVEZ

SÁNCHEZ, de nacionalidad peruana, con DNI N° 95.185.111 ha iniciado los trámites para la obtención de la ciudadanía argentina. Cualquier persona que conozca un impedimento al respecto deberá hacer saber su oposición fundada en el Juzgado. Publíquese por 2 veces en un lapso de 15 días.

Buenos Aires, 3 de noviembre de 2020
Luciana Montórfano, sec. fed.
LA LEY: I. 13/12/21 V. 13/12/21

THOMSON REUTERS
LA LEYTM

Información confiable
que avala sus argumentos.

PROCESOS COLECTIVOS EN ACCIÓN

VISIÓN Y MISIÓN

Autores: **Álvaro Pérez Ragone • Gustavo Osna • Sérgio Cruz Arenhart • José Sahián**




Esta obra
contiene
códigos QR
con material
adicional.



1 Tomo
Disponible en
papel y eBook.

Esta obra invita a la reflexión sobre la protección colectiva de los derechos, tanto en la Argentina como en otros países de habla hispana y en Brasil. Aborda temas como la necesidad de protección colectiva, derechos meta (trans)individuales, derechos homogéneos y amparo y *habeas corpus* como instrumentos de procesos colectivos, entre otros. Se trata de una obra sumamente oportuna ya que la cuestión de la protección colectiva de los derechos es una de las más importantes en el derecho procesal actual. Las características de la sociedad contemporánea, en la que los derechos pueden ser violados de forma masiva o a través de actos o conductas que causan daños a un gran número de personas, unidas a la imposibilidad de exigir la participación directa de los vulnerados ante el Poder Judicial para que los derechos sean protegidos y la responsabilidad pueda hacerse valer, ha exigido especialmente la reconfiguración de la cosa juzgada, que se vincula exclusivamente a la demanda y a las partes.

Adquirir la obra llamando al
0810-266-4444 o ingresando en
www.tienda.thomsonreuters.com.ar



THOMSON REUTERS[®]

ThomsonReutersLaLey
@TRLaLey
ThomsonReutersLatam
ThomsonReutersLatam



Seguí nuestra página
de  **LinkedIn** con contenido
específico para abogados.

 Thomsonreuterslaley
 TRLaLey
 [linkedin.com/showcase/thomson-reuters-argentina-legal/](https://www.linkedin.com/showcase/thomson-reuters-argentina-legal/)
 thomsonreuters.com.ar/es/soluciones-legales/blog-legal.html