

Doctrina

Justicia y Derecho: La Corte Suprema



Jorge Reinaldo Vanossi (*)

Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

“La Democracia se integra con el reconocimiento y la aplicación del conjunto de los principios *morales* que conforman los contenidos éticos propios de la República contemporánea” (Carlos Sánchez Viamonte)

I. En los tribunales de justicia acontecen vicisitudes también: se suscitan situaciones de cambios que sobrevienen en determinados momentos de la vida institucional de los países

Hasta Abraham Lincoln al término de la guerra (en 1869) se vio en la imperiosa necesidad de aumentar de 5 a 9 los Jueces de la Corte Suprema de los EE.UU. ante la circunstancia de que, aun venciendo a los partidos de la esclavitud (los sureños), resultaba que estos tenían mayoría: procedió entonces a aumentar el número de miembros para salvar la situación de la mayoría de los Estados del Norte, que eran partidarios de la igualdad.

Y hasta Franklin Delano Roosevelt debió protegerse de la tendencia —en la década del treinta— ante intentos de retaceo de las leyes favorables a la política del *New Deal*; aunque sin embargo el presidente desistió de aumentar con otro juez al Tribunal: ¡fue un ejemplo de respeto “constitucional”...!

En cambio, en la Argentina se aumentó a 9 el número de jueces, lo que dio lugar a la mención de la llamada “mayoría automática” de la Corte Suprema (*sic*) en aras del mayor poder económico gubernamental.

Los norteamericanos nombraron *justices* más allá de las vicisitudes que los habían antecedido en sus vidas: Félix Frankfurter (1882-1965) fue un gran juez de la Corte que había actuado en el Partido Demócrata y era sumamente estimado como afecto a la rama “izquierda”, pero al desempeñarse en la Corte Suprema actuó en la moderación y equilibrio. Roosevelt le aconsejó expresarse ante la prensa.

Hugo L. Black fue criticado por su pasado juvenil en el “Ku Klux Klan” (grupo racista y extremista), pero superó todo su pasado y se convirtió en la Corte en el campeón de los Derechos Civiles.

Oliver Wendell Holmes, por su elevada edad, se creía que no estaba en condiciones, pero fue de activísimo un jurista que impresionó por su concepción actualizadora del Derecho en el plano constitucional, siendo un famoso maestro de Harvard.

Holmes (1841-1935), que vivió noventa y cuatro años, fue el más longevo de los Jueces de la *Supreme Court* de los EE.UU., que habiendo sido Profesor de la Universidad de Harvard accedió al más alto prestigio durante 90 años hasta su retiro del tribunal, falleciendo recién a los noventa y cuatro años de edad. Y en los tiempos del “New Deal” de la presidencia del Presidente Roosevelt ya era famoso por su pensamiento constitucional y jurídico, desde sus fundamentos sobre la libertad en la “Primera Enmienda” en el caso *Schenck contra USA*. Su influencia fue orientada hacia el “realismo jurídico”, sosteniendo que “la vida de la Ley no ha sido pura lógica, ha sido también experiencia” (*sic*).

En la línea de los “liberales”, también fueron destacados en su fama Brandeis y Stone; como así también muchos “conservadores” de gran nivel.

En general, la expresión de deseos ha sido prescindir del juego de palabras: ni declaraciones altisonantes ni metáforas perogrullescas; elaborar un contenido de jurisprudencia que imprima a toda la Constitución operatividad directa, de cumplimiento exigible ante los tres poderes del Estado, según los casos, para que de esa forma se imponga en las conciencias de gobernantes y gobernados con respecto a todo el haz de Derechos Humanos, con la feliz admonición que se estampó por los grandes juristas y jueces.

- La *Supreme Court of the USA* siempre mantuvo la jerarquía de su autoridad y nunca fue cuestionada.

- En su peculiaridad “funcional” analizaba la índole de las cuestiones en juego con el criterio de cada *justice* y en definitiva se han inclinado por ajustarse a la prudente selección de los casos judiciales a resolver.

- Y los “law clerks” han colaborado como “secretarios letrados” en las tareas preparatorias, haciendo un aprendizaje y una experiencia de gran valor y mérito.

- Y los presidentes (como el sucesor del asesinado presidente Kennedy) son los que imponen el respeto a las “decisiones”: fue así con el presidente Lyndon Johnson, que lo sucedió como vice, que, ante la violación de la Ley de Derechos Civiles, cuando dos “Estados de la Unión” discriminaron en las escuelas, fue la Corte Suprema la que actuó ante el presidente y ordenó a los gobernadores el cumplimiento ante el caso “racial”.

- En cambio, en la Argentina en el “caso del magistrado Sosa”, cinco veces en la Provincia de Santa Cruz (*sic*), el caso no fue resuelto y la Corte Suprema “aconsejó” superficialmente que los poderes políticos tomaran decisiones ante la falencia de la Provincia. Aunque parezca incierto, la cru-

da verdad es que Sosa no solo no fue restituido, sino que se hizo desaparecer ese cargo clave, para no tener que cumplimentar la “orden judicial” (*sic*).

Por eso creo que el “lawfare” *no* existe, cuando se pretende por ciertos gobernantes aludir a ciertas pretensiones de superioridad.

II. Es bueno traer a colación que el relator de la Constitución de 1853-1860, Gorostiaga que al integrar el Tribunal Supremo —ya había cumplido sus 29 jóvenes años de edad— en los meses de la redacción con Gutiérrez; y en el caso *Lino de la Torre (habeas corpus)* de 1877 (Fallos 19:231) había expresado rotundamente que:

“El sistema de gobierno que nos rige es una creación nuestra. Lo hemos encontrado en acción, probado por largos años de experiencia y nos lo hemos apropiado. Y se ha dicho con razón que una de las grandes ventajas de esta adopción ha sido encontrar formado un *vasto cuerpo de doctrina*, una *práctica* y una *jurisprudencia* que ilustran y completan las reglas fundamentales y que podemos y debemos utilizar en todo aquello que no hayamos querido alterar por disposiciones peculiares. ¿Qué sucede pues en la República que nos ha servido de modelo?”

Columna de opinión

El deber de información y su interrelación con el art. 645 del Código Civil y Comercial



Martín Rotondo

Abogado y escribano (UNLP). Especialización en Derecho de Familia (UNLP) y Diplomatura en Violencia de Género (UTN Regional de Buenos Aires).

Véase el texto completo en p. 4

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)
(*) Comunicación del Académico, en la Academia Na-

cional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 6 de diciembre de 2022.

Nota a fallo

Teletrabajo

Accidente ocurrido en el domicilio del trabajador en horario laboral.
TS Justicia de Madrid (Sala de lo Social), 11/11/2022. - *Sentencia 980-2022 - Rec 526-2022 c.* **5**

El accidente del dependiente en el contexto de teletrabajo

Una definición del Tribunal Superior de Justicia de Madrid
Juan Facundo Temperoni **6**

Jurisprudencia

Expulsión de extranjero

Elusión de control migratorio. Falta de evaluación de posibilidad de dispensa por reunificación familiar. Anulación.
CFed. La Plata, sala I, 07/02/2023. - *Lin, Xiadi c. Dirección Nacional de Migraciones s/ recurso directo a Juzgado.* **9**

Honorarios del abogado

Apremio. Intereses. Aplicación de la doctrina legal del Superior Tribunal. Disidencia.
CContenciosoadministrativo, Mar del Plata, 07/02/2023. - *Elordi, Mirta Beatriz s/ Apremio.* **10**

Beneficio de litigar sin gastos

Alcances. Acceso a la justicia. Otorgamiento.
CNCiv., sala H, 25/11/2022. - *A. A. L., M. L. s/ Beneficio de litigar sin gastos.* **12**

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

Con el comienzo de la presidencia de Mitre, se impuso otro ritmo en la materia: la ley 27 norma organizadora de un Poder Judicial Federal, al cual se le asignó como principal objetivo “Sostener la observancia de la Constitución, prescindiendo, al decir las causas, de toda disposición de cualquiera de los otros poderes nacionales que esté en oposición con ella”.

“La misión de la Corte Suprema es velar por la salud de la República”, fue el mensaje de Mitre.

Mitre contribuyó con otros jalones más a la consolidación del Poder Judicial y de la Corte Suprema. A este tribunal auguró el 1º de mayo de 1863, una grande y benéfica influencia en el desenvolvimiento de nuestras instituciones, como “un poder moderador”.

Las reglas de la ley 48 cuyo artículo 14 se ocupa del recurso extraordinario continúan ocupando un lugar significativo en el bloque de constitucionalidad Federal en nuestro país.

¡Cómo cambian las cosas y las costumbres! (1)

Muchos años después —y más recientemente bajo el Kirchnerismo— hemos escuchado a un exlegislador (que también fue secretario de Cultura) afirmar desembozadamente, en defensa del oficialismo, que el reinante “relato” estaba por encima de la Constitución (*¡sic!*): una increíble afirmación del descreimiento de valores. Es menester que la Constitución sea la norma de la primacía del Estado y de ninguna manera se pretenda sobreponer al relato, cuyo conocimiento que se da generalmente detallado para tropezar en los hechos como mera narración o un puro cuento (*sic*) que se impone en el engaño para confundir en la sociedad y al pueblo.

Pensemos que Alberdi afirmaba que “el respeto a la Constitución es el medio más poderoso para el orden y la paz en la sociedad”.

Más recientemente, la vicepresidente enfatizó y generalizó *urbi et orbi* la teoría del *lawfare*, de los abogados que acogió en Brasil Luis Inácio Lula Da Silva y lo definió como una conspiración entre “la embajada de los EE.UU, los medios y la justicia” con el supuesto fin de “perseguir judicialmente a los líderes populares” (*sic*). Pero bien se ha advertido al respecto que en realidad dicho neologismo fue creado por el año 2001 aproximadamente, por el brigadier retirado Charles J. Dunlap Jr. con el fin de defender al ejército norteamericano ante la derrota en la guerra de Vietnam y otro tanto ocurrió en el caso de las “torres gemelas”.

La denuncia del “lawfare” es en sí mismo un ataque a la democracia constitucional, pues supone que los jueces son inevitablemente parte de una élite que conspira contra los líderes populares. *Ese ataque a los tribunales como institución es en sí mismo un ataque al derecho como instrumento civilizatorio.*

El “lawfare” hoy es defendido en pro del apoyo de ciertos gobernantes. Soy opinante en el sentido de suprimir el vocablo del “lawfare” y evitar así las confusiones que ocasiona su invocación o su aplicación; y de insistirse en las aberraciones que pudieran derivarse de una terminología sumamente confusa y con secuelas equívocas, siendo admisible acudir a otros términos que pueden ensayar interpretaciones relacionadas con otros, los “recursos de revisión” o a casos de “inaplicabilidad de la ley” al respecto.

Porque las cuestiones deben resolverse en las instancias de la Justicia y *al margen de las especulaciones políticas o partidistas.*

En la Argentina, el juez de la Corte Suprema Ricardo Lorenzetti ha expresado públicamente que “el *lawfare* no existe”; opinión esta que yo me permito compartir. Y en alocución emitida por el actual presidente de la Corte Suprema Dr. Horacio Rosatti el 2 de febrero, dirigida a magistrados judiciales, ha señalado que “esta Corte se mantendrá independiente de cualquier presión” (*sic*).

III. Los presidentes de la Corte argentina

Es bueno conocer algunos aspectos de este historial jurídico:

- José Benjamín Gorostiaga: en la Corte 20 años actuando y durante 10 presidió la Corte Suprema.

- Antonio Bermejo: fue tan prolongada su gestión que habiendo comenzado en 1903 presidió muchos años hasta 1929, en que muere; y el presidente Hipólito Yrigoyen lo designa a José Figueroa Alcorta el penúltimo día (en 1930) antes de su deposición.

- El juicio político en 1947: Álvarez Rodríguez - (1947), por el senado de la unanimidad, cuñado de Evita; y Rodolfo Valenzuela (1952), nada más que era un presidente de la Confederación del Deporte...

Y ellos todos fueron “Constituyentes” de 1949 (*sic*). Por excepción cabe señalar que el juez Tomás Casares se desempeñó en la Corte Suprema entre 1943 y 1955, defendiendo a la Catedral Metropolitana ante el intento delincencial causado por los forajidos del régimen imperante.

- En 1955 llega Alfredo Orgaz, presidente, y al mismo tiempo Sebastián Soler que fue procurador general.

- Benjamín Villegas Basavilbaso asume luego.

- Aristóbulo Aráoz De La Madrid lo continúa y Luis María Boffi Boggero es el “Decano”.

En 1960 se había aumentado a 7 el número de los jueces, por pedido de la propia Corte (Orgaz) y Frondizi la pidió al Congreso la Ley a los efectos ampliatorios, pero los prestigiosos jueces de ese período fueron expulsados por el golpe de Onganía en 1966 y dos secretarios letrados renunciaron en señal de repudio.

Más adelante un juez muy destacado accedió a la Corte: fue el Dr. Guillermo Borda, eminente jurista y pleno civilista destacado.

Algunas anécdotas del tribunal:

a) Esteban Ymaz: rechazar la “cuestión *ballad*”; quien había sido 30 años en la Corte secretario y luego Juez.

b) Luis María Boffi Boggero: fundamentaba las “disidencias.

c) Se colaboraba en el “acuerdo” de los 7 “secretarios letrados”.

- Más tarde Genaro Carrió fue presidente de la Corte durante la Presidencia de Raúl Alfonsín y cabe recordar que Ítalo Luder había declinado el ofrecimiento para el cargo.

- Otros presidentes y Jueces “recordables” de esa época: Amílcar Mercader (Procurador del Tesoro...), Augusto Belluscio (vivierte hoy), Carlos Fayt (derecho constitucional

y derecho político), Enrique Petracchi (civilista), Jorge Bacqué y otros más jueces destacados y dignos: Aberastury, Colombes, Julio Oyhanarte, Zavala Rodríguez, todos *de jure* y otros más.

- La “ampliación” a 9 jueces sirvió para conformar una “mayoría automática” menemista (año 1989).

La hoy composición presente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación es de cinco miembros, con la Presidencia a cargo del Dr. Horacio Rosatti, Profesor de Derecho Constitucional (autor con obra premiada por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires oportunamente), por su *Tratado* y numerosa producción jurídica.

IV. Al año siguiente se concretó el criterio del llamado “*writ of certiorari*” (1990) a través del art. 280-5 del Código Procesal. A partir de allí se elige qué cuestiones de Derecho hay en los casos presentes para resolver o autolimitándose o resolver terminantemente.

Se trata de no abrir un recurso en cuya decisión la Corte no quisiera avanzar. La Corte Suprema tiene una amplia libertad de interpretación y actúa con mucha prudencia al respecto (entendiéndose su lentitud...); acaso diferenciándose de la Corte Suprema de los EE.UU. que selecciona y limita mayormente aún el número de causas a resolver cada año (*prudens iuris*).

V. No podemos dejar de recordar que en 1947 la Corte Suprema había sido destituida por juicio político en el Senado “de la unanimidad” (el presidente Repetto ya había renunciado). Fue una decisión incoada por el presidente Perón. Solo se mantuvo en el cargo al juez designado durante el golpe de Estado del 4 de junio de 1943, el Dr. Casares.

Es bueno recordar y advertir que se debe tener presente que con la Constitución Nacional está presente una categórica advertencia, que no debería prescindirse en todo momento: es el art. 109 que dispone: “En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas”. ¡Debe cumplirse ese mandato!

Y en el art. 92, concerniente al Poder Ejecutivo, ni el Presidente ni el Vicepresidente durante su período “no podrán ejercer otro empleo *ni recibir otro emolumento* de la Nación, ni de provincia alguna”. Por lo tanto, deben abstenerse *hasta del ejercicio mismo de la docencia*.

Hoy en día son dos tercios de senadores la mayoría necesaria para el acuerdo previo a la designación de los jueces de la Corte Suprema, por el Senado (año 1994).

Y se repiten momentos en que un pretendido grupo sectorial propicia la renovación total de los actuales componentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, efectuando hasta manifestaciones públicas contra los magistrados en ejercicio, con un escándalo ante el edificio del Tribunal (*sic*). ¡Vergüenza nacional de tamaño escándalo! ¡Y una vacante hace tiempo que no se cubre!

Como si fuera poco, vale subrayar que en oportunidad de la Asamblea Legislativa celebrada el 1º de marzo del 2022, se pusieron de manifiesto expresiones presidenciales de la siguiente índole:

1) La Justicia aludida con “los ataques del presidente Fernández en sintonía con un

tema recurrente con la prédica de la vicepresidente, en sus discursos de apertura de sesiones ordinarias.

2) Que la conformación y funcionamiento de la Corte Suprema de Justicia también debe ser objeto de análisis y decisión en este ejercicio legislativo (*sic*) ¿es una amenaza?

3) Se promovió “modificar el funcionamiento y la integración de la Corte Suprema de Justicia y se acusó al máximo tribunal de ser cómplice del poder económico” (*sic*).

4) Dijo el Presidente: “Esto que acabo de describir no es otra cosa que un acto de *complicidad judicial con el poder económico*” sentenció al final (*sic*).

Todo lo así dicho en el recinto parlamentario es de suma inquietud y preocupación ciudadana en la República. ¿Qué puede pensar y esperar el pueblo y la sociedad argentina ante esa desavenencia?

La preocupación está presente, en la medida de otra afirmación más, en virtud de la cual quien ejerce la vicepresidencia de la Nación ha criticado el pensamiento del autor pensador Charles-Louis de Secondat barón de Montesquieu sobre la “separación de los poderes” inclinándose por ella la supremacía del Poder Ejecutivo (*sic*), de manera tal que se acumule la potestad para restringir o silenciar a la justicia convalidando de esa manera a los actos políticos y no justiciables: es un camino al rechazo de los entendimientos conciliatorios (doctrina de los autores Laclau y Chantal Mouffe) contrarios a los consensos (*sic*) y pagados por el gobierno en los hoteles de visita periódica.

VI. En cuanto al importante tema del Consejo de la Magistratura, creado en el texto constitucional de la reforma de 1994, es menester poner en situación ese texto del art. 114. “*The last but not least*” debe tenerse presente la incompletitud de los contenidos enunciados, por cuanto se alude a un tema muy importante que suscita algunas vicisitudes que están pendientes. El texto referido dice, en lo primero, lo siguiente:

“El Consejo de la Magistratura, regulado por una ley especial sancionada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, *tendrá a su cargo la selección de los magistrados y la administración del Poder Judicial*”. Y se añade:

“El Consejo será integrado periódicamente de modo *que se procure el equilibrio* entre la representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la *matrícula federal*. Será integrado, asimismo, por otras personas del ámbito académico y científico en el número y la forma que indique la ley” (*sic*) (2).

La impresión que da el texto del art. 114 ofrece incertidumbres con relación al alcance de la introducción de una institución novedosa para el régimen legal de la conformación del Poder Judicial. Da la impresión de un presumido o apresurado proceder en la redacción de los Constituyentes, por cuanto no teníamos hasta ese momento antecedentes de envergadura para apuntar a los cambios. Sin embargo, en el caso histórico y permanente de los Estados Unidos el tema de los jueces federales se maneja por el presidente de la “Suprema Corte” con la reunión de la llamada “Conferencia” del foro.

Cabe tener presente que la figura surgida en otros Estados ha tenido antecedentes propios de sistemas europeos y con raíces monárquicas y ulteriores replanteos en consecuencia de mutaciones constitucionales. Para el caso argentino, el texto del art. 114 merece comentarios, habida cuenta de los cambios que se sucedieron a posteriori, a

(1) En Fallos 342:2389 la Corte Suprema declara enfáticamente que “es guardián último de las garantías constitucionales, cabeza de un Poder del Estado y máximo in-

térprete de la Constitución”.

(2) En un punto separado se enuncian sus “atribuciones” que se refieren a seis incisos referentes al detalla de

esos tópicos del art. 114 mencionado *ut supra*. Recalca el inc. 6º “...asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia”.

tenor de recambios llegados por voluntades presidenciales con reformas acogidas a nivel legislativo aceptado. En lo fundamental es menester que la Presidencia del Consejo de la Magistratura esté al frente del Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como deberá ser en orden de las supremacías jurídicas.

Es dable percibir y decidir, si de *actante* o no, es un fallo sobre la Magistratura, pues está en juego la suerte de la justicia, órgano del Poder Judicial de la Nación Argentina.

No acatar un fallo judicial es algo grave cuando nadie asume lo que significa.

Hasta el Papa Francisco reflató en clave que “necesitamos personas apasionadas por la justicia” (*sic*). En el caso *Sosa* de Santa Cruz la reposición nunca se hizo y se consumió así el acto de desobediencia a la Corte Suprema ¿se ponderó acaso el margen de la legalidad con el régimen de la *legitimidad*? Cuando el Congreso no acata un fallo de la Corte, ¿parecería que nadie asume lo que eso significa...!

Adolecemos de casos en que se precipita una estrategia “política” de sumir a la justicia en un conflicto de poderes que haga menos eficiente el funcionamiento y —por ende— deteriore el prestigio de las instituciones jurídicas. En esos casos el camino más plausible es que en el entuerto se vuelva a la justicia con la Corte Suprema (si fue atropellada) pudiendo cumplir con el cometido del juez al que se le debe tomar el juramento.

Entendemos también que la Magistratura requiere ser formada con equidad y la armonía constitucionalmente establecidas; condiciones estas para contar con una legitimación. Y para ello debe cuidarse (*sic*) el aprovechamiento de un oficialismo para pretender cumplir con el plan de producir un parálisis del sistema judicial que se impugna desde la década pasada, cuando se intentó “una revolución institucional” que —felizmente— la frenó la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación. No obstante se han logrado ralentizar los procesos que siguen sin resolverse tras cuatro años.

Por lo tanto la Corte está obligada a hacer cumplir la orden de designar en el Consejo de la Magistratura de la forma que debe ser. Ello es lo que corresponde y que compete ante una situación por la que se pretende tener dos “bloques” sentados en la misma mesa para decir qué tiene el derecho de *dos* representantes en el Consejo de jueces. ¡Tamaño atropello! Cuando la ley 24.937 exige la representación de las dos primeras minorías, sucedió que tras maniobras en el Senado, Diputados nombró a un *ultra* para la Magistratura (Rodolfo Tailhade). Así se vuelve a insistir en una maniobra para designar a un tercer representante cuando legalmente no le corresponde, dejando afuera al senador Luis Juez, como le corresponde al ser la segunda minoría.

Por lo tanto y visto lo que luce como un juego “partidista”, los altibajos que tienen lugar en el ámbito de los miembros componentes del Consejo de la Magistratura son un indicio de las desavenencias que se llevan a cabo en la composición de los sectores políticos predominantes entre el oficialismo y la oposición, especialmente cuando la conducción de la Cámara “alta” (Senado) y la Cámara “baja” (Diputados) son parte de un “reñidero” en lo que concierne a las nominaciones que operan al momento de la diversidad de los sectores en juego partidario: con la aparición de “*leading cases*” entre varios, cuando aún no se ha producido ninguna nueva legislación que cambie la composición de la Cámara, por lo que no se justifica que se produzca una reyerta entre tres o cuatro pretendientes (*sic*).

Hoy por hoy —no sabemos después— sí pelagra el asentimiento de las reglas normativas de las instituciones de la democracia constitucionalista en el fundamental ámbito del desempeño de los miembros componentes de la Magistratura en sus respectivas instancias, pues se vive una crisis de los “mandamás” de turno.

¡Que Dios y la Patria nos liberen!

VII. Sin embargo, de un golpe repentino el “oficialismo” del Senado convirtió una querrela reglamentaria como parte de la pretensión de la que encara contra la Justicia en *general* y la Corte Suprema en especial. No de más está decir que ilegalmente el representante por la segunda minoría incurrió en error, porque cualquier alegación sobre facultades privativas debe ser una decisión revisable por el alto tribunal, por cuanto en el ámbito del Senado se encuentra la conformación de otro poder del Estado.

Hete aquí que uno de los sub-bloques en los que se dividió el oficialismo para asegurarse tres de los cuatro consejeros senadores (dos por la mayoría y uno por la minoría) la postulación de Martín Doñate fue en abierto desafío al fallo señalado, que dividirá el bloque, ya que para nombrarlo fue un “ardid” y “maniobra” como representante de la segunda minoría; y así continuó el conflicto por Luis Juez (*sic*). Además de estas disputas, algunas entre la Nación y la CABA han sido una demora pronunciada para definir la toma de juramento a los ocho legisladores nominados para integrar el Consejo de la Magistratura ¡Todo un entuerto sin fin!

En ciertos momentos de la etapa constitucional en lo atinente al “Control de la Magistratura” se ha llegado a los rasgos evidentes del “caos”, a tal punto que resulta casi ininteligible encontrar las decisiones correspondientes al resultado de la nominación de los magistrados y en el recinto de las Cámaras se han demorado las definiciones que son imprescindibles para arribar a completar los cargos pertinentes de ambas composiciones del Congreso de la Nación. Es obvio que por decisión voluntaria del “oficialismo” los principales excesos provinieron de la actitud senatorial (*sic*) ¡Así es! ¿Será que todo queda “en veremos”?

Por otra parte, la versatilidad en cuanto a las incorporaciones no parece cumplirse en cabalidad por el equilibrio de los sectores conformantes, si se miden con frecuencia las demasías de representantes políticos en desmedro de la importancia del sector técnico en la temática de la justiciabilidad. De más está advertir que en cuanto a los “académicos” se ha prescindido de las dos academias nacionales de derecho que son nacionales y pertenecen con sedes de Buenos Aires y Córdoba:

La primera creada en 1908 y fue presidida por el eminente jurista Dr. Manuel Obarrio, y la segunda se instaló en Córdoba alrededor de 1940. Ambas tienen carácter nacional y gozan de plena autonomía jurídica, aunque son desofidas por el Poder Ejecutivo en sus expresiones de opinión en los órdenes institucionales y científicos.

El desatender a entidades con prestigiosidad en lo “político-intelectual” es un signo que tiende al desentendimiento con la necesaria fortaleza intelectual que vale para coadyuvar a la clase dirigente en los menesteres del cumplimiento de los deberes y necesidades a cumplir por los funcionarios de todos los poderes del Estado.

Y cuando no se llevan a cabo esos recaudos, acontecen las críticas conocidas por la opinión pública y la sociedad, tales como la “politiquería”, las “politicidades”, el “politiquees”, el “politizar”, inculcándose en el ambiente la imagen de “politicastro” como figura inhábil y que actúa con fines y medios

turbios acaso mal intencionadamente. Queda al fin la imagen del “rastrero”, que va por el aire pero casi tocando el suelo: bajo, vil y despreciable (*sic*).

¡Es necesario erradicar esos vicios fatales!

VIII. La historia —que es dinámica— es aleccionadora y es así como en algunas máximas que provienen de la antigüedad, sentenciaron tajantes definiciones como en el caso de la tan remota expresión latina del *summum ius, summa crux* equivalente a “suprema justicia, suprema cruz”. Eran tiempos de suma gravedad expresiva y dogmática que valían tanto para convencer como para asustar.

O también la más conocida, con pretensiones que depara incondicionalmente cierta y necesariamente validez, la apodíctica afirmación del criterio de “*summum ius, summa iniuria*”, sentencia esta que llevada a sus máximos extremos puede resultar de la increíblemente mayor injusticia que ya (Cicerón así lo advertía).

Pero los siglos fueron pasando y el derecho evolucionando y siendo publicada en 1872 la obra “La lucha por el derecho” de Rudolf Von Ihering, que impresionó no solo por el nombre, sino también por la riqueza y la fortaleza de sus contenidos y, en especial, por su certera y firmísima admiración en el sentido de que un derecho que no se realiza no es un derecho: es una mera declaración.

De allí aprendí que debe tener enérgico curso el derecho a la autorrealización del derecho propiamente tal, como un deber indeclinable en la defensa de la justicia.

La frase completa de Ihering dice que “*el verdadero valor del derecho descansa en la posibilidad de su realización práctica*”. La función del derecho en general es la de realizarse; “*la que no es realizable nunca podrá ser derecho*”. Introducida por la Corte Suprema Argentina en el caso *Pérez de Smith* (fallo 300:1282) en el año 1977 con firmas de A. Gabrielli, A. Rossi, P. Frías, E. Daireaux y E. Guastavino, se trataba de la enfática insistencia del tribunal en recordar a la magistratura que: “su misión de supremo custodio de las garantías constitucionales impone a la Corte Suprema, como deber inexcusable, asegurar que todo individuo pueda hacer uso del derecho de apelar ante ella cuando estime conculcados los derechos que la constitución reconoce” (ídem Fallo 297: 338 del mismo año).

Pero retomemos los aportes del gran sabio alemán que también basta, en el decir de Von Ihering, que a la postre, “el interés es toda la medida de las acciones”: esta fue una elusión (limpieza), más que una lucubración de su inspiración, tanto en la filosofía del derecho como en la sociología jurídica nacida de su profundo apego al sistema continental europeo en el siglo XIX (1818-1892, en Alemania). Paulatinamente se alejaba del idealismo espiritualista y de la tradición dogmática orientándose hacia cierto finalismo, muy distante.

Por último digamos que en Estados Sociales reinantes *a posteriori* de la 2da Guerra Mundial se han ampliado muchos “principios” que hoy rigen. ¡Eso es principisimo!; pero no lo es en los regímenes autoritarios que aún perduran y que parecen confundir la “ética” y la “moral” con el denominado “neopopulismo” o con reminiscencias de totalitarismo.

Guardo alguna reserva al respecto, como que asoma ser algo así muy difuso, interminable y excéntrico lo que tiene un sentido diferente del constitucionalismo; como que gira alrededor de un punto que es dirigido a convertirse en una disfunción ideológica de reversión en los valores.

IX. Y en cuanto a la justicia, qué mejor inspiración que la que animó a la Corte Suprema de la Nación al cabo de su instalación, cuando al pronunciarse en el caso “Fisco Nacional versus Manuel Ocampo” (año 1862), se manifestó diciendo que “es el tribunal de último resorte para todos los asuntos contenciosos en que se le ha dado jurisdicción, como pertenecientes al Poder Judicial de la Nación, en donde sus decisiones son finales y *ningún tribunal nacional las puede revocar*, de modo que en la esfera de sus atribuciones *representa la soberanía nacional*, y es tan independiente en su ejercicio como el Poder Legislativo en su potestad de legislar y el Poder Ejecutivo en el desempeño de sus funciones” (Fallos tomo 12:134).

Como lo he señalado en su momento, en la suma es al mismo tiempo “tribunal” y “poder del estado” (*sic*) la Corte Suprema Nacional.

Claro está que cuando la Corte Suprema recibe planteos inusitadamente comprometedores, ya sea por su incompletitud, su inutilidad o por ser ajenos a la competencia jurisdiccional pertinente; es que en esas hipótesis la Corte Suprema opta por desestimar al planteo inapropiado y hasta llega a expresar que esa cuestión es “baladí”, o sea, de intrascendencia o de poca importancia (Ymaz *dixit* en la Corte).

Pero el problema de fondo es otro, proveniente del disenso que se traduce en los enfrentamientos: de la “partidocracia” con la “judicatura”, que se malquistan a veces como si fueran malquerientes de mala voluntad entre un Poder y el otro u otros, indisponiéndose hasta llegar a enfrentamientos que son incompatibles con la división de poderes en un Estado Constitucional de Derecho, en que cada institución cumple sus roles funcionales según las potestades que le corresponden a cada una.

Por lo tanto y en consecuencia esa dificultad sobreviene de tanto en tanto y se debe dirimir a tiempo, pues de proseguir así causa mucho daño a la actuación de las instituciones de la República, lo que sería el “desquicio” a la vista. Es imprescindible que los enfrentamientos cesen para que se vuelva al “quicio”...

La independencia judicial requiere hoy una profundidad mayor a partir del debilitamiento de las notas esenciales del “Estado de Derecho”. Como bien dijo Miguel de Unamuno: “*en un país donde no hubiera justicia, sería peligroso tener razón*”. La Justicia debe ser independiente no solo de los otros poderes del gobierno, sino también de los Partidos Políticos y de los grupos de intereses. No se trata de una cuestión de mero realce entre unos y otros, sino que está en juego el equilibrio entre los poderes como condición para el ejercicio de sus correspondientes funciones.

En los regímenes autoritarios se manifiesta la tendencia (y la tentación) de tratar de “hacer justicia por vía plebiscitaria”, por pronunciamientos formales e informales del pueblo con el reemplazo de los magistrados es una proclividad riesgosa pues se puede llegar a resultados irracionales. Es por ello que en la composición del “Consejo de la Magistratura” (art. 114) el “equilibrio” en la representación de sus estamentos debería ser corregido en la Ley vigente, ya que el predominio político desempareja (*sic*) a los demás sectores, o sea, a los jueces, a los abogados y a los académicos.

X. *Justicia: La formación y las desvirtuaciones*

Un entramado es un conjunto de ideas, de sentimientos y de opiniones. Entremeses que alcanzan al escándalo de la reunión legislativa, a la composición de los “magistra-

dos” y a las facultades genuinas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Pero también se presta a servir al armado de dependencias o cuestiones de riña y de discusión política.

Las continuidades son fundamentales y sus vivencias pueden contribuir tanto al éxito, al fracaso o a la postergación de los actos a concretar en las instituciones. La polémica en torno a las “magistraturas” es una disputa sin fin y que se conjuga con el afán “crisinista-oficialista” contra la Corte Suprema de Justicia de la Nación (*sic*). En consecuencia, montada en un fallo judicial cuestionado, la que presidió la Cámara de Diputados “bajó las designaciones” de los

cuatro Diputados a la Magistratura y, además la oposición de Juntos por el Cambio “estalló”. ¿Y los escándalos jurídicos? En conclusión, puede creerse lo siguiente: ¡Que todo ha sido lamentable en esa jornada legislativa!

Y me despido con un pensamiento de Jorge Luis Borges, al afirmar que “el populismo adolece de penuria imaginativa, de gigantismo de crasa inverosimilitud...” Agregamos que la necesidad exige el perfeccionamiento del Derecho para su aplicación con justicia: para ello está la juridicidad como cualidad, tendencia y criterio favorable al predominio de las soluciones de estricto derecho en los temas políticos y sociales, en que por el ca-

mino del saber y la experiencia cabe arribar a la solución de los grandes problemas. En mi opinión los gobernantes han mostrado hace rato una concepción de la justicia que está fuera del orden constitucional argentino.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/411/2023

Más información

Soria, Daniel Fernando, “El ‘iura novit curia’ y la descalificación judicial de oficio de las normas. A propósito de algunos pronunciamientos de la corte suprema”, LA LEY 15/02/2023, 1, TR LALEY AR/DOC/277/2023

Rodríguez, Carlos Aníbal, “Los bienes culturales e históricos en una visión actualizada de la jurisprudencia de la corte suprema de justicia de la nación”, RDAMB 72, 60, TR LALEY AR/DOC/2779/2022

Libro recomendado

Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada

Autora: María Angélica Gelli

Edición: 6ª actualizada y ampliada, 2022

Editorial: La Ley, Buenos Aires

Columna de opinión continuación

El deber de información y su interrelación con el art. 645 del Código Civil y Comercial

Martín Rotondo

I. Introducción

En el ámbito familiar las pautas legales, tanto sustanciales como procesales, tienen otras particularidades ya que procuran dejar de lado el esquema adversarial clásico y ponen el acento en una diferente forma de litigio (1).

Lo planteado es un tema de profunda actualidad y que tiene incumbencia en las desavenencias que dan lugar a los distintos expedientes en el fuero de familia. Particularmente cuando se deben resolver conflictos derivados de la responsabilidad parental, en donde progenitores no logran ponerse de acuerdo en los distintos aspectos del desarrollo de la persona menor de edad, que se encuentra bajo sus cuidados personales.

El presente trabajo pretende abordar situaciones cotidianas de conflicto y determinar las herramientas necesarias o formas de abordar la problemática correctamente.

En función de ello expondremos los supuestos que nos conducen al artículo 645 del Código Civil y Comercial, que conocemos como aquellos actos que requieren el consentimiento de ambos progenitores para poder ser conducentes.

Del mismo modo existen supuestos no incluidos en la normativa antes aludida, que hacen pensar en una posible inclusión en el artículo en cuestión, conforme a la relevancia que poseen en la vida y desarrollo del niño, niña o adolescente.

II. Carácter taxativo del artículo 645 del Código Civil y Comercial

Entre los actos que requieren el consentimiento de ambos progenitores encontramos circunstancias fácticas que resultan de cuantiosa relevancia en la vida y desarrollo del niño, niña o adolescente, por lo cual se justificaría tal requisito por parte de ambos progenitores, exigido por la legislación vigente. En este sentido se describe en el artículo 645 del Código Civil y Comercial:

a) autorizar a los hijos adolescentes entre dieciséis y dieciocho años para contraer matrimonio;

b) autorizarlo para ingresar a comunidades religiosas, fuerzas armadas o de seguridad;

c) autorizarlo para salir de la República o para el cambio de residencia permanente en el extranjero;

d) autorizarlo para estar en juicio, en los supuestos en que no puede actuar por sí;

e) administrar los bienes de los hijos, excepto que se haya delegado la administración de conformidad con lo previsto en este Capítulo.

La normativa aplicable alude solo a esos supuestos, sin posibilidad de aplicarlo a otros que no sean de la enumeración taxativa antes referida. Por lo cual, existiendo ambos progenitores y que, a su vez, tengan la responsabilidad parental del hijo o hija que no alcanzó la mayoría de edad, esta normativa no resulta aplicable por más relevancia que posea el acto que se pretenda realizar, si no se encontrara descrito en el artículo citado.

El inciso a) al que hacíamos mención anteriormente tiene su importancia en función al desarrollo del niño, niña o adolescente que pretenda contraer matrimonio, por un lado, por el cambio que produce la institución del matrimonio en la persona y, por otro lado, porque extinguirá la titularidad de la responsabilidad parental (conforme arts. 27, 644 y 699 del Cód. Civ. y Com.).

Sabemos de todos modos que para posibilitar el matrimonio de una persona menor de edad, se deberá contar con la autorización de los progenitores; y si se requiriese una dispensa judicial, quien ejerza la magistratura los citará para una entrevista (art. 404 del Cód. Civ. y Com.). Recordemos que si la niña, niño o adolescente no alcanzó los 16 años de edad para poder contraer matrimonio, deberá requerir indefectiblemente la dispensa judicial; y si cumplió los 16 años de edad, bastará solamente la autorización de sus representantes,

aunque si esta última no se otorgara, se podrá viabilizar la dispensa judicial ante los tribunales del fuero de familia.

Por su parte, el inciso b) tiene su relevancia en tanto ello implica cierto desprendimiento del ejercicio de la responsabilidad parental con que cuentan los progenitores, siendo que muy probablemente ello derive en una mudanza de la persona menor de edad y, consecuentemente, una deficiente observación y vigilancia por parte de los progenitores respecto de los actos que realice cotidianamente.

En forma habitual se suele ver en los expedientes de familia autorizaciones para viajar al exterior o radicarse allí, como surge del inciso c). Lo cual tiene una gran implicancia por los fundamentos que hemos desarrollado en los párrafos anteriores. Que la persona menor de edad se radique en otro país o pretenda realizar un viaje al exterior resulta de gran importancia para su desarrollo y no puede estar sujeta a la libre voluntad de uno de los progenitores, cuando son ambos los que tienen la responsabilidad parental.

La autorización de egreso del país puede ser realizada ante escribano público o en sede judicial —para la hipótesis de desacuerdo de los padres o imposibilidad de prestar el consentimiento—, con posibilidad de acudir a los juzgados de familia con el fin de obtener una sentencia que autorice la salida del menor de edad al extranjero, siendo improcedente el otorgamiento del consentimiento de uno de los progenitores al otro, siendo la judicatura quien resolverá conforme a la prueba y circunstancias propias de la familia, el egreso o no egreso del menor de edad, conforme el interés familiar (2).

En la actualidad se suele observar oposiciones a tales actos en virtud de la pandemia que produjo el COVID-19, haciendo hincapié en la preservación de la salud y los riesgos que ello podría ocasionar. A lo cual se ha dicho en nuestra jurisprudencia que las nuevas medidas de cuidado en el traslado de pasajeros permiten contar con una seguridad que en tiempos anteriores no existía. Prueba de ello es la mayor flexibilización para los viajes internacionales. Incluso es de público conocimiento que la utilización del barbijo durante varias horas y la realización de varios PCR no afectan la salud de los pasajeros, sino que ayudan a la protección contra el virus y, por consiguiente, a los traslados de la forma más segura (3).

También se exige el consentimiento de ambos progenitores para el caso de que

la persona menor de edad tenga que estar en juicio, siempre y cuando no sea uno de los supuestos en que pueda actuar por sí. Y es en este punto donde se deben evaluar distintos supuestos, en tanto son diversas las soluciones a las que podrá arribarse, dependiendo de la edad, la capacidad progresiva, el tipo de juicio que se pretenda, entre otras.

El artículo 677 del Código Civil y Comercial nos refiere que los progenitores pueden estar en juicio por su hijo como actores o demandados. Aunque se debe presumir que el hijo que haya alcanzado los 13 años cuenta con suficiente autonomía para intervenir en un proceso juntamente con los progenitores, o de manera autónoma con asistencia letrada; ello en función de la capacidad progresiva que mencionábamos en el párrafo precedente y su correlación con el art. 27 de la ley 26.061 de niñez y adolescencia (4).

Ahora bien, existen situaciones que pueden dar lugar a la sola presentación de la niña, niño o adolescente sin requerir la autorización de sus progenitores; el ejemplo claro que identificamos es el de la persona menor de edad que ha obtenido título habilitante para el ejercicio de una profesión y puede estar en juicio civil o penal por cuestiones vinculadas a ella (conforme art. 30 del Cód. Civ. y Com.).

Asimismo, si bien está la posibilidad de que los progenitores se opongan a la intervención del niño, niña o adolescente a que se presenten en un juicio, también a estos últimos se les permite requerir la autorización para estar en juicio por la vía judicial (art. 818 y ss. del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Prov. de Bs. As.; y art. 780 y ss. del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

Por último, está la administración de los bienes de la persona menor de edad como circunstancia fáctica que requiere el consentimiento de ambos progenitores; aunque en este aspecto se deben hacer ciertos reparos, en tanto existen bienes que la persona menor de edad podrá administrar por sí sola, sin intervención alguna de sus representantes, como es el caso de aquellos bienes que adquiera producto de su profesión (art. 30 del Cód. Civ. y Com.); del mismo modo, sucesión de por medio, el niño, niña, o adolescente podrá administrar los bienes heredados por indignidad de sus progenitores, o aquellos adquiridos por herencia, legado o donación, cuando el donante o testador haya excluido expresamente la administración de los progenitores (art. 686 del Cód. Civ. y Com.).

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) KEMELMAJER de CARLUCCI, Aida – HERRERA, Marisa – LLOVERAS, Nora, “Tratado de Derecho de Familia”, Rubinzal-Culzoni, t. IV, p. 426.

(2) *Ibidem*, t. IV, ps. 76-77.

(3) CNCiv., sala de feria, “W M, C S c / Z F, A F s / Régimen de comunicación- Expte. 78674/2018”, 12/01/2022, TR LALEY AR/JUR/88/2022.

(4) “Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, ... los siguientes derechos y garantías: ... A ser asistido por un letrado preferente-

mente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine”.

Habiendo hecho referencia a los supuestos determinados por el Código Civil y Comercial en su art. 645, podemos decir que también existen casos que, por su relevancia, podrían o no estar incorporados en dicha normativa, por lo cual nos planteamos el interrogante y procedemos a realizar un análisis minucioso en el título siguiente.

III. Situaciones fácticas en conflicto y el derecho-deber de información

Conforme lo explicado en los párrafos precedentes, observamos situaciones que suelen traer conflictos entre los progenitores y su consecuente acción judicial para resolver el entuerto. Entre ellos surge la posibilidad que tiene un progenitor de decidir sin el consentimiento del otro cambiar al niño, niña o adolescente de institución educativa o la modificación de su centro de vida por medio de una mudanza a otra provincia, o a alguna ciudad lejana que pueda cambiar toda la dinámica familiar, incluyendo el régimen comunicacional habido.

Si bien la mudanza de los hijos dentro del país no se encuentra expresamente incluida dentro de los actos que requieren el consentimiento de ambos progenitores (art. 645, Cód. Civ. y Com.), la oposición formal de uno de ellos abre camino a una decisión judicial al respecto, la que deberá estar ajustada al interés superior del Niño, Niña o Adolescente, protección especial contenida en los tratados internacionales vigentes en la materia de los que se ha hecho eco el Cód. Civ. y Com. en sus arts. 113 inc. "c", 639 inc. "a" y 706 inc. "c" (5).

Cuando se produce la ruptura de la convivencia en la pareja matrimonial o convivencial, con dosis de disfuncionalidad, diversas cuestiones que antes hubieran sido resueltas dentro de la familia mediante el diálogo y negociación, se trasladan al campo de la disputa judicial. Ello se agudiza cuando los progenitores tienen concepciones diferentes en materia de educación y formación religiosa, pues harán proselitismo para imponer al niño sus propias convicciones (6).

Resulta difícil pensar que tales supuestos (cambio de institución educativa o de domicilio) no tienen la importancia suficiente para requerir el consentimiento del otro progenitor, ya que se afecta sobremedida el interés familiar antes expresado y en donde pueden verse involucrados grandes cambios culturales, religiosos, sociales y económicos. Por ejemplo, y en el hipotético caso de un cambio de institución educativa a una con una religión distinta a la que profesaba la niña, niño o adolescente, estamos ante modificaciones notables en el crecimiento de la persona menor de edad, como así también en el supuesto de un cambio de domicilio a otra provincia, en donde los aspectos sociales son claramente trastocados e influyen en la esencia de la relación materno-paterno-filial.

Sin perjuicio de ello, destacamos que en el derecho de las familias existe una multiplicidad de circunstancias fácticas que impiden determinar a ciencia cierta la necesidad o no, el beneficio o perjuicio, que pueda provocar la incorporación de tales supuestos en el art. 645 del Cód. Civ. y Com.

Es dable destacar que del ejercicio de la responsabilidad parental surgen deberes-derechos que juegan un papel importante en el análisis de la temática planteada, y entre los cuales encontramos el derecho-deber de informar al otro progenitor; es así que el Código Civil y Comercial en su artículo 654 nos indica: "Cada progenitor debe informar al otro sobre cuestiones de educación, salud y otras relativas a la persona y bienes del hijo".

En este lineamiento, debemos decir que los progenitores tienen la obligación de transmitir y comunicar al otro, todo lo atinente a la vida en relación de la niña, niño o adolescente; incrementándose dicha obligación con relación a la importancia de aquello que deba informarse.

Si aquello que deba ser notificado requiere una planificación (por ejemplo: cambio de institución educativa, cambio de domicilio, entre otras), dicha obligación se debe dar con carácter previo y con la antelación suficiente para la toma de conocimiento del otro progenitor, para el caso de no estar de

acuerdo, tenga la posibilidad de oponerse, estudiar alternativas, proponer otras opciones, e identificar aquello que sea en el mayor interés de la niña, niño o adolescente.

Asimismo, debe ser comunicado al otro progenitor por un medio fehaciente que garantice su anoticiamiento.

Es claro que, en los supuestos mencionados en párrafos anteriores no se cumple dicho derecho-deber de informar si se lo hace con posterioridad al acto en cuestión, es decir, que se anoticie al otro progenitor luego de producido el cambio de domicilio o de institución educativa. Ello, probablemente, sea contraproducente, acreciente la conflictividad familiar, provoque cierta complejidad en la confección de futuros acuerdos afables y derive en extensas batallas judiciales en las que se encuentren en juego los derechos y garantías de la persona menor de edad, que es lo que se pretende proteger.

Se ha remarcado en nuestra jurisprudencia que el peso de la decisión que el niño asuma, a raíz de que los adultos no logran ponerse de acuerdo, pero depositan en él la solución del conflicto, será una carga que llevará siempre consigo, trasladada por sus progenitores, quienes no han tenido presente el interés superior del niño al colocarlo en semejante situación jurídica y familiar (7).

El objetivo que debe tenerse en mira es la desjudicialización, el acuerdo entre las partes y evitar que se cosifique al niño o niña usándole como botín de guerra en los expedientes judiciales, garantizando sus derechos y principios constitucionales fundamentales. Por lo cual, entendemos que al deber de información se le debe adjudicar suma importancia en pos de orientarnos en la dirección adecuada.

IV. Conclusión

Con tinte de epílogo, debemos decir que no es una cuestión sencilla resolver los aspectos privados de la responsabilidad parental desde la óptica del Poder Judicial, ya que son los progenitores quienes conocen minuciosamente la realidad familiar y se

encuentran en mejor posición para acordar cuál resulta ser el mayor interés del niño o niña.

Sabido es que para resolver los conflictos analizados en el presente trabajo, deben conjugarse principios que hacen al Derecho de las Familias, como son el Interés Superior de la Niñez y el Interés Familiar. Entendido el primero como una protección especial, cuya tutela debe prevalecer como factor primordial de toda relación judicial, de modo que, ante cualquier conflicto de intereses de igual rango, el interés moral y material de los niños debe tener prioridad sobre cualquier otra circunstancia que pueda presentarse en cada caso concreto (8). El segundo, puede definirse como la mayor y más completa defensa o salvaguarda que pueda englobar a todos los individuos que integran una determinada familia entendida en su conjunto.

En un comentario a un fallo en el cual se debatía un cambio de la institución educativa de un niño, Arianna refiere que tanto el juez de primera instancia, los integrantes del tribunal de alzada como el Defensor de Menores e Incapaces se encargaron de señalar la difícil tarea que supone sustituir la voluntad de los padres en una cuestión tan íntima como es la educación religiosa de los hijos. Que el Estado, a través del Poder Judicial, decida a qué colegio deba ir el hijo debe ser excepcional y una vez agotadas la instancia de autocomposición de intereses (9).

En razón de lo esbozado en los párrafos precedentes, sostenemos que si bien existen supuestos de importante relevancia en la que deben participar ambos progenitores, sin ser ello incluido en el art. 645 del Cód. Civ. y Com., debe darse cabal consideración al deber de información, de conformidad con las pautas establecidas en el trabajo en análisis; ello es, anotar al otro progenitor por un medio fehaciente y con antelación suficiente para consensuar en forma privada y razonadamente el mayor interés que debe primar en la niña, niño o adolescente involucrado en la decisión.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/409/2023

(5) C2aCiv. y Com. La Plata, sala II: "S., M. c. M., J. G. s/ Cuidado personal de hijos", 23/09/2021, TR LALEY AR/JUR/170412/2021

(6) ARIANNA, Carlos A., "Cuando el Estado debe in-

tervenir en la familia: a propósito de la educación religiosa de los hijos", TR LALEY AR/DOC/2039/2019

(7) JFamilia, Oberá, "G. A. M. c. D. C. E. s/ incidente", 14/05/2020, RDF 2021-VI, 175, TR LALEY AR/

JUR/81955/2020

(8) CS, "S., M. A. s/ art. 19 de la CIDN", 27/11/2018, LA LEY 31/01/2019, 3, TR LALEY AR/JUR/63273/2018

(9) ARIANNA, Carlos A., "Cuando el Estado debe in-

tervenir en la familia: a propósito de la educación religiosa de los hijos", TR LALEY AR/DOC/2039/2019

Nota a fallo

Teletrabajo

Accidente ocurrido en el domicilio del trabajador en horario laboral.

En el caso ocurrió un accidente con ocasión del trabajo, en tanto aquel tuvo lugar en horario de trabajo y dentro del espacio físico configurado en el contrato como su domicilio particular. La actividad que dio lugar al accidente no parece ajena a la que se considera como una actividad normal en la vida laboral; beber agua en el lugar que se supone tiene un acceso más fácil —cocina—.

TSJusticia de Madrid (Sala de lo Social), 11/11/2022. - Sentencia 980-2022 - Rec 526-2022 c.

[Cita on line: TR LALEY ES/JUR/7/2022]

Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 1ª, Sentencia 980/2022 de 11 Nov. 2022, Rec. 526/2022

Ponente: Asenjo Pinilla, José Luis. N° de Sentencia: 980/2022

N° de Recurso: 526/2022 Jurisdicción: Social

Ilmos. Sres.

D. Ignacio Moreno González-Aller

D. José Luis Asenjo Pinilla

D. Emilio Palomo Balda

En la Villa de Madrid, a 11 de noviembre de 2022, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1978 (LA LEY 2500/1978),

En nombre de S.M. el Rey

Y por la autoridad que le confiere el Pueblo Español

ha dictado la siguiente

Sentencia

En el recurso de suplicación número 526/2022, interpuesto por D. Avelino, contra la sentencia de 15 de diciembre de 2021, dictada por el Juzgado de lo Social número 4 de los de Madrid, en sus autos número 529/2021, seguidos a instancia de la citada parte recurrente frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social y el Canal de Isabel II SA, sobre Determinación de contingencia, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. José Luis Asenjo Pinilla, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

Antecedentes de hecho

Primero: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa cele-

bración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

Segundo: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

"Primero.- El actor, Avelino, ha venido prestando sus servicios retribuidos por cuenta de Canal de Isabel II como titulado superior en el área de cobro, subdirección de servicios comerciales de la dirección comercial con jornada continuada de lunes a viernes y horario flexible de 8 a 15.30 horas, con un margen de entrada y salida de 30 minutos, y obligación de permanencia en su puesto de 8:30 a 14.30 horas (f. 176 a 181, 204).

El accidente del dependiente en el contexto de teletrabajo

Una definición del Tribunal Superior de Justicia de Madrid



Juan Facundo Temperoni

Abogado. Relator Letrado de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Profesor universitario de Derecho del Trabajo. Publicista.

SUMARIO: I. Introducción.— II. La sentencia en análisis.— III. Crítica a la sentencia en estudio.— IV. Conclusiones en relación con nuestro sistema normativo. Breves reflexiones finales.

I. Introducción

Toca en esta ocasión comentar una sentencia dictada por un órgano jurisdiccional extranjero, con toda la curiosidad que genera la mirada hacia otros sistemas de derecho y, concretamente, los actuales criterios que al respecto brindan los tribunales situados en diferentes latitudes.

Ciertamente, en lo que atañe al teletrabajo en España, hemos tenido oportunidad de referirnos al efectuar un análisis comparativo entre el ordenamiento jurídico ibérico y el nuestro (1). En aquel entonces, remarcábamos que tanto la Argentina por medio de la ley 27.555 llamada “Régimen legal del contrato de Teletrabajo” (publicada en su Boletín Oficial el día 14/08/2020) y su reglamentación por el decreto 27/2021 (publicado en su Boletín Oficial el día 20/01/2021) como España por conducto del Real Decreto-ley 28/2020 (publicado en su Boletín Oficial el día 23/09/2020) y su posterior recepción parlamentaria —sin cambios estructurales— por la Ley 10/2021 “de trabajo a distancia” (pub. B.O.E. de 9/07/2021), lograron regular el teletrabajo.

En el caso español, se lo legisló en el marco de la noción de *trabajo a distancia* ya contemplada —en diferentes términos— en el art. 13.1 de La Ley del Estatuto de los Trabajadores (texto según publicación del 24/10/2015) (2), pero ahora, bajo una concreta y específica definición, así, luego de prescribir que este último constituye la “...forma de organización del trabajo o de realización de la actividad laboral conforme a la cual esta se presta en el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar elegido por esta, durante toda su jornada o parte de ella, con carácter regular...” (art. 2, inc. a, Ley 10/2021), indica que el teletrabajo se trata de “... aquel trabajo a distancia que se lleva a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación...” (art. 2, inc. b, Ley 10/2021).

Adentrándonos un poco en la temática que nos convoca, podrá comprenderse que tal modo de organizar el trabajo, esencialmente, desde que se presta fuera de los linderos geográficos de la empresa y generalmente en el domicilio del dependiente, ha de plantear evidentes dificultades a la hora de ponderar la configuración de un accidente pasible de ser calificado como laboral. En torno a esta cuestión gira el pronunciamiento que aquí hemos seleccionado.

II. La sentencia en análisis

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección nº 1 de lo Social), en la sentencia nº 980/2022 del día 11 de noviembre del 2022, revocó el pronunciamiento impugnado y juzgó que en el caso la incapacidad

denunciada por el trabajador derivaba de la *contingencia de accidente de trabajo*.

A tenor de lo que surge de la descripción que allí realizó, en lo cardinal, ocupa mención que en la sentencia recurrida, proveniente del Juzgado de lo Social nº 4 de Madrid, se había considerado probado que el día del infortunio el actor estaba teletrabajando en su domicilio y que “...sobre las 9.15 horas se dirige a la cocina y coge una botella de agua, que se le resbala y al caerse le ocasiona lesiones en la mano izquierda...” Con esa base fáctica, el mentado Juzgado desestimó la demanda entablada por el trabajador, ello, al entender que no se estaba en presencia de un accidente de trabajo, pues no había acontecido en ocasión del trabajo, ya que el actor no se encontraba ejecutando tarea profesional alguna, ni tampoco se hallaba en su lugar de trabajo que se limitaba al espacio habilitado para prestar sus servicios; no siendo aplicable la presunción de laboralidad.

Como se adelantó, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid invalidó el mencionado fallo.

Para decidir de ese modo, sin dejar de ponderar que el accidente se produjo en el domicilio del trabajador —lugar de trabajo designado en el contrato que hubo de celebrarse tiempo antes— y durante su horario laboral, se apoyó en jurisprudencia del Tribunal Supremo de España (3) en la cual se califica de accidente de trabajo al sufrido por la persona que trabaja durante el disfrute de la pausa de descanso diario, cuando sale del centro de trabajo a tal efecto, en tanto —dijo— hubo de señalarse que “...evidencian la existencia de un enlace directo y necesario entre la situación en la que se encontraba la trabajadora cuando se produjo la caída y el tiempo y el lugar de trabajo, y si bien permite aplicar la presunción del art. 156.3 LGSS [...] acreditada su producción con ‘ocasión’ de su trabajo, que es la condición sin la cual no se hubiera producido el evento, el nexo de causalidad nunca se ha roto, porque la pausa era necesaria, y la utilización de la misma por la trabajadora se produjo con criterios de total normalidad...” También invocó un precedente de aquel mismo Tribunal (4) en el cual se sostuvo que ese “período de descanso” debe disfrutarse necesariamente en algún momento intermedio de la jornada, como corresponde a su naturaleza de interrupción de la actividad con la finalidad de recuperarse de la fatiga y reanudarla en mejores condiciones físicas.

Bajo tales lineamientos, afirmó que en el caso se estaba ante un accidente de trabajo.

Precisó que el art. 156.1 de la Ley General de la Seguridad Social contempla dos posibilidades que habilitan a calificar al accidente de ese modo: de “manera estricta” —por consecuencia—, o bien “en forma más am-

plia o relajada” —con ocasión—, y que en esta segunda, ya no se exige que el trabajo sea la causa determinante del accidente, sino que es suficiente la existencia de una causalidad indirecta, alternativa que —juzgó— debía tomarse como referencia en el supuesto examinado.

Dijo además, que la resolución de la instancia hizo una interpretación “un tanto mecanicista y estricta” de lo que había de entenderse como lugar de trabajo, que se constituía básicamente —siempre en la lógica de la sentencia impugnada— por una mesa, una silla y un ordenador en el domicilio particular, quedando despojado de laboralidad todo lo que sea separarse de aquello.

Sostuvo que el accionar del trabajador también podría darse en el “domicilio” de la empresa, cuando se deja temporalmente el puesto y se sufre una caída, por ejemplo dirigiéndose a los sanitarios, actividades normales en la vida laboral.

Por otro lado, indicó que art. 13.1, del Estatuto de los Trabajadores —en vigor en el momento que se produjo el evento— remite al “domicilio del trabajador”, o sea establece un concepto más integral y onmicomprensivo como referencia laboral.

Con todo, juzgó que la actividad que dio lugar al accidente no lucía ajena a una normal en la vida laboral; entonces, no era una actuación extraña.

Agregó, que el acuerdo individual firmado en su momento para el trabajo a distancia se estableció que “El teletrabajo se realizará como si estuviera en el centro de trabajo” y que tampoco suponía “supone variación en las condiciones laborales” de las que disfrutaba. Asimismo, indicó que en la “autoevaluación de las condiciones preventivas” que contenía el convenio, se hizo referencia a la cocina de la vivienda y de las instalaciones de gas en diversas variedades, en cuanto a la necesidad de que estén en buen estado. Reafirmó así, que el sitio de trabajo no era, pues, *un compartimiento estanco y aislado de todo lo que le rodea*.

III. Crítica a la sentencia en estudio

Las motivaciones del pronunciamiento emitido por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid se erigen sobre una sólida estructura. La definición a la que arribó se informa y se condice plenamente con las pautas rectoras de la legislación aplicable según el sustrato fáctico del caso.

En cuanto a esto último, los concretos hechos que se tuvieron por acreditados evidencian la corrección de la solución plasmada en el fallo. Como se ha dicho en referencia a este tipo de sucesos: son las circunstancias fácticas donde se produce el accidente las que determinan su calificación como acci-

dente de trabajo; no se está ante un tiempo que pueda ser ajeno o completamente externo a la relación laboral (5).

Sin dejar de enfatizar en que el infortunio acaeció en el lugar designado para realizar el teletrabajo y durante el horario laboral, a pesar de ser un dato obvio, no puede soslayarse que en su producción —en el acaecimiento del suceso— el trabajador se proponía llevar a cabo un acto por demás vital —claro, la ingesta de agua— y —de suyo— palmariamente unido al bienestar de la persona y a la reposición de fuerzas. Con ello, intentamos a su vez poner de relieve que el supuesto examinado conduce a descartar toda actividad ajena al trabajo o que incluso fuese *ab initio* riesgosa por sí misma y marcarse un proceder negligente del dependiente y vedado en su empleo. Tal como acontece en el ámbito de la empresa —y ese paralelo fue trazado en la sentencia—, el dependiente —aún en su domicilio particular—, en tanto no era otro el destino laboral— se encontraba en una normal y lógica pausa, desde ya necesaria, y en ocasión de desplegar sus labores.

Por lo demás, coincidimos con lo objetado en el pronunciamiento en el sentido de que un razonamiento que confine a la persona que presta el trabajo a *sellar* virtualmente su campo de acción a una silla y a su escritorio, so pena de alejarse del elemento laboral ante una hipótesis como la verificada, colisiona con el propio concepto legal de accidente de trabajo y, peor aún, con la finalidad tuitiva enlazada a la salud del dependiente.

Ya en el plano estricto del derecho, los fundamentos de la resolución judicial muestran una amalgama sin fisuras entre la jurisprudencia de la sala especializada del más alto órgano de justicia español y —sustancialmente— el art. 156 de la Ley General de la Seguridad Social (conf. Real Decreto Legislativo 8/2015, publicado en B.O.E. de 31/10/2015).

Es que sin perjuicio de las dificultades que traen aparejadas este tipo de controversias, en las que el infortunio pretendidamente laboral acontece en el mismo espacio físico que constituye el hogar del trabajador —desdibujándose con lo doméstico las fronteras tradicionales que generalmente se reflejan en el establecimiento empresarial—, puede advertirse, sin embargo, que no se constata en el anterior texto del art. 13 del Estatuto de los Trabajadores (norma que el Tribunal destacó como vigente a la fecha en que se produjo la contingencia) ni en la nueva Ley 10/2021 “de trabajo a distancia” una especial definición de accidente de trabajo en dicho contexto. Esto es: aunque necesario a tenor de las singularidades que rodean a esta especial forma de organizar las labores que representa el teletrabajo, la legislación española no se ha

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Ver TEMPERONI, Juan F., “Concordancias estructurales y otros aspectos relevantes de la regulación del teletrabajo en Argentina y España”, LABOS *Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Universidad Carlos III de Madrid, Vol. 2 Núm. 3 (2021). Disponible en: <https://doi.org/10.20318/labos.2021.6486>

(2) Decía esta norma: “Tendrá la consideración de trabajo a distancia aquel en que la prestación de la actividad laboral se realice de manera preponderante en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por este, de modo alternativo a su desarrollo presencial en el

centro de trabajo de la empresa.”

(3) Indicó: sentencia de 20/04/2021, rec. 4466/2018

que —a su vez— hace referencia a la dictada el 13/10/2020, rec. 2648/2018

(4) Res. de 16/07/2020, rec. 1072/2018.

(5) MONEREO PÉREZ, José L., “Determinación de

contingencia: La eterna controversia jurídica accidente de trabajo versus accidente común y la teoría de la “ocasionalidad relevante”, *Revista de Jurisprudencia Laboral* nº 5/2021. Disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2021-0000001285

encargado de otorgar mayores lineamientos en la cuestión.

Con ese panorama el Tribunal de Madrid construyó su sentencia acudiendo a la doctrina judicial elaborada por el supremo órgano de justicia español acerca del mentado art. 156 de la Ley General de la Seguridad Social, disposición que con vocación de generalidad o universalidad prescribe —en lo pertinente— que se entiende por accidente de trabajo “...toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena...” (inc. 1), y que se “...presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar del trabajo...” (inc. 3).

Luego, se habrá divisado que los acontecimientos del juicio reciben su debido encaje con la *relación de causalidad* que exige el Tribunal Supremo de España entre el trabajo y la lesión, cuando más ampliamente también lo admite en la *ocasión*, considerándola una *condición* o una *ocasionalidad relevante*, de tal manera —así se ha apuntado en la literatura científica— que, en este último caso, basta la existencia de una causalidad indirecta, es decir, que el accidente producido, de alguna forma, guarde relación con la ejecución del trabajo (6).

(6) AYERRA DUESCA, Nuria J., “Lagunas en torno a la calificación de accidente de trabajo en la modalidad de teletrabajo”, *Lan Harremanak - Revista de Relaciones Laborales*, 2022, 48. Disponible en: <https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.23881>

(7) Remontándonos a sus orígenes, se ha señalado que su inserción en la legislación nacional no se debió sino a una adecuación a lo establecido en el Convenio 12 de la O.I.T. “sobre la indemnización por accidentes del trabajo (agricultura), 1921” que hubo de aceptar la teoría del riesgo o la responsabilidad de autoridad (conf. VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, “Accidentes y enfermedades del trabajo”, Hammura-

IV. Conclusiones en relación con nuestro sistema normativo. Breves reflexiones finales

Dable es memorar que la *ocasionalidad*, en cuanto elemento para valorar la caracterización de un accidente como laboral, también se encuentra nítidamente arraigada al derecho del trabajo argentino, tanto es así que fue receptada en la primera legislación de infortunos laborales (art. 1 de la ley 9688 —B.O. de 21/10/1915—, aunque luego de la reforma incorporada por la ley 12.631 —B.O. de 30/07/1940—, que fuera seguido en este aspecto por el art. 2 de la ley 24.028 —B.O. de 17/12/1991—) (7). La jurisprudencia nacional se ha encargado de afirmar que, conforme ella, basta que el trabajo y las condiciones en que se presta sean la *causa ocasional* del daño, para que exista un hecho generador de la responsabilidad del empleador; y que lo que debe existir para determinar la ocasión del trabajo no es la relación de actualidad de tiempo y lugar entre el trabajo y el infortunio, sino la relación de causalidad entre el trabajo y el riesgo en el sentido de que sea el trabajo la causa que expone al operario a un riesgo propio de la actividad o agrava la exposición a un riesgo genérico (8).

Tiempo después, continuando la línea marcada por sus predecesoras, aquel elemento fue incorporado al concepto de “accidente de trabajo” que contiene el actual-

bi, Buenos Aires, 1986, p. 75).

(8) CNTrab., sala V, “Lago, María C. c. Bodegas y Viñedos López, S. A.”, 26/09/1980, TR LALEY AR/JUR/4115/1980.

(9) Ahora, en orden a la “ocasión” consagrada en el dispositivo legal, se ha observado que deberá revestir la calidad de nexo o condición que rodea al desarrollo de la prestación laboral y la constelación de circunstancias que resulten de ello pero excluyendo los aspectos inherentes a la ejecución prestación laboral en sentido propio (conf. BERMÚDEZ, Jorge, “Riesgos del Trabajo”, dirigido por Jorge Rodríguez Mancini y Ricardo A. Foglia, La Ley, Buenos Aires, 2008, 1ª ed., p. 347).

(10) No obstante, en su momento dejamos entre-

mente vigente art. 6.1 de la ley 24.557 “de Riesgos del Trabajo” (B.O. de 4/10/1995); el precepto establece que “Se considera accidente de trabajo a todo acontecimiento súbito y violento ocurrido por el hecho o en ocasión del trabajo, o en el trayecto entre el domicilio del trabajador y el lugar de trabajo, siempre y cuando el damnificado no hubiere interrumpido o alterado dicho trayecto por causas ajenas al trabajo” (9).

Pero hay un dato más significativo: a la hora de regular el teletrabajo la propia ley 27.555 vino a disponer que “...Los accidentes acaecidos en el lugar, jornada y en ocasión del teletrabajo, se presumen accidentes en los términos del artículo 6º, inciso 1, de la ley 24.557...” (art. 14 *in fine*) (10). Entonces, vemos que el legislador en este concreto ámbito —seguramente, alertado por las dificultades que lo rodean— se ha inclinado por incorporar una *presunción de laboralidad*, entendemos —sin dudas— *iuris tantum*, y cuya aplicación se encuentra sujeta a la previa acreditación conjunta de aquellos recaudos que además de remitir a consideraciones de tiempo y espacio se proyectan —conforme añosa jurisprudencia— sobre la tantas veces mencionada noción de *ocasionalidad* (11).

Según lo expuesto, sopesando algunas notas características de cada régimen legal,

ver una apreciación en parte negativa del texto legal. Sostuvimos que la norma, con una formulación carente del grado de precisión exigible, debía ser materia de especial tratamiento en la reglamentación que la propia ley le encomendó a la autoridad de aplicación (la Cartera laboral), sosteniendo que el estrecho contacto que conlleva la modalidad entre lo laboral y lo doméstico requiere una regulación que se muestre atenta al desafío que plantea esta peculiar forma de ejecutar las labores, propia de la figura contractual (conf. MARTÍNEZ LINARES, Jorge F. - TEMPERONI, Juan F., “Breve estudio del nuevo régimen legal del contrato de teletrabajo”, ADLA 2020-10, 65).

y salud, así como a los efectos de comprobar la correcta aplicación de las normas en materia de prevención de riesgos laborales, especialmente en el caso de producirse un accidente de trabajo” (f. 182 y 183).

Tercero.- Se da por reproducida la evaluación de riesgos del puesto de titulado superior (f. 184 y 185).

Cuarto.- Se da por reproducida la autoevaluación realizada por el actor de condiciones preventivas del lugar de trabajo donde se desarrolla el teletrabajo (f. 186 y 187).

Quinto.- El día 30/07/2020 el actor estaba teletrabajando en su domicilio. Sobre las 9.15 horas se dirige a la cocina y coge una botella de agua, que se le resbala y al caerse le ocasiona lesiones en la mano izquierda. A las 9:39 es atendido en el consultorio de Alameda de Osuna y derivado al hospital, llegando a urgencias del HU Ramón y Cajal a las 10:54 horas. Es diagnosticado de sección FDP 4º dedo e IQ en cirugía plástica ese día a las 15:34 horas (f. 113 a 118, 130).

Sexto.- En fecha 31/07/2020 se le expidió baja de IT por accidente no laboral (f. 128).

Séptimo.- Solicitada determinación de contingencia, por resolución del INSS de 23/03/2021 se declaró que derivaba de accidente no laboral (f. 135)”.
Tercero: En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

“Desestimo la demanda interpuesta por Avelino contra el Instituto Nacional de la Se-

no es difícil divisar en el fallo inspeccionado valiosas directrices, aun en los dominios de nuestro ordenamiento jurídico laboral.

Desde ya, que todo lo expresado no implica ignorar el muy riguroso —y cauteloso— examen que imperiosamente deberán desplegar los tribunales al juzgar esta tipología de controversias, concretamente, al ponderar los hechos del caso y verificar si se configuran los recaudos reglados normativamente y que rodean a la apuntada presunción legal. No puede desconocerse que la privacidad o intimidad que anida en el domicilio de la persona que trabaja obstaculiza el deslinde de los distintos ámbitos y dificulta la diferenciación de las contingencias laborales de aquellas otras que no lo son.

En suma, y clausurando estas líneas, la sentencia seleccionada para su comentario aborda uno de los tantos tópicos que trae este moderno y particular modo de prestación laboral. Su contenido exhibe, más allá de los distintos ordenamientos jurídicos, los nuevos retos que plantea el teletrabajo como fenómeno que conduce a reflexionar, si no, a adaptar, los tradicionales criterios y ponderaciones sobre las diferentes cuestiones que lo circundan.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/412/2023

(11) Aludiendo al precepto legal citado, agudamente dice Romualdi que es claro que el mecanismo de ocurrencia del accidente y el horario son factores decisivos para dilucidar si es laboral, en particular cuando se invoque que ha sido en “ocasión del trabajo”; sostiene el referido autor, que en este contexto —y precisamente, apuntando a hipótesis como el que se ventila en la sentencia que aquí examinamos—, deberá analizarse su configuración en caso de que ocurra en otras dependencias de la vivienda, distintas a las preparadas para desarrollar la prestación de servicios (en: ROMUALDI, Emilio E., “Higiene y seguridad en el teletrabajo”, RD-LSS 2021-5, 49).

guridad Social (INSS), Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) y Canal de Isabel II, absolviendo a las demandadas de los pedimentos formulados en su contra”.

Cuarto: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte Demandante, formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

Quinto: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social de Madrid, tuvieron los mismos entrada en esta Sección Primera el 5 de mayo de 2022, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación forma.

Sexto: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose el siguiente 10 de noviembre, para los actos de votación y fallo.

Séptimo: En la tramitación del presente recurso de suplicación no se ha producido ninguna incidencia.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes

Fundamentos de Derecho

Primero.- El Sr. Avelino solicitaba en la demanda origen de las actuaciones en curso y presentada el 28 de abril de 2021, que se declarase que el período de incapacidad temporal (IT), iniciado el 31 de julio de 2020,

Texto completo de fallo de p. 5

Segundo.- En fecha 05/06/2019 el actor y la empresa suscribieron un acuerdo individual de trabajo a distancia (teletrabajo) en el marco de un programa piloto. El domicilio designado por el trabajador se ubicaba en la Calle ... Num. ... de Madrid. En el clausulado del acuerdo se recoge:

“Octava.- El trabajador certifica que ha realizado el curso de formación *on-line* consistente en los módulos de Prevención de Riesgos laborales y organización del trabajo.

Novena.- El trabajador ha recibido, a parte de la formación relativa a PRL, la información preventiva adecuada para desempeñar correctamente sus funciones mediante la modalidad de teletrabajo y asume las obligaciones y recomendaciones en materia de prevención de riesgos laborales que figuran en el documento “Requisitos particulares en materia de prevención de riesgos laborales para situaciones fuera de la oficina o teletrabajo”, anexo al presente acuerdo, complementando este con la información preventiva de obligado cumplimiento puesta a disposición del trabajador/a en la intranet corporativa (Canal&tú), consistente en:

Métodos de trabajo

00 Requisitos generales de seguridad

50 Trabajos en oficinas (incluye los riesgos que conlleva la actividad de teletrabajo)

51 Seguridad Vial

Manual de prevención

Décima.- Es responsabilidad del trabajador/a dotar al lugar de teletrabajo de unas condiciones adecuadas para el desempeño del mismo, según las indicaciones que, en su caso, realice el

Área de Prevención al respecto y, específicamente, cumplir las indicaciones del documento “Requisitos particulares en materia de prevención de riesgos laborales para situaciones fuera de la oficina o teletrabajo” anexo al presente acuerdo.

Décimoprimer.- El trabajador manifiesta expresamente que el lugar de designado para la prestación de servicios en la modalidad de teletrabajo cumple con los requisitos necesarios, desde la perspectiva de la evaluación de riesgos laborales, para el desempeño de sus actividades profesionales, tal y como se detalla en la Autoevaluación de las condiciones preventivas del lugar de trabajo donde se desarrolla el teletrabajo. La autoevaluación de las condiciones preventivas cumplimentada por el trabajador/a que se anexa al presente acuerdo ha sido revisada y validada por el Servicio de Prevención de Canal de Isabel II, considerando que las condiciones preventivas son las adecuadas en base a las respuestas dadas, habiendo facilitado el asesoramiento necesario para su cumplimentación.

Décimosegunda.- Previa notificación al trabajador/a y consentimiento por su parte, los Técnicos de prevención de riesgos laborales de Canal de Isabel II podrán acceder a lugar de teletrabajo para verificar que el espacio de trabajo y equipos utilizados resultan adecuados a las exigencias de seguridad

derivaba de la contingencia de accidente de trabajo.

La sentencia del siguiente 15 de diciembre y del Juzgado de referencia, desestimó esa solicitud. Indicaba, básicamente, y tras rechazar la excepción de falta de acción formulada por la empleadora, que no estábamos en presencia de un accidente de trabajo ya que teniendo en cuenta el modo en que se produjo, no lo fue con ocasión del trabajo ya que el actor no estaba ejecutando tarea profesional alguna en ese momento, se encontraba en la cocina en concreto, ni tampoco en su lugar de trabajo que se limitaba al espacio habilitado para prestar sus servicios; finalmente estimó que tampoco era aplicable la presunción de laboralidad.

Segundo.- El único motivo de Suplicación toma como base el art. 193.c), de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (La Ley 19.110/2011) (LRJS).

La parte actora estima que la sentencia objeto de Recurso, infringe lo dispuesto en el art. 156, del TRGSS; puesto en relación con el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo de julio de 2002; con el art. 13.3, del Estatuto de los Trabajadores (La Ley 16.117/2015) (ET) y con el Real Decreto-Ley 28/2020 (La Ley 16.967/2020) y la Ley 10/2021.

Inicialmente resaltaremos que la mención que efectúa a la mayoría de las normas pretendidamente vulneradas es deficitaria procesalmente. A tal efecto, es necesario citar los concretos preceptos afectados, sin invocaciones genéricas. Además, de tener una norma varios epígrafes es preceptivo reseñar aquel que es el directamente afectado. Lo que acabamos de exponer es más que suficiente para desestimar el presente motivo; sin más disquisiciones. No obstante, como quiera que una solución de este tipo es desproporcionada; pasaremos a su análisis y siempre desde la perspectiva del necesario respeto al principio de tutela judicial efectiva —art. 24.1, de la Constitución—.

Tras esa consideración, recordemos que defiende que la contingencia de origen del período de IT de referencia es un accidente de trabajo y no un accidente no laboral tal como se le ha asignado. Rechaza que por haber acontecido en su domicilio se trate de un accidente doméstico. Entiende que ha de aplicarse la presunción de laboralidad al haber acontecido en el horario de trabajo y con ocasión del mismo; sin que el TRGSS establezca distinciones por el hecho de que la actividad se produzca en las instalaciones de la empresa, en centros itinerantes o en su domicilio. Asimismo alega que la organización mediante el teletrabajo no debe suponer una minoración de sus garantías. Finalmente, destaca que sufrió una lesión corporal cuando prestaba servicios para el Canal de Isabel II SA (el Canal, en adelante) y que existe una relación causa-efecto.

Tercero.- Teniendo en cuenta que la relación de hechos probados ha permanecido inmutable, vemos conveniente resaltar lo que sigue:

El Sr. Avelino suscribió el 5 de julio de 2019 un acuerdo para hacer teletrabajo con el Canal en su domicilio, que a su vez figuraba designado como lugar de trabajo.

Tenía establecido un horario flexible para comenzar y terminarlo. Pero dentro del mismo había una franja obligatoria que debía cumplir; concretamente de 8,30 a 14,30 horas.

Con ocasión de ese modo de realizar sus tareas habituales, tuvo que completar el 1 de marzo de 2020 una denominada autoevaluación sobre las condiciones preventivas del lugar de trabajo donde se desarrollaría el teletrabajo,

El siguiente 30 de julio estaba teletrabajando en su domicilio.

Sobre las 9,15 horas se dirigió a la cocina. Cogió una botella de agua que al resbalarse, cayó, ocasionándole lesiones en su mano izquierda.

Consecuencia de tales lesiones se expidió la baja médica generadora de la IT por la contingencia de accidente no laboral y origen de las presentes actuaciones.

Cuarto.- A continuación hay que recordar determinada jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (TS) y que consideramos trasvasable al supuesto litigioso.

Así, citaremos la sentencia de 20/04/2021, rec. 4466/2018 (La Ley 37.695/2021), que a su vez toma como referencia otras anteriores, especialmente la de 13/10/2020, rec. 2648/2018 (La Ley 16.0617/2020). Ambas resoluciones analizan si concurre o no un accidente de trabajo con trabajadoras que sufren determinadas lesiones durante el disfrute de la pausa de descanso diario, cuando salen del centro de trabajo a tal efecto. Siendo la respuesta positiva. En cuanto que tales hechos: "...evidencian la existencia de un enlace directo y necesario entre la situación en la que se encontraba la trabajadora cuando se produjo la caída y el tiempo y el lugar de trabajo, y si bien permite aplicar la presunción del art. 156.3 LGSS (La Ley 16.531/2015), acreditada su producción con "ocasión" de su trabajo, que es la condición sin la cual no se hubiera producido el evento, el nexo de causalidad nunca se ha roto, porque la pausa era necesaria, y la utilización de la misma por la trabajadora se produjo con criterios de total normalidad..."

Misma conclusión obtiene la resolución precedente de ese Tribunal, de 16/07/2020, rec. 1072/2018 (La Ley 77.398/2020). Destacaremos en este caso cuando afirma que ese: "...período de descanso" debe disfrutarse necesariamente en algún momento intermedio de la jornada, como corresponde a su naturaleza de interrupción de la actividad con la finalidad de recuperarse de la fatiga y reanudarla en mejores condiciones físicas, pero no al principio ni al final de aquella, porque en tal caso no se trataría ya de un descanso, sino de una simple reducción de jornada. Se realza así el carácter de seguridad y salud laboral asociado al mismo.

Es decir, hay una implícita conexión con el esfuerzo (físico y mental) de quien presta su actividad; por otro lado, la breve duración y, sobre todo, la necesidad de reanudar inmediatamente la actividad productiva sugieren que estamos ante un tiempo vinculado al contenido del contrato de trabajo..."

Quinto.- Sentadas estas bases, adelantaremos, ya desde ahora que estamos en presencia de un accidente de trabajo Se mantiene el nexo de causalidad requerido. Argumentamos al respecto que:

El art. 156.1, del TRGSS ampara dos posibilidades para que podamos calificar el accidente de esa manera. Bien: "...de manera estricta ["por consecuencia"] o bien en forma más amplia o relajada ["con ocasión"], de manera que en este último caso ya no se exige que el trabajo sea la causa determinante del accidente, sino que es suficiente la existencia de una causalidad indirecta..." —TS, sentencia de 20/04/2021—.

El supuesto que hoy se trae a colación tomaría como referencia esta segunda alternativa.

La resolución de instancia hace una interpretación un tanto mecanicista y estricta de lo que haya de entenderse como lugar de trabajo. Viene a defender que coincide con el puesto concreto que físicamente ocupa. En

este caso, constituido, básicamente, por una mesa, una silla y un ordenador en su domicilio particular. Por tanto, todo lo que sea separarse del mismo lo despoja de laboralidad.

Pero que coyuntural o definitivamente su labor se ejecute en esas circunstancias no excluye una serie de supuestos que la lógica interpretativa impondría si se desarrollaran en el "domicilio" de la empresa. Sería el caso de cuando se deja temporalmente dicho puesto y se sufre una caída, por ejemplo dirigiéndose al WC o en su interior; o cuando se desplaza a un lugar habilitado por la empleadora para servirse una bebida y/o un producto alimenticio. Es decir, son actividades normales en la vida laboral y que como jurisprudencialmente se afirma "comporta siempre la exigencia de un factor de "ajenidad" en la producción del suceso lesivo". El propio art. 13.1, del ET y todavía en vigor en el momento que se produce ese evento, se remite al "domicilio del trabajador", o sea establece un concepto más integral y omnicompreensivo como referencia laboral.

Sentadas estas bases y volviendo al supuesto que nos ocupa, el accidente tuvo lugar en horario de trabajo y dentro del espacio físico configurado como su domicilio particular. La actividad que dio lugar al accidente no nos parece ajena a la que hemos considerado como una actividad normal en la vida laboral; beber agua en el lugar que se supone tiene un acceso más fácil. No es pues una actuación extraña. No tiene lugar, tan siquiera, fuera de ese recinto físico, como aconteció en la primera de las resoluciones del TS relacionada en nuestro cuarto fundamento de derecho y donde se asumió la existencia de un accidente de trabajo.

En ese mismo orden de cosas, el acuerdo individual firmado en su momento para el trabajo a distancia —segundo ordinal del relato fáctico—, establecido que "El teletrabajo se realizará como si estuviera en el centro de trabajo" —cláusula cuarta—. Tampoco "supone variación en las condiciones laborales" de las que disfrutaba-cláusula quinta—.

Asimismo y con independencia de la opinión que nos merezca la "autoevaluación" a la que hace referencia el cuarto hecho probado, su apartado 13 hace expresa referencia a la cocina de la vivienda y de las instalaciones de gas en diversas variedades, en cuanto a la necesidad de que estén en buen estado. Su sitio de trabajo no es pues un compartimento estanco y aislado de todo lo que le rodea como se nos quiere hacer ver.

Sexto.- La estimación del Recurso carece de incidencia desde la perspectiva del pago de las costas que hayan podido generarse en la presente instancia; en cuanto que no serán exigibles a ninguno de los litigantes.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación, *fallamos*: Que estimamos el Recurso de Suplicación formulado por D. Avelino, contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. 4, de los de Madrid, de 15 de diciembre de 2021, dictada en el procedimiento 529/2021; la cual debemos también revocar, y declaramos que el período de incapacidad temporal iniciado el 31 de julio de 2020, derivaba de la contingencia de accidente de trabajo; condenando en consecuencia al Instituto Nacional de la Seguridad Social, a la Tesorería General de la Seguridad Social y a la empresa Canal de Isabel II SA a estar y pasar por esta declaración, cada una en sus respectivas responsabilidades. Sin costas. Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala. Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales. Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Supe-

rior de Justicia de Madrid. Hágaseles saber a los antedichos, sirviendo para ello esta misma orden, que contra la presente sentencia pueden, si a su derecho conviene, interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina, que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social de Madrid dentro del improrrogable plazo de los diez días laborales inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia de acuerdo con los establecido, más en concreto, en los artículos 220 (La Ley 19.110/2011), 221 (La Ley 19.110/2011) y 230 de la LRJS (La Ley 19.110/2011).

Asimismo se hace expresa advertencia a todo posible recurrente en casación para unificación de esta sentencia que no goce de la condición de trabajador o de causahabiente suyo o de beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o del beneficio reconocido de justicia gratuita, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso el ingreso en metálico del depósito de 600 euros conforme al art. 229.1 b) de la LRJS (La Ley 19.110/2011) y la consignación del importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la cuenta corriente número ... que esta Sección Primera tiene abierta en el Banco de Santander, sita en el Paseo del General Martínez Campos N° 35, 28.010 de Madrid.

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco de Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: ... En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el NIF / CIF de la misma. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento: ...

Pudiéndose, en su caso, sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento de dicha condena mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito.

Cuando en la sentencia se reconozca al beneficiario el derecho a percibir prestaciones, el condenado al pago de la misma deberá ingresar en la Tesorería General de la Seguridad Social el capital-coste de la pensión o el importe de la prestación a la que haya sido condenado en el fallo, una vez se determine por esta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala (art. 230/2 de la LRJS (La Ley 19.110/2011)).

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales, para su debida ejecución, al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

Jurisprudencia

Expulsión de extranjero

Elusión de control migratorio. Falta de evaluación de posibilidad de dispensa por reunificación familiar. Anulación.

1. - De conformidad con la documental acompañada se advierte que el actor se encontraba dentro de los supuestos que posibilitaban la evaluación por parte del organismo administrativo de la dispensa, debido a que su situación encuadraba en el entonces inc. k —hoy inc. i— del art. 29 de la Ley Migratoria. No obstante, el organismo demandado no solo omitió realizar un recorrido de los hechos, sino que no sopesó la prueba documental aportada ni tampoco explicó por qué los elementos probatorios no alcanzarían para regularizar la situación migratoria del recurrente, sin siquiera ingresar al tratamiento de la dispensa solicitada.
2. - Internacionalmente se ha reconocido la necesidad de adoptar medidas que garanticen la protección de los derechos humanos de las personas migrantes, en particular las que se refieren al debido proceso y el acceso a la justicia.

CFed. La Plata, sala I, 07/02/2023. - Lin, Xiadi c. Dirección Nacional de Migraciones s/ recurso directo a Juzgado.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/3867/2023]

Costas

Se imponen a la demandada vencida.

2ª Instancia.- La Plata, febrero 7 de 2023.

El doctor *Álvarez* dijo:

I. Llega el expediente al Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto por el señor Lin Xiadi, contra la sentencia de primera instancia de fecha 11 de diciembre de 2020 que desestimó en los términos del artículo 69 *septies* de la Ley N° 25.871 (texto según Decreto N° 70/2017), el recurso judicial deducido por el Sr. Lin Xiadi en su presentación de fojas 2/11 y vta. confirmando, consecuentemente, la Disposición SDX N° 163859 de fecha 03/10/2019 que rechazó el recurso jerárquico interpuesto contra la Disposición SDX N° 8850 del 12 de enero de 2018, ordenando estar a las medidas allí dispuestas, tales como: a) la declaración irregular de su permanencia en el país, b) la orden de expulsión del territorio nacional en los términos del artículo 37 de la Ley N° 25.871, modificada por Decreto N° 70/2017, y c) la prohibición de su reingreso a la República Argentina por el plazo de cinco años, conforme a lo previsto por el artículo 63 de la Ley N° 25.871, modificada por el Decreto N° 70/2017. Asimismo, rechazó el planteo de inconstitucionalidad del Decreto N° 70/2017, modificadorio de la Ley N° 25.871, y autorizó a la Dirección Nacional de Migraciones para que, una vez firme el decisorio, proceda a la retención del extranjero Lin Xiadi, de nacionalidad china, Pasaporte chino ..., en la forma establecida en los artículos 69 *octies* y 70 de la Ley Migratoria y en los términos detallados en su considerando IX, haciéndole saber al extranjero que la medida de retención dispuesta podrá ser recurrida conjuntamente con ella, en los términos del artículo 69 *nonies* de la Ley N° 25.871 (texto según Decreto N° 70/2017).

II. Los agravios del recurrente se dirigen, en lo sustancial, a criticar la resolución judicial en tanto considera que la demandada no tuvo en cuenta que, sin perjuicio del ingreso irregular, correspondía regularizar la situación migratoria del señor Lin Xiadi.

Se pronuncia sobre la necesidad de que la sentencia resuelva el caso particular, haciendo expresa referencia al interés superior del niño.

En ese sentido, cita los artículos de la Constitución Nacional en los que funda su derecho y requiere que se declare la regularidad de su permanencia en el país, que se revoque la resolución de expulsión del territorio nacional y que no se avance con la efectivización de la retención dispuesta, solicitando la dispensa por reunificación familiar.

III. La administración encuadró la situación del extranjero en el impedimento establecido en el artículo 29 inciso k) de la nombrada ley, conforme al DNU N° 70/2017. De ese modo, explicó que al haber ingresado el actor eludiendo el control migratorio o por un lugar no habilitado a tal fin, se encuentra inmerso en el impedimento. Agregó, que esta situación es de carácter eminentemente objetivo y es la que finalmente derivó en la declaración de irregularidad y en la consecuente expulsión. Por último, solicitó que se resuelva accesoriamente, en el caso de sentencia favorable, sobre la legalidad de la expulsión dictada.

IV. Luego del dictado de disposición recurrida, pero en forma previa al de la sentencia que aquí se analiza, el actor alegó como hecho nuevo el nacimiento de su hija, circunstancia que acreditó con la partida de nacimiento (ver fojas 249/254). Ante ello, el juez de origen, con fecha 13 de octubre de 2020, le corrió traslado a la Dirección Nacional de Migraciones, organismo que en su presentación de fojas 268/269 solicitó su rechazo con expresa imposición de costas.

En sostén de su pretensión, consideró que el supuesto “hecho nuevo” denunciado por el señor Lin Xiadi resultaba inconducente para resolver su situación toda vez que no constituía un suceso nuevo ligado al planteo formulado en su demanda ni influía en el ámbito de conocimiento de la acción entablada en los términos del artículo 69 *septies* y cc. de la Ley N° 25.871.

V. Elevado el expediente a esta Cámara, el Fiscal General Julio Piaggio dictaminó sobre la competencia para conocer como Tribunal de Alzada respecto de la sentencia definitiva dictada. Asimismo, propició el rechazo del recurso judicial deducido por el migrante al considerar ajustado a derecho el acto dictado por la Dirección Nacional de Migraciones en su carácter de autoridad de aplicación de la Ley N° 25.871, por configurarse una de las causales objetivas (ver fojas 293/298).

VI. A fojas 299 se le dio intervención al Defensor Oficial en turno (Ley N° 27.149, art. 43 inc. b) y art. 103 del Cód. Civil y Comercial). En su presentación de fojas 300/306, el Defensor Público Oficial titular de la Defensoría Pública Oficial N° 1 de 1ª y 2ª Instancia de La Plata contestó la vista en representación de la menor L. J. Y. y solicitó que se haga lugar al recurso deducido contra la sentencia del 11 de diciembre de 2020 y que se dejen sin efecto las Disposiciones Administrativas impugnadas, ordenándose a la Dirección Nacional de Migraciones que otorgue la residencia permanente por aplicación del artículo 22, de la dispensa prevista en el artículo 29 *in fine* de la Ley N° 25.871 y del interés superior de la niña.

VII. Con el objeto de resolver la cuestión en debate es dable señalar que en el expediente electrónico se encuentran agregadas las copias digitalizadas de las actuaciones administrativas ante la Dirección Nacional de Migraciones.

En esas actuaciones se observa que, en fecha 12 de enero de 2018, la DNM dictó la Disposición SDX N° 8850 que declaró irregular la permanencia del señor Lin Xiadi y ordenó su expulsión del territorio nacional con la prohibición de reingreso por el plazo de cinco años, al no registrarse el ingreso regular al territorio nacional. Luego, el señor Lin Xiadi interpuso recurso jerárquico, expresando que ingresó a la República Argentina de forma irregular por desconocimiento del idioma local, de los procedimientos y de las normas sobre migraciones, habiendo concurrido en forma voluntaria a la DNM con el objeto de regularizar su situación. Asimismo, expresó su voluntad de querer obrar de acuerdo con las normas jurídicas y de permanecer en Argentina, por lo que solicitó que se revoque la expulsión dispuesta por la DNM. Finalmente, como ya se detalló, el recurso fue rechazado mediante la N° Disposición SDX N° 163859 de fecha 03/10/2019.

VIII. Planteada así la cuestión, en primer lugar, es preciso resaltar que internacionalmente se ha reconocido la necesidad de adoptar medidas que garanticen la protección de los derechos humanos de las personas migrantes, en particular las que se refieren al debido proceso y el acceso a la justicia. En tal sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha abordado aspectos generales relacionados con la situación de las personas migrantes, que entre otras cuestiones refieren al estado de vulnerabilidad en que estas se encuentran.

En este orden de ideas, ha manifestado que “Generalmente los migrantes se encuentran en una situación de vulnerabilidad como sujetos de derechos humanos, en una condición individual de ausencia o diferencia de poder con respecto a los no migrantes (nacionales o residentes). Esta condición de vulnerabilidad tiene una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado, y es mantenida por situaciones de jure (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y de facto (desigualdades estructurales). Esta situación conduce al establecimiento de diferencias en el acceso de unos y otros a los recursos públicos administrados por el Estado” (Opinión Consultiva OC18/03. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Resolución del 17 de septiembre de 2003. Párr. 112).

Por su parte, la Asamblea General de Naciones Unidas expresó que se debía tener presente “la situación de vulnerabilidad en que suelen encontrarse los migrantes debido, entre otras cosas, a que no viven en sus Estados de origen y a las dificultades que afrontan a causa de diferencias de idioma, costumbres y culturas, así como las dificultades económicas y sociales y los obstáculos para regresar a sus Estados de origen a que deben hacer frente los migrantes sin documentación o en situación irregular” (Resolución A/RES/ 54/166 sobre “Protección de los migrantes”, del 24 de febrero de 2000).

Asimismo, de acuerdo a las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, a las cuales adhirió la CSJN a través de la Acordada N° 5/2009, se considera en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran

especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico (XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, 2008, Regla 3). A su vez, la CIDH ha indicado que el deber de respetar y garantizar el principio de igualdad ante la ley y no discriminación es independiente del estatus migratorio de una persona en un Estado (conforme “Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana”. Sentencia del 08 de septiembre de 2005. Párr. 155).

Además, debido a que todo lo referido a la admisión, ingreso, permanencia y egreso de personas se rige por la Ley de Migraciones N° 25.871, sus modificaciones y reglamentaciones (conf. artículo 1º), he de ponderar los lineamientos de la nueva política migratoria introducidos por el Congreso Nacional a través de su dictado. Al respecto, los objetivos que la norma establece en su artículo 3º son los siguientes: a) dar cumplimiento a los compromisos internacionales de la República en materia de derechos humanos, integración y movilidad de los migrantes; b) garantizar el ejercicio del derecho a la reunificación familiar; c) promover la integración en la sociedad argentina de las personas que hayan sido admitidas como residentes permanentes; d) asegurar a toda persona que solicite ser admitida en la República Argentina de manera permanente o temporaria, el goce de criterios y procedimientos de admisión no discriminatorios en términos de los derechos y garantías establecidos por la Constitución Nacional, los tratados internacionales, los convenios bilaterales vigentes y las leyes; y e) promover y difundir las obligaciones, derechos y garantías de los migrantes, conforme a lo establecido en la Constitución Nacional, los compromisos internacionales y las leyes, manteniendo en alto su tradición humanitaria y abierta con relación a los migrantes y sus familias; entre otros.

A su vez, los artículos 17 y 61 establecen que “el Estado proveerá lo conducente a la adopción e implementación de medidas tendientes a regularizar la situación migratoria de los extranjeros” y que, constatada la irregularidad de su permanencia, “[...] atendiendo a las circunstancias de profesión del extranjero, su parentesco con nacionales argentinos, el plazo de permanencia acreditado y demás condiciones personales y sociales, la Dirección Nacional de Migraciones deberá conminarlo a regularizar su situación en el plazo perentorio que fije para tal efecto, bajo apercibimiento de decretar su expulsión [...]”.

Teniendo en cuenta el primer objetivo establecido por el artículo 3º, cabe remarcar que la CSJN ha señalado que “el art. 75 inc. 22 de la CN que reconoce con jerarquía constitucional diversos tratados de derechos humanos, obliga a tener en cuenta que el art. 8 inc. I del Pacto de San José de Costa Rica, referente a las garantías judiciales, prescribe no solo el derecho a ser oído sino también el de ejercer tal derecho con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable; y a su vez, el art. 25 al consagrar la protección judicial, asegura la tutela judicial efectiva contra cualquier acto que viole derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Nacional, la ley o la Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales” (Fallos: 335:1126). Asimismo ha precisado que, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado Argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana es una insoslayable

pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia, y que dicho tribunal internacional ha considerado que el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tarea en la que debe tener en cuenta no solamente el tratado sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (Fallos: 330:3248, considerandos 20 y 21).

Por consiguiente, corresponde apuntar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al expedirse en casos en los que el objeto era la revisión judicial de los actos administrativos de la Dirección Nacional de Migraciones en el marco de procedimientos de expulsión de personas migrantes, ha señalado que en el artículo 29 de la Ley N° 25.871 el legislador fijó supuestos específicos que obstan el ingreso o permanencia de extranjeros en el país, y frente a esa regla general, en su último párrafo, facultó a la Dirección Nacional de Migraciones, en forma excepcional y solo por razones humanitarias o de reunificación familiar, a dispensar su aplicación de modo fundado (“Barrios Rojas”; Fallos: 343:990). Además, destacó que la concesión de la dispensa para permanecer en el país resulta discrecional para la Administración y configura una excepción a la regla que, como tal, debe ser interpretada con un criterio restrictivo (“Barrios Rojas”; confr. considerandos 10° y 11° del voto del juez Rosenkrantz y la jueza Highton de Nolasco; 10° y 11° del voto de los jueces Maqueda y Lorenzetti; y 8° y 13° del voto del juez Rosatti).

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación precisó que, como regla, la negativa a conceder la referida dispensa por parte de la Administración sobre la base de la entidad y gravedad del delito cometido por el migrante se halla dentro del ámbito de valoración que la ley atribuye a la autoridad de aplicación y encuentra suficiente motivación en la mención de aquella circunstancia (“Otoya Piedra”; Fallos: 344:3600, voto de los jueces Rosatti, Maqueda y Lorenzetti, voto concurrente del juez Rosenkrantz).

No obstante, también puso de resalto que si se demostraba el grado de desamparo en que quedarían los familiares del migrante, el rechazo de dicha dispensa podría ser considerado una injerencia arbitraria o irrazonable al derecho a la protección de la vida familiar (“Barrios Rojas”, voto de los jueces Maqueda y Lorenzetti), o que, en determinados supuestos en los que la reunificación familiar invocada incluyera prioritariamente a menores de edad, podría resultar aplicable de modo decisivo la noción del interés superior del niño reconocida por cláusulas de rango constitucional (“Barrios Rojas”, voto del juez Rosatti).

Por otra parte, en la causa “C. G., A. c. EN - DNM s/ recurso directo DNM”, CAF 59609/2017/2/RH1, sentencia del 6 de septiembre de 2022, apuntó que, en el contorno de la dispensa por reunificación familiar, la consideración del principio del interés superior del niño y de la niña —de consagración constitucional en el artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño e infraconstitucional en el artículo 3° de la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes y en el artículo 706, inciso c, del Cód. Civ. y Com. de la Nación— debe orientar y condicionar toda decisión de los tribunales llamados al juzgamiento de los casos que involucran a los niños y niñas en todas las instancias.

En este último precedente, el Tribunal Supremo refirió que la configuración de ese

“interés superior” exige examinar las particularidades del asunto y privilegiar, frente a las alternativas posibles de solución, aquella que contemple —en su máxima extensión— la situación real de los infantes. La Corte recordó que en los procesos referentes a grupos que por mandato constitucional deben ser objeto de preferente tutela por su condición de vulnerabilidad, o bien que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos, la naturaleza de los derechos en juego excede el interés de cada parte, y al mismo tiempo, pone en evidencia la presencia de un fuerte interés estatal para su protección, entendido como el de la sociedad en su conjunto. De ese modo, hizo especial énfasis en que estas consideraciones deben ser un criterio rector de relevancia institucional en casos en los que se halla en juego la protección integral de la familia y el interés superior del niño en materia migratoria (conf. cons. 17° del voto de los jueces Rosatti, Maqueda y Lorenzetti).

Lo desarrollado hasta aquí sirve de guía y permite asegurar que el sistema interamericano de protección de los derechos humanos hace énfasis en el deber de los Estados para garantizar los derechos de las personas que migran.

Por otra parte, corresponde destacar que el Decreto N° 138/2021 el Poder Ejecutivo Nacional derogó el Decreto N° 70/2017, con la consiguiente restitución de la vigencia de las normas derogadas, modificadas o sustituidas, es decir, restableciendo en su redacción previa la Ley N° 25.871 y sus normas reglamentarias.

En particular, de los considerandos del Decreto N° 138/2021 se desprende: “Que se observan diversos aspectos de fondo en dicho decreto que resultan irreconciliables con nuestra Constitución Nacional y con el sistema internacional de protección de los derechos humanos, entre los que cabe mencionar: la violación al principio del debido proceso, al derecho a contar con asistencia y defensa legal, la restricción a un control amplio y suficiente del poder judicial sobre los actos de la autoridad administrativa, la amplitud con la que se prevé la retención preventiva del y de la migrante sin definir las causas que la habilitan y la restricción a los derechos de reunificación familiar y dispensa por razones humanitarias. Todo ello, sin evidenciar mejoras ponderables en otros aspectos. Que, en ese contexto, desde la entrada en vigencia del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 70/2017 se agravó exponencialmente la litigiosidad en materia migratoria”.

Sin perjuicio de ello, cabe tener presente que el artículo 29 de la ley migratoria, aún con las modificaciones introducidas por el DNU N° 70/2017, preveía la posibilidad de otorgar la dispensa por razones humanitarias o de reunificación familiar a casos como el de autos, siempre que la DNM, en uso de sus facultades discrecionales, lo justificara. En efecto, el artículo 29 de la Ley N° 25.871, con la modificación introducida por el derogado Decreto N° 70/2017, establecía que “Excepcionalmente, la Dirección Nacional de Migraciones podrá admitir en el país, únicamente por razones humanitarias, de reunificación familiar o de auxilio eficaz a la justicia en las condiciones del último párrafo del presente artículo, en las categorías de residentes permanentes o temporarios, a los extranjeros comprendidos en los incisos a), k) y m), y a los comprendidos en el inciso c) en caso de que el delito doloso merezca en la legislación nacional pena privativa de la libertad cuyo monto máximo no exceda de tres (3) años de prisión, o sea de carácter culpable. Fuera de los supuestos expresamente regulados no podrá hacerse lugar al trámite excepcional de dispensa”.

Ahora bien, en el caso en estudio, de conformidad con la documental acompañada a

fojas 249/254 se advierte que el actor se encontraba dentro de los supuestos que posibilitaban la evaluación por parte del organismo administrativo de la dispensa, debido a que su situación encuadraba en el entonces inciso k (hoy inc. i) del artículo 29 de la ley migratoria.

No obstante, el organismo demandado en su presentación de fojas 268/269 no solo omitió realizar un recorrido de los hechos sino que no sopesó la prueba documental aportada y ni explicó por qué los elementos probatorios no alcanzarían para regularizar la situación migratoria del señor Lin Xiadi, sin siquiera ingresar al tratamiento de la dispensa solicitada.

Al ser ello así, entiendo que le asiste razón a la parte recurrente en su planteo en tanto en esta instancia de revisión corresponde considerar el hecho nuevo invocado por la parte actora, debiendo la autoridad administrativa evaluar la posibilidad de hacer lugar a la dispensa solicitada, conforme a las pautas expuestas en los párrafos precedentes.

En consecuencia, debe revocarse la sentencia de primera instancia en virtud de la falta de tratamiento por parte del organismo administrativo de la dispensa planteada por el señor Lin Xiadi.

Por último, no soslayo que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Huang, Qiuming c. EN - DNM s/ recurso directo DNM”, sentencia del 7 de diciembre del 2021, señaló, al convalidar un caso de expulsión de una persona migrante por ingreso irregular al país, que la decisión de la autoridad migratoria, en esa ocasión, no hizo más que ajustarse a las previsiones establecidas en los artículos 29, inc. i, 34 y 37 de la ley migratoria, por lo que no resultaba pasible de objeción alguna.

Sin embargo, no es ocioso recordar que la solución que aquí propongo se sustenta en la falta de tratamiento por parte del organismo administrativo de la dispensa planteada por el señor Lin Xiadi, sin que ello consienta, en modo alguno, la sustitución de las facultades en materia de política migratoria que son potestad de la Administración, sino más bien, es el ejercicio del control jurisdiccional, competencia de esta magistratura, lo que no permite aprobar, en este caso, un acto administrativo que carece de uno de los elementos fundamentales para ser considerado válido.

IX. Por lo tanto, en virtud de las consideraciones desarrolladas y los fundamentos expuestos, corresponde hacer lugar al recurso interpuesto por la parte actora, revocar la sentencia de primera instancia y, en consecuencia, anular la Disposición SDX N° 8850 de la DNM, con costas a la demandada vencida (art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

Así lo voto.

El doctor *Lemos Arias* dijo:

Por compartir, en lo sustancial los fundamentos expuestos por el doctor *Álvarez*, me adhiero a la solución que propone en el voto que antecede.

En virtud de las consideraciones precedentes, el Tribunal resuelve: Hacer lugar al recurso interpuesto por la parte actora, revocar la sentencia de primera instancia y, en consecuencia, anular la Disposición SDX N° 8850 de la DNM, con costas a la demandada vencida (art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Regístrese, notifíquese, devuélvanse las actuaciones de manera electrónica y comuníquese la remisión por DEO al juzgado interviniente. — *Roberto A. Lemos Arias*. — *César Álvarez*.

Honorarios del abogado

Apremio. Intereses. Aplicación de la doctrina legal del Superior Tribunal. Disidencia.

1. - El desarrollo argumental desplegado por la sentenciante, en especial, en lo referente a la imposibilidad de predicar una equiparación entre los honorarios profesionales y aquel instituto del derecho de familia al que se refiere el art. 552 del Cód. Civ. y Com., pasa por alto que tanto respecto del actual art. 54 inc. b) de la ley 14.967 de Buenos Aires —conforme el precedente “Masali”—, como respecto de una aplicación integrativa que formulaban en las instancias ordinarias en tiempos del art. 54 del dec.-ley 8904/1977, la Suprema Corte de Buenos Aires brindó fundamentos jurídicos relevantes que no logran ser sorteados por aquellos denunciados como *perniciosos efectos prácticos* que la juez, con apuntalamiento en una sentencia de un tribunal ordinario provincial, dice encontrar en la aplicación de la doctrina legal.
2. - La Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires tiene dicho que si bien la doctrina legal emanada de ese Tribunal no es vinculante directamente, lo es en forma “indirecta” a través de los motivos o causas de procedencia del recurso extraordinario de inaplicabilidad.
3. - Si la propia Suprema Corte provincial no se aboca a conocer recursos de inaplicabilidad de ley cuando la situación fáctica a partir de la cual se formuló la doctrina legal que cita es diversa de aquella que se exterioriza en el caso concreto, entonces los restantes tribunales no resultan compelidos a seguir una doctrina legal elaborada o aplicada a un cuadro procesal diverso (del voto en disidencia del Dr. Mora).

CContencioso administrativo, Mar del Plata, 07/02/2023. - Elordi, Mirta Beatriz s/ Apremio.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/4511/2023]

Costas

Se imponen a la vencida.

2ª Instancia. - Mar del Plata, febrero 7 de 2023.

Antecedentes

I. El 24/06/2022, la titular del Juzgado de Familia N° 6 del Departamento Judicial Mar del Plata, tras recibir en devolución las actuaciones producto de la sentencia dictada por este Tribunal con fecha 22/12/2021, emitió resolución por la cual aprobó la liquidación presentada por la doctora Silvia Sandra Fernández —abogada de la actora—, en torno a los honorarios que le fuera regulados en autos por su actuación profesional, rechazando concomitantemente la impugnación presentada por la Dra. Karina Elcoaz, apoderada de la Fiscalía de Estado de la Provincia de Buenos Aires en fecha 28/05/2021.

II. El mismo día fue librado el anoticiamiento electrónico de lo resuelto tanto a la profesional como a la parte accionada, obligada al pago.

III. En tiempo hábil, con fecha 04/07/2022, la apoderada de la accionada articula recurso de apelación contra lo decidido en el grado, alegando —en lo sustancial— violación de la doctrina legal sentada por la SCBA

en la causa A.75.502 “Mascali”, sent. del 29/12/2020.

IV. El remedio fue concedido por el *a quo*, corriéndose traslado de sus fundamentos a la letrada Fernández, la que hizo uso del derecho de réplica, según escrito de fecha 01/08/2022.

V. Dispuesta la elevación de las actuaciones a este Tribunal y pasados los autos al Acuerdo para examen de admisibilidad y en su caso, para sentencia, [proveído de Presidencia del 22/08/2022], corresponde votar y plantear la siguiente cuestión

¿Es fundado el recurso?

A la cuestión planteada el doctor Riccitelli dijo:

I.1.1. A la hora de resolver, la juez de grado rememora que:

[i] el 12/04/2021 la Dra. Silvia Sandra Fernández, abogada de la actora, presenta liquidación de los honorarios regulados en autos por su actuación profesional. En la liquidación de mención incluye el capital adeudado, los aportes de ley a cargo de la parte y los intereses devengados. La letrada de la amparista efectúa el cálculo de la deuda y procede a actualizar los honorarios regulados en fecha 04/02/2020 con más sus aportes conforme tasa activa de descuento a 30 días del Banco de la Provincia de Buenos Aires por aplicación del art. 552 del Cód. Civ. y Com. de la Nación y del art. 54 inc. b) de la ley 14.967. El monto final de la liquidación asciende al 06/04/2021 a la suma de \$69.834.75.

[ii] habiéndose corrido traslado a la contraria, en fecha 28/05/2021 se presenta la Dra. Karina Elcoaz apoderada de la Fiscalía de Estado de la Provincia de Bs. As. impugna la liquidación presentada por la Dra. Silvia Sandra Fernández. Refiere que la letrada de la amparista debió practicar liquidación tomando para el cálculo de los accesorios la Tasa Pasiva BIP. Cita jurisprudencia de la SCBA y solicita sea rechazada dicha liquidación.

1.2. Puesta a dirimir el debate, luego de la manda que recibiera de este Tribunal, la magistrada de la instancia vuelca una serie de razones por las que entiende que la liquidación practicada es correcta y a partir de las cuales postula una visión antagónica con la doctrina sentada por el Superior Tribunal Provincial en la causa A.75.502 “Mascali”, sent. del 29/12/2020.

En resumen, formulando su visión en contrapunto con lo plasmado en la doctrina legal, sostiene que:

[i] El precedente “Mascali” data del 28/12/2020 y describe que se mantiene vigente la doctrina legal de la Corte que determina la aplicación de la tasa pasiva para la actualización de los créditos de honorarios con fundamento en la vigencia de la Ley Federal de Convertibilidad N° 23.928 que establece la prohibición de indexar deudas dinerarias.

Empero —en opinión del *a quo*—, a tenor del recuento normativo que plasma en su sentencia, resulta que la última prórroga referida a la ley 23.928 denominada “Ley de Convertibilidad” es al 31 de diciembre de 2019, pero solo en lo referido a la emergencia social, mas no a la administrativa, económica y financiera que caducaron en 2017. Luego, la ley 27.541 declara la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social, y la delegación en el Poder Ejecutivo nacional de las facultades comprendidas en la ley en los términos del artículo 76 de la Constitución Nacional,

con arreglo a las bases de delegación establecidas en el artículo 2º, ello hasta el 31 de diciembre de 2020, no habiéndose prorrogado hasta la actualidad.

Desde allí predica el *a quo* que la principal consecuencia de la finalización de la declaración del estado de emergencia general es la recuperación, por parte del Congreso, de una serie de atribuciones que habían sido oportunamente delegadas al Poder Ejecutivo Provincial durante la vigencia de las sucesivas prórrogas de esa emergencia. Y —en su opinión— el fundamento nodal del Máximo Tribunal Provincial en el año 2020 para aplicar la tasa pasiva digital en la actualización de los créditos dinerarios es la vigencia de la Ley 23.928 —arts. 7 y 10— y Ley 25.561 —art. 4— ha desaparecido, pues no subsistiría —a la fecha, según postula— la prohibición de indexar las deudas dinerarias, que constituye uno de los principales fundamentos de la sostenida doctrina legal de la Corte provincial.

[ii] El segundo fundamento esgrimido por la Suprema Corte de Justicia en el fallo “Mascali”, es el de considerar al honorario del abogado de naturaleza alimentaria “*lato sensu*” y no “*stricto sensu*” como la obligación alimentaria a parientes, fundamento por el cual no considera de aplicación para la actualización del crédito de honorarios la pauta del art. 552 del Cód. Proc. Civ. y Comercial.

Respecto de dicho criterio, la magistrada vuelca su opinión disidente, para lo cual recurre a un fallo de la Excm. Cámara de Apelaciones Civil y Comercial del Departamento Judicial Mar del Plata y desde allí, considera objetable la postura del Supremo Tribunal local “...en la medida en que parece tomar distancia de los efectos prácticos que la doctrina genera...”, destacando que “...las consecuencias que se siguen de utilizar tasas inferiores a la inflación (afectación al derecho patrimonial del actor, enriquecimiento incausado del deudor, litigiosidad, financiación judicial, etc.) no deben ser consideradas como meras externalidades negativas de un problema estrictamente coyuntural (consecuencias indeseadas de la inflación) sino como lo que en verdad son: un resultado injusto que, además de ser causado por la inflación, reconoce como concausa a la elección desacertada que hacemos los jueces al elegir un parámetro económico estéril para tarifarse el daño moratorio...”

Por los referidos argumentos, la sentenciante decide apartarse de la doctrina legal de la Suprema Corte de Justicia y, en consecuencia, rechazar la impugnación interpuesta por la Fiscalía de Estado, a la par que advierte haber valorado los derechos constitucionales en juego, en particular, teniendo en cuenta que el crédito por honorarios está amparado por el derecho constitucional a la justa retribución por el trabajo personal.

2. La apoderada de la accionada articula recurso de apelación denunciando la violación de la doctrina legal de la Suprema Corte de Justicia provincial sentada en la causa A.75.502 “Mascali”, sent. del 29/12/2020, sin perjuicio de responder —aunque escuetamente— a sendos pareceres de la juez de grado para desoír la jurisprudencia del Supremo Tribunal provincial en la materia.

Solicita la revocación de lo decidido.

3. La letrada Silvia Sandra Fernández, por su propio derecho, replica el memorial de apelación, convalida la visión del *a quo* sobre el tema en debate y solicita el rechazo de la impugnación, con costas.

II. El recurso prospera.

Es preciso señalar que la Suprema Corte de Justicia provincial tiene dicho que si

bien la doctrina legal emanada de ese Tribunal no es vinculante directamente, lo es en forma “indirecta” a través de los motivos o causales de procedencia del recurso extraordinario de inaplicabilidad (violación o errónea aplicación de la doctrina legal; art. 279, Cód. Proc. Civ. y Comercial), por cuanto la Suprema Corte cuenta con la facultad de casar las sentencias que se aparten de sus pronunciamientos y de dictar una nueva que se ajuste a la ley o doctrina que se declare aplicable (art. 289, Cód. Proc. Civ. y Comercial; doct. SCBA causa C. 118.704, “Chiariello”, sent. de 15/07/2015). Radica su función en mantener la unidad en la jurisprudencia bonaerense y este propósito se frustraría si los tribunales de grado, apartándose del criterio establecido, insistieran en propugnar soluciones que irremisiblemente habrían de ser casadas. Esto no significa propiciar un ciego seguimiento a los pronunciamientos de esta Corte, ni un menoscabo del deber de los jueces de fallar según su ciencia y conciencia, pues les basta —llegado el caso— con dejar a salvo sus opiniones personales [doct. SCBA causas A. 71.973, “Dairo”, sent. de 13/04/2016; A. 73.853, “Bahía Petróleo SA”, sent. de 14/02/2018].

El relato de antecedentes efectuado precedentemente es demostrativo de un encomiable esfuerzo del *a quo* para contrarrestar el criterio sentado en la materia debatido por la Suprema Corte de Justicia provincial en la causa A.75.502 “Mascali”, sent. del 29/12/2020. Empero, el desarrollo argumental desplegado por la sentenciante, en especial, en lo referente a la imposibilidad de predicar una equiparación entre los honorarios profesionales y aquel instituto del derecho de familia al que se refiere el art. 552 del Cód. Civ. y Comercial, pasa por alto que tanto respecto del actual art. 54 inciso b) de la ley 14.967 —conforme el precedente “Mascali” citado—, como respecto de una aplicación integrativa que formulaban en las instancias ordinarias en tiempos del art. 54 del decreto-ley 8904/1977 —cfr. doct. SCBA causa A. 71.170 “Isla, Sara E. contra Provincia de Buenos Aires. Amparo. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley”, sent. de 10/06/2015—, la Suprema Corte Provincial brindó fundamentos jurídicos relevantes que no logran ser sorteados por aquellos denunciados como perniciosos efectos prácticos que la juez, con apuntalamiento en una sentencia de un tribunal ordinario provincial, dice encontrar en la aplicación de la doctrina legal.

Sea dicho, además, que esta Cámara ya ha seguido aquel criterio diferenciador propiciado por la Casación extraordinaria provincial, tanto al adoptar la doctrina legal del precedente “Isla” [cfr. causas C-6600-MP2 “Martín”, sent. del 30/06/2016, A-7409-MP0 “Resua”, sent. del 01/08/2017]; A-7572-MP0 “Barrutia”, sent. del 28/12/2017, A-7667-MP0 “Cellillo”, sent. del 23/10/2018, P-5632-DO1 “Deli Quadri”, sent. de 18/10/2019] como al sentenciar conforme el precedente “Mascali” [cfr. causa A-9307-BB0E “García Steel”, sent. de 14/07/2022, por mayoría].

III. Con todo, corresponde hacer lugar al recurso de apelación articulado por la accionada, revocar el pronunciamiento de grado en cuanto desestimó la impugnación llevada a cabo por esa parte contra la liquidación del 12/04/2021, la que se admite conforme la doctrina legal sentada por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en la causa A.75.502 “Mascali”, sent. del 29/12/2020, debiendo restituirse la causa al Juzgado de grado para que continúe con su trámite de conformidad con lo que aquí se decide. Las costas de ambas instancias, por la incidencia de liquidación, corren a cargo de la letrada vencida en contradicción [arts. 68 y 69 del Cód. Proc. Civ. y Comercial, art. 25 ley 13.928, T. o. ley 14.192].

Voto por la afirmativa.

El doctor Ucin, con igual alcance y por idénticos fundamentos a los brindados por el doctor Riccitelli, vota a la cuestión planteada por la afirmativa.

El doctor Mora dijo:

I. 1. Disiento con la solución —y, asimismo, con los fundamentos— que propone el voto que abre el Acuerdo.

Frente a lo decidido —que se recoge a modo de antecedentes en la aludida propuesta— la recurrente se alza en razón de encontrarlo opuesto el criterio emanado de la Suprema Corte de Justicia provincial en la causa “Mascali” (sent. de fecha 29/12/2020, de una base fáctica y jurídica disímil a la que es posible verificar en este juicio), sin mayores desarrollos que permitan transpolar el criterio pretendido al presente, máxime cuando en la mencionada causa se trató una cuestión vinculada a la tasa de interés aplicable a los aportes previsionales adeudados en concepto de CAO (Cuota Anual Obligatoria), supuesto regido por el art. 24 de la ley 6716 (de creación y funcionamiento de la Caja de Previsión para Abogados de la provincia de Buenos Aires) que, a su vez, remitía a la ley arancelaria entonces vigente (art. 54 tercer párrafo inc. b) del decreto ley 8904/1977).

Siendo ello así, tal como este Tribunal tuvo ocasión de destacar en la causa A-9935-BB0E “Litre Martínez”, sent. del 19/11/2020, si la propia Suprema Corte provincial no se aboca a conocer recursos de inaplicabilidad de ley cuando la situación fáctica a partir de la cual se formuló la doctrina legal que cita es diversa de aquella que se exterioriza en el caso concreto (cfr. doct. SCBA causa C. 107.153 “Quipildor”, sent. de 04/04/2012), entonces, los restantes tribunales no resultan compelidos a seguir una doctrina legal elaborada o aplicada a un cuadro procesal diverso (en el caso, ejecución de honorarios que transitó al amparo de la ley 14.967).

Desde allí, las conclusiones de aquel precedente del Máximo Tribunal provincial que ponderó las pautas de fijación de accesorios en un tema por demás diferenciado del aquí juzgado —cuyo marco arancelario rector fue el decreto ley 8904/1977— y que constituyó el eje argumental del casi insuficiente agravio traído ante este Tribunal en tanto exclusivo soporte del mismo, no pueden ser extrapoladas de modo directo y/u oficioso por este Tribunal respecto del diverso precepto que contiene el art. 54 de la ley 14.967, a menos que el interesado en que tal norma no se aplique al caso hubiera planteado tempestivamente su inconstitucionalidad (si considera que por el contenido de aquella doctrina, el art. 54 inciso b) de la ley 14.967, quebrantara algún precepto de las Constituciones nacional y/o provincial), ya que mal podría la judicatura apartarse de la ley que brinda solución al debate si esa norma no ha sido declarada previamente inconstitucional por la jurisdicción (doct. SCBA causa B. 60.574 “Gurquel”, res. del 11/07/2007, considerando 3º; esta Cámara causas Q-663-MP1 “Liello”, res. del 24/06/2008; C-1706-MP2 “Lagrasta”, sent. del 09/09/2010; P-3839-AZ1 “Prado”, sent. del 07/03/2013; P-6819-BB1 “Casa Scagnetti SA”, sent. del 01/12/2016; A-8005-MP0 “Rivarola”, sent. del 07/06/2018) [ver mi voto en minoría en la causa A-9307-BB0E “García Steel”, sent. del 28/06/2022].

Y, claramente, esto último no aconteció en la especie.

La lacónica referencia que en el precedente “Mascali” se realiza acerca de que las razones que, en su momento, dieran paso a la inaplicación del art. 54 tercer párrafo inc. b) del decreto ley 8904/1977 bien podrían considerarse respecto a parecida norma de la nueva ley arancelaria, no autoriza a extender sin más tal criterio que, indiscutiblemente, no ha sido fijado respecto de esta última por

el solo hecho de tratarse de un aspecto diverso.

2. De conformidad con lo anterior, los agravios defectuosamente expuestos no lo gran conmoviendo la decisión adoptada por el juzgador de anterior grado.

II. Por todo lo cual correspondería desestimar el recurso de apelación articulado por la demandada y confirmar la providencia recurrida en lo que fuera materia de agravio.

Las costas de Alzada deberían correr a cargo de la apelante, vencida (arts. 68 y 69 del Cód. Proc. Civ. y Comercial, art. 25 ley 13.928, T. o. ley 14.192).

Voto, en suma, por la negativa.

De conformidad a los votos precedentes, la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en Mar del Plata, dicta la siguiente sentencia: 1. Por mayoría, hacer lugar al recurso de apelación articulado por la accionada, revocar el pronunciamiento de grado en cuanto desestimó la impugnación llevada a cabo por esa parte contra la liquidación del 12/04/2021, la que se admite conforme la doctrina legal sentada por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en la causa A.75.502 "Mascali", sent. del 29/12/2020, debiendo restituirse la causa al Juzgado de grado para que continúe con su trámite de conformidad con lo que aquí se decide. Las costas de ambas instancias, por la incidencia de liquidación, corren a cargo de la letrada vencida en contradicción [arts. 68 y 69 del Cód. Proc. Civ. y Comercial, art. 25 ley 13.928, T. o. ley 14.192]. 2. Difiérese la regulación de honorarios por trabajos de alzada para su oportunidad. Regístrese, notifíquese por Secretaría electrónicamente (cfr. art. 10, Anexo Único del Acuerdo SCBA N° 4013/21, T. o. Ac. SCBA 4039/21). Cumplido, devuélvase las actuaciones a la instancia de grado. — Elio H. Riccitelli. — Roberto D. Mora. — Diego F. Ucin.

Beneficio de litigar sin gastos

Alcances. Acceso a la justicia. Otorgamiento.

1. - A los fines de analizar la concesión de la franquicia, no se requiere la demostración de un estado de indigencia o pobreza extrema, sino que queda sometido al

prudente arbitrio judicial la apreciación de las circunstancias que conforman la falta de recursos. Tal directriz del criterio judicial debe entenderse en el sentido de que los gastos derivados del proceso incidan en los recursos destinados al sustento del interesado o de su familia; el juez debe subordinar su valoración a las exigencias financieras que ese sustento implica.

2. - El instituto del beneficio para litigar sin gastos tiene fundamento en la necesidad de garantizar la defensa en juicio y mantener la igualdad de las partes en el proceso. Esta última garantía no se agota en la mera igualdad jurídica formal, sino que exige una equiparación en lo concreto cuya premisa, en la esfera judicial, está constituida por el libre e irrestricto acceso a la jurisdicción. La igualdad ante la ley y la garantía de defensa en juicio se hallan comprometidas en ello, ya que, gracias al beneficio, se asegura la prestación del servicio a los pobres y a los ricos sin distinción.

3. - La procedencia del beneficio de litigar sin gastos debe juzgarse en relación directa con la importancia de la demanda en la que intervendrá el peticionario, pues está destinado a asegurar la defensa en juicio, que se vería frustrada si no se contara con los medios necesarios para afrontar los gastos que comportan. De allí que el legislador haya delegado en el prudente arbitrio judicial la apreciación de la prueba, pudiendo el juez acordar el beneficio total o parcialmente o, en su caso, denegarlo, según la cuantía de los ingresos, si los hay, y en función de la importancia económica del juicio.

CNCiv., sala H, 25/11/2022. - A. A. L., M. L. s/ Beneficio de litigar sin gastos.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/168300/2022]

Costas

Se imponen al apelante vencido.

2ª Instancia. - Buenos Aires, noviembre 25 de 2022.

Considerando: I. El presente incidente fue elevado al Tribunal con motivo del recurso de apelación interpuesto por la parte citada en garantía Caja de Seguros SA el 4 de abril de 2022 contra la decisión de la Sra. Juez de

grado por la que concedió el beneficio de litigar sin gastos solicitado, según pronunciamiento del día 31 de marzo del mismo año.

El memorial fue presentado el día 8 de abril de 2022 y replicado el 18 de abril de 2022.

Cuestiona el apelante la decisión por considerar, en términos generales, que de la prueba producida no se desprende que las condiciones para el otorgamiento de la franquicia en su totalidad, puesto que la adecuada valoración de la prueba reunida demuestra las posibilidades económicas del demandante.

II. Ha sostenido esta Sala en reiteradas ocasiones, que el instituto del beneficio para litigar sin gastos tiene fundamento en la necesidad de garantizar la defensa en juicio y mantener la igualdad de las partes en el proceso. Esta última garantía no se agota en la mera igualdad jurídica formal, sino que exige una equiparación en lo concreto cuya premisa, en la esfera judicial, está constituida por el libre e irrestricto acceso a la jurisdicción. La igualdad ante la ley y la garantía de defensa en juicio se hallan comprometidas en ello, ya que, a merced del beneficio, se asegura la prestación del servicio a los pobres y a los ricos sin distinción. De ahí que, como principio general, corresponde ponderar el pedido de beneficio para litigar sin gastos en forma amplia y funcional, de acuerdo con la naturaleza y fundamento del instituto, a fin de evitar la frustración del derecho del justiciable amparado constitucionalmente (esta Sala, Expte. 4050/2014/1, en autos "Bruno, Mercedes Inés c. Le Bretón 5222 SA s/ BLSG" del 11/08/2017).

La procedencia del beneficio de litigar sin gastos debe juzgarse en relación directa con la importancia de la demanda en la que intervendrá el peticionario, pues está destinado a asegurar la defensa en juicio, que se vería frustrada si no se contara con los medios necesarios para afrontar los gastos que comportan. De allí que el legislador haya delegado en el prudente arbitrio judicial la apreciación de la prueba, pudiendo el juez acordar el beneficio total o parcialmente o, en su caso, denegarlo, según la cuantía de los ingresos, si los hay, y en función de la importancia económica del juicio.

III. Según surge del sistema *Lex 100* la acción debatida en el principal tiene por objeto

De las pruebas producidas en este incidente se desprende que el peticionario vive solo en una vivienda que alquila por el que

abonaba —en mayo de 2021— la suma de \$18.000 mensuales. Es titular de una motocicleta Yamaha, dominio ... informe del SINTyS y declaración jurada agregados el 28/03/2022).

En cuanto al aspecto laboral, el solicitante trabaja como técnico en el laboratorio de productos *Venier*, donde percibía —en mayo de 2021— la suma de \$109.355,99 (según recibo de sueldo ingresado el 28/03/2022). Asimismo, manifestó no ser titular de tarjetas de crédito ni débito, todo lo cual fue corroborado por la prueba testimonial agregada el 28 de marzo de 2022.

IV. A la luz de lo expuesto, no debe perderse de vista que según se ha resuelto, a los fines de analizar la concesión de la franquicia, no se requiere la demostración de un estado de indigencia o pobreza extrema, sino que queda sometido al prudente arbitrio judicial la apreciación de las circunstancias que conforman la falta de recursos. Tal directriz del criterio judicial debe entenderse en el sentido de que los gastos derivados del proceso incidan en los recursos destinados al sustento del interesado o de su familia; el juez debe subordinar su valoración a las exigencias financieras que ese sustento implica (CNCiv, Sala C, Recurso N°: C613530 Fecha: 14/02/2013, "Grisetti Giménez, Pablo Erico c. Díaz, Marta Verónica s/ beneficio de litigar sin gastos", sumario N° 22931 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil).

Bajo tales directrices, valorando en su conjunto la prueba producida en los presentes y teniendo en cuenta el monto reclamado en el proceso principal (\$567.946,00 más intereses), concluye este Tribunal que corresponde confirmar el otorgamiento del beneficio de litigar sin gastos solicitado por la actora en forma total, por lo cual los agravios —rayanos en la deserción del recurso— serán desestimados.

V. Las costas de Alzada se imponen a cargo de la citada en garantía apelante (conf. art. 68 y 69 del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

En consecuencia y de conformidad con lo dictaminado por el Sr. Fiscal de Cámara el Tribunal, resuelve: Confirmar el decisorio apelado del 31 de marzo de 2022, con costas a cargo del apelante vencido. Regístrese y notifíquese a las partes y al Sr. Fiscal de Cámara. Cumplido, comuníquese al CIJ (Ac. 15/2013 y 24/2013 CSJN) y devuélvase. La Dra. Liliana E. Abreut de Begher no firma la presente por hallarse en uso de licencia. — Claudio M. Kiper. — José B. Fajre.

Edictos

Ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 10, Secretaría N° 19, sito en Libertad 731 9º piso de esta ciudad, tramita el pedido de ciudadanía argentina de la Sra. YENGLY EKLEY OCHOA VALECILLOS de nacionalidad venezolana con DNI N° 95.728.617 según el expediente "OCHOA VALECILLOS, YENGLY EKLEY s/ SOLICITUD DE CARTA DE CIUDADANÍA"

Exp. N° 8591/2020. Por ello cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que estimara podría obstar a dicha concesión, deberá hacerlo saber a este Juzgado. Publíquese por dos días.

Buenos Aires, 25 de noviembre de 2022
María Lucila Koon, sec.

LA LEY: I. 01/03/23 V. 02/03/23

Ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 10 Secretaría N° 20, sito en Libertad 731 9º piso de esta ciudad, tramita el pedido de ciudadanía argentina de la Sra. KAREN ROSMILE MARTÍNEZ RIVAS de nacionalidad venezolana con DNI N° 95.920.010

según el expediente "MARTÍNEZ RIVAS, KAREN ROSMILE s/ SOLICITUD DE CARTA DE CIUDADANÍA" Exp. N° 6047/2022. Por ello cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que estimara podría obstar a dicha concesión, deberá hacerlo saber a este Juzgado. Publíquese por dos días.
Buenos Aires, 15 de junio de 2022

Matías M. Abraham, sec.
LA LEY: I. 01/03/23 V. 02/03/23

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 8, secretaria N° 15, sito en Libertad 731 7º piso de esta ciudad, informa que ASDRUBAL RENÉ RODRÍGUEZ MÉNDEZ de nacionalidad venezolana con DNI 95.902.323 ha iniciado los trámi-

tes tendientes a obtener la ciudadanía argentina. Por ello cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que estimara podría obstar a dicha concesión, deberá hacerlo saber a este Juzgado. Publíquese por dos días.

Buenos Aires, 12 de abril de 2022
Felipe J. Cortés Funes, sec.
LA LEY: I. 01/03/23 V. 02/03/23

Director Editorial: Fulvio G. Santarelli
Jefa de Redacción: Yamila Cagliero
Editores: Nicolás R. Acerbi
Valderrama
Flores Candia
Jonathan A. Linovich
Elia Reátegui Hehn
Érica Rodríguez
Marlene Slattery

PROPIEDAD DE LA LEY S.A.E. e I.
Administración, Comercialización y Redacción:
Tucumán 1471 (C. P. 1050 AAC)
Bs. As. República Argentina
Impreso en La Ley, Rivadavia 130, Avellaneda,
Provincia de Buenos Aires.



Thomsonreuterslaley



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



TRLaLey



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



Centro de atención al cliente:

0810-266-4444