



Reparaciones en materia de violación del derecho humano al trabajo

RESTITUCIÓN, INDEMNIZACIÓN, COMPENSACIÓN Y GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN

Rolando E. Gialdino (*)

SUMARIO: I. Introducción. — II. El nuevo marco normativo constitucional. — III. El mensaje preceptivo. — IV. Obligaciones internacionales del Estado. — V. El aporte regional. — VI. Corolarios.

➔ Será el juez del trabajo, no el de otra materia, caso mediante, tomando en consideración las circunstancias de la causa, las peticiones y defensas puestas en la liza, y la opinión de la víctima, mediante un enfoque orientado hacia esta última, el encargado de decidir cuál o cuáles de las formas de reparación será(n) la(s) adecuada(s) (restitución, indemnización, compensación, garantías de no repetición), en el supuesto en que juzgue que un despido fue dispuesto sin justa causa

cances de esta doctrina, que *Álvarez* fundó con evidencia en el nuevo “marco normativo constitucional” que nos rige (§ 7), vale decir, el resultante del “bloque de constitucionalidad federal”, integrado por la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos a los que la reforma constitucional de 1994 reconoció jerarquía constitucional (art. 75.22, segundo párrafo), *inter alia*, el PIDESC. Analizaremos, entonces, dicho marco (§ 1) y el mensaje preceptivo que encierra (§ 2), las obligaciones internacionales del Estado (§ 3), el aporte regional del sistema interamericano (§ 4), para pasar, finalmente, a exponer algunos corolarios (§ 5).

II. El nuevo marco normativo constitucional

A. “*Álvarez*” resultó la plaza para que la Corte, en el marco del intitulado, conformara un nuevo estado del arte en materia de protección del derecho al trabajo, especialmente en punto a la protección de la estabilidad del empleado. El rechazo de dos alegaciones de la empleadora demandada sirvieron para ponerlo de manifiesto.

B. La primera defensa radicó en argüir que, de acuerdo con el precedente del Tribunal, de 1969, “*De Luca c. Banco Francés del Río de la Plata*” (Fs. CS 273:87), no era constitucionalmente válido imponer al empleador la reincorporación de un empleado aun cuando hubiese sido injustamente despedido. Para ello, “*Álvarez*”, poniéndose “al margen de lo que pudiera seguirse” del recordado pronunciamiento (1), enunció (§ 7) una “consideración determinante”, *i.e.*, que “el marco normativo constitucional, en la actualidad, difiere del vigente para la época de ‘*De Luca*’”. El distingo se basó en un razonamiento de tres pasos. Primero, la ya apuntada jerarquía constitucional que inviste el PIDESC, entre otros instrumentos internacionales, a partir de la reforma de la Constitución producida en 1994 (art. 75.22,

segundo párrafo). Segundo, la permanente doctrina del Tribunal, según la cual, la Constitución nacional “debe ser entendida como una unidad, esto es, como un cuerpo que no puede dividirse sin que su esencia se destruya o altere, como un conjunto armónico en el que cada uno de sus preceptos ha de interpretarse de acuerdo con el contenido de los demás”. Tercero, que dicho cuerpo, después de la mentada reforma, no es otro que el “bloque de constitucionalidad federal”, comprensivo de los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional y de la Constitución. Total: la aludida armonía habrá de ser establecida dentro de ese contexto, vale decir, de un contexto que, por vía del PIDESC, prevé la cuestionada *reinstalación*.

Por cierto, aunque la Corte Suprema abundó en argumentos sobre la señalada concordia, la cuestión ya estaba del todo averiguada en su jurisprudencia: “debe interpretarse que las cláusulas constitucionales y la de los tratados [del art. 75.22, segundo párrafo] tienen la misma jerarquía, son complementarios y, por lo tanto, no pueden desplazarse o destruirse recíprocamente”; la “armonía o concordancia” entre unas y otras “es un juicio constituyente” que los poderes constituidos (p. ej. la Corte) no pueden “desconocer o contradecir” (2).

C. En segundo término, *Álvarez* también dio oportunidad a la Corte para rechazar otra defensa de la empleadora, esta vez apoyada en el antecedente de aquella, “*Figueroa c. Loma Negra Cía. SA*”, de 1984 (Fs. CS 306:1208): “la reinstalación del empleado conlleva una supresión de las facultades ‘discrecionales’ del empleador de organización y dirección de la empresa e integración del personal”, violatoria del art. 14, CN, que consagra la libertad de comercio e industria. Entre los variados fundamentos desplegados por el Tribunal a este respecto (§ 10), hace-

mos hincapié en uno: “[l]a defensa en estudio, sustancialmente, parece responder a una concepción instrumental del trabajador, análoga a la que fue materia de terminante censura por esta Corte en el precedente “*Vizotti*” [Fallos 327:3677 —(2004)]. Esto es así, pues admitir que los poderes del empleador determinen la medida y alcances de los derechos humanos del trabajador importaría, pura y simplemente, invertir la legalidad que nos rige como Nación organizada y como pueblo esperanzado en las instituciones, derechos, libertades y garantías que adoptó a través de la Constitución Nacional. Por lo contrario, son dichos poderes los que habrán de adaptarse a los moldes fundamentales que representan la Constitución Nacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de jerarquía constitucional, bajo pena de caer en la ilegalidad” (§ 10). Y añadió, memorando su sentencia “*Mata c. Ferretería Francesa*” (Fs. CS 252:158 (1962)): “[e]l éxito de una empresa [...] de ningún modo podría hacerse depender, jurídicamente, de la subsistencia de un régimen inequitativo de despidos arbitrarios” (§ 10) (3).

“[E]l sometimiento del trabajador al capricho del ‘poder de mando’ en la dirección empresarial —enseñaba Justo López hace años— es contraria a su dignidad personal y la posibilidad de exclusión, sin motivo justificado, de la comunidad de trabajo lo convierte en un desarraigado, en un instrumento fungible o pieza intercambiable de una maquinaria social de producción de bienes o servicios [...]” (4). La perversa pretensión de “reificar” a la persona trabajadora, que la Corte repudió de plano por mortificar el fundamento definitivo de los derechos humanos, p. ej., la dignidad del ser humano, que no deriva de un reconocimiento ni de una gracia de las autoridades o poderes, toda vez que resulta *intrínseca* o *inherente* a todas y cada una de las personas humanas y por el solo

I. Introducción

La protección del “derecho a trabajar” previsto en el art. 6.1, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), al incluir el derecho del empleado a no verse privado arbitrariamente de su empleo, “si bien no impone la reinstalación, tampoco la descarta”, conclusión que *ratifica* el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), vale decir, el “intérprete autorizado del PIDESC en el plano universal”, cuando precisa que “todas las víctimas de violaciones del derecho al trabajo, ‘tienen derecho a una reparación adecuada, que puede adoptar la forma de una restitución [...]’ (*Observación general N° 18 [El Derecho del Trabajo, 2005], § 48*)”. Así lo juzgó la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “*Álvarez c. Cencosud SA*” (Fallos 333:2306, § 7 —2010—; “*Álvarez*”).

El objeto de la presente investigación residirá, pues, en esclarecer el contenido y al-

DOCTRINA. Reparaciones en materia de violación del derecho humano al trabajo. Restitución, indemnización, compensación y garantías de no repetición

Rolando E. Gialdino 1

NOTA A FALLO. Medidas cautelares contra el Estado en materia tributaria

Rodolfo R. Spisso 6

JURISPRUDENCIA

IMPUESTOS INTERNOS. Comercialización del tabaco. Implementación de “pisos mínimos” por la ley 27.430. Medida cautelar. Pedido de suspensión de la aplicación de la nueva normativa. Probable concentración económica y/o comercial. Afectación económica real sobre el patrimonio. Disidencia (CNFed. Contenciosoadministrativo) 6

TASA DE JUSTICIA. Obligado al pago. Casos en los que las costas fueron impuestas por su

orden. Posibilidad de repetición. Interpretación de la Ley de Tasas Judiciales (CS) 8

COLACIÓN. Medidas cautelares. Imprudencia. Garantía mediante hijuela (CNCiv) 8

PRUEBA ANTICIPADA. Naturaleza. Finalidad. Dificultad de la posterior producción probatoria. Procedencia (CNCom) 9

IMPUESTO A LAS GANANCIAS. Reorganización societaria. Escisión entre empresas de un mismo grupo económico. Falta de continuación de la actividad. Disidencia (CNFed. Contenciosoadministrativo) 10

CONTRATO DE TRABAJO. Uso de celular y automóvil. Carácter remuneratorio. Mejora en la calidad de vida del trabajador (CNTrab) 11

hecho de serlo (“Aquino”, Fallos 327:3753, § 11 —2004—).

D. Un tercer elemento debe añadirse a esta argumentación, que tributa resueltamente a la antedicha armonía: “el art. 14 bis [CN] tanto en su extensión como en su comprensión, ha de ser entendido al modo de lo que ocurre con los preceptos que enuncian derechos humanos (v.gr. PIDESc, art. 5.2), vale decir, como una norma de contenidos mínimos” (“Álvarez”, § 9 y sus citas). Dejemos constancia, en subsidio, que “como son numerosos los instrumentos jurídicos en los que se regulan los derechos laborales a nivel interno e internacional, la interpretación de dichas regulaciones debe realizarse conforme al principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana, en este caso, al trabajador. Esto es de suma importancia ya que no siempre hay armonía entre las distintas normas ni entre las normas y su aplicación, lo que podría causar un perjuicio para el trabajador. Así, si una práctica interna o una norma interna favorece más al trabajador que una norma internacional, se debe aplicar el derecho interno. De lo contrario, si un instrumento internacional beneficia al trabajador otorgándole derechos que no están garantizados o reconocidos estatalmente, estos se le deberán respetar y garantizar igualmente” (5). En breve: una de las manifestaciones del principio *pro persona*, aplicado por el Tribunal en diversas causas, en tanto “informa todo el derecho de los derechos humanos” (“Portal de Belén”, Fs. CS 325:292, 306 [2002]) y resulta ‘connatural’ con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (“Madorrán”, Fs. CS 330:1989, 2004 [2007])” (6).

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) Doctor de la UBA (área Derecho Internacional). Investigador en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y profesor de esta materia en maestrías y doctorados de universidades nacionales y extranjeras.

(1) “[L]a *ratio decidendi* del precedente se circunscribe, sin dudas, a una cuestión distinta de la antedicha [reinstalación del trabajador], como lo fue la relativa al art. 17 de la CN y el derecho de propiedad en su nexa con los ‘salarios’ o ‘remuneraciones’ materia de examen en esa oportunidad” (“Álvarez”, § 7).

(2) V.gr. CS “Monges”, Fallos 319:3148, 3158/3159 (1996) voto de los jueces Nazareno, Moliné O’Connor, Boggiano y López; “Chocobar”, Fallos 319:3241, 3268 (1996) voto de los jueces Nazareno, Moliné O’Connor y López; “Petrie”, Fallos 321:885 (1998) votos de los jueces Moliné O’Connor y Boggiano; “Cancela”, Fallos 321:2637 (1998) voto de los jueces Nazareno, Moliné O’Connor, López y Vázquez; “S., V.”, Fallos 324:975 (2001) votos de los jueces Moliné O’Connor y López, y de los jueces Boggiano y Vázquez; “Menem”, Fallos 324:2895 (2001) voto de los jueces Nazareno, Moliné O’Connor y López; “Sciammaro”, Fallos 330:3685 (2007) voto de los jueces Lorenzetti y Highton de Nolasco; Simón, Fallos 328: 2056, 2298/2299 (2005) voto del juez Lorenzetti. “[U]na de las pautas básicas sobre la que se construyó todo el andamiaje institucional que impulsó a la Convención Constituyente de 1994 fue el de incorporar a los tratados internacionales sobre derechos humanos como un orden equiparado a la Constitución Nacional misma (art. 75, inc. 22)” (“Arriola”, Fallos 332:1963, 1974 (2009) voto de los jueces Highton de Nolasco y Maqueda).

(3) La Corte hizo remisión a “Álvarez en: Camusso c. Banco de la Nación Argentina”, 26/06/2012; “Parra Vera c. San Timoteo SA”, 23/08/2011; “Arecco c. Praxair Argentina”, 23/06/2011. Asimismo: “Ledema c. Citrus Batalla SA”, 09/09/2014.

(4) “El derecho a la estabilidad y la estructura de la empresa”, en *Revista Legislación de Trabajo*, XV, p. 657.

(5) Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03, 17/09/2003, Serie A N° 18, § 156; asimismo: § 105. Con cita de los §§ 149 y 153 de esta opinión consultiva, la CS afirmó en “Aerolíneas Argentinas SA c. Ministerio de Trabajo”: “los estados deben ‘velar’ tanto por ‘el estricto cumplimiento de la normativa de carácter laboral que mejor proteja a los trabajadores’, cuanto ‘para que dentro de su territorio se reconozcan

III. El mensaje preceptivo

A. En el orden de ideas anterior, es hora de preguntarse: ¿qué mensaje preceptivo nos transmite el hecho de que el art. 6.1, PIDESc, “si bien no impone la reinstalación, tampoco la descarta”? Para dar respuesta, creemos necesario volver sobre el § 48, *Observación general N° 18. El Derecho al Trabajo (Obs. gral. N° 18)*, transcripto (parcialmente) en *Álvarez como ratificadorio* de la doctrina que acabamos de entrecomillar (§ 7), máxime cuando se trata de un instrumento profusamente aplicado por la Corte (7), al igual que lo ha hecho con otros provenientes de este órgano, Comité DESC (8), y de diversos comités de derechos humanos de las Naciones Unidas (ONU) (9). Ello comprueba, indudablemente, el decidido valor reconocido por el Tribunal a estas observaciones generales, para la hermenéutica del bloque de constitucionalidad federal (10), cuando más que ha calificado a dichos órganos como *intérpretes autorizados* de los tratados en los que ejercen competencia (11). Y, por cierto, lo ha hecho con fundamento en la Constitución: la exégesis del Comité DESC en torno del PIDESc “debe ser tenida en cuenta, ya que comprende las ‘condiciones de vigencia’ de este instrumento”, tal como lo prescribe “el art. 75, inc. 22, CN (Fs. CS 332:709)” (12); la *jerarquía constitucional* “ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, ‘en las condiciones de su vigencia’ (art. 75, inc. 22, 2° párrafo)”, esto es, tal como el tratado “efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación” (CS, “Girolidi”, Fs. CS 318:514,

y apliquen todos los derechos laborales que su ordenamiento jurídico estipula, derechos originados en instrumentos internacionales o en normativa interna’, para lo cual les corresponde adoptar todas las medidas necesarias, sean de orden legislativo y judicial [...]” (Fallos 332:170, § 6 [2009]).

(6) “Carranza Latrubesse c. Estado Nacional - Ministerio de Relaciones Exteriores - Provincia del Chubut”, Fallos 336:1024, § 16 (2013), y otros. *Vid.* GIALDINO, Rolando E., “Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Principios, Fuentes, Interpretación y Obligaciones”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, ps. 113 y ss.

(7) “Ledema”, cit. nota (n.) 3, § 5; “Asociación de Trabajadores del Estado s/ acción de inconstitucionalidad”, Fallos 336:672, § 9 (2013); “Pellicori c. Colegio de Abogados de la Capital Federal”, Fallos 334:1387, § 4 (2011); “González c. Polimat SA y otro”, Fallos 333:699, § 9 (2010); “Ramos c. Estado Nacional”, Fallos 333:311, § 8 (2010); “Trejo c. Stema SA y otros”, Fallos 332:2633, voto de los jueces Fayt y Petracchi, § 5 (2009); “Pérez c. Disco SA”, Fallos 332:2043, §§ 5 y 7 (0); “Silva c. Unilever de Argentina SA”, Fallos 330:5435, voto de los jueces Fayt y Petracchi, §§ 7, 9 y 13 (2007).

(8) V.gr. “Castillo y otros c. Provincia de Salta”, Fallos 340:1795 (2017); “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c. Ministerio de Energía y Minería”, Fallos 339:1077 (2016); “Kersieh y otros c. Aguas Bonaerenses SA y otros”, Fallos 337:1361 (2014); “Escobar, Silvina y otros”, Fallos 336:916 (2013); “Álvarez c. Siembra Seguros de Retiro SA”, 03/03/2009.

(9) P. ej.: “Castillo y otros y Escobar, Silvina y otros”, cits. nota anterior; “F. R., F. C. c. L. S., Y. U.”, Fallos 334:1287 (2011); “G., M. G. s/ protección de persona”, Fallos 331:2047 (2008).

(10) *Vid.* GIALDINO, Rolando E.: “Introducción a las Observaciones Generales de los Comités de Naciones Unidas en materia de Derechos Humanos”, en *Investigaciones*, 1-2, 2001, p. 157; “Derecho Internacional...”, cit. n. 6, ps. 358/365.

(11) V.gr. Comité de los Derechos del Niño (“P., G. M. y P., C. L. s/ protección de persona”, Fallos 33:2307, § 14 (2012); Comité DESC (“Álvarez”, § 7; “Q. C., S. Y. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, Fallos 335:452, § 10 (2012); “Aerolíneas Argentinas SA”, cit. n. 5, § 6).

(12) CS, “Q. C., S. Y.”, cit. n. anterior, § 10. Asimismo: “Aerolíneas Argentinas SA”, cit. n. 5, § 6; “Trejo”, cit. n. 7, voto de los jueces Fayt y Petracchi, § 5.

§ 11 [1995]). El Comité DESC, desde luego, hace efectiva aplicación de sus observaciones generales tanto en la resolución de los casos contenciosos (v.gr. “IDG vs. España”, cit. *infra* n. 28, §§ 11.3, 12 y 17.c), cuanto en el examen de los informes periódicos de los Estados parte, PIDESc (p. ej. *Observaciones finales: Argentina*, 2011, §§ 6, 14, 21 y 25).

B. Aclarada esta relevancia jurídica, transcribamos por entero el recordado § 48: “[T]oda persona o grupo que sea víctima de una vulneración del derecho al trabajo debe tener acceso a adecuados recursos judiciales o de otra naturaleza en el plano nacional. A nivel nacional, los sindicatos y las comisiones de derechos humanos deben jugar un papel importante en la defensa del derecho al trabajo. *Todas las víctimas de esas violaciones tienen derecho a una reparación adecuada, que puede adoptar la forma de una restitución, una indemnización, una compensación o garantías de no repetición*” (13).

C. A nuestro juicio, cuadra poner la tónica sobre el pasaje al que hemos agregado las itálicas, aun cuando mucho pueda seguirse del referente a los *adecuados recursos* (14). Luego, pareciera que ese trozo nos dice cuatro cosas, al menos. Primero, la reparación es un *derecho*, cuando más, añadiríamos, que los tratados de derechos humanos están dirigidos “a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo” (15). Segundo, el cuadro reparador atañe a *toda víctima*, lo cual no es más que un reflejo de que el *derecho al trabajo* corresponde, naturalmente, a *toda persona* (PIDESC, art. 6.1) (16). Tercero, la reparación ha de ser *adecuada* (17). Al respecto, la Corte Interna-

(13) *Vid.* en general: GIALDINO, Rolando E., “El derecho al trabajo en la Observación General 18 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, 2006-B, p. 2085.

(14) La versión original de la *Obs. gral. N° 18*, que fue redactada en inglés, habla de *appropriate remedies* en el lugar en que la castellana expresa *adecuados recursos* y, acotamos, el concepto de *remedy* siempre incluye a la reparación (MEDINA QUIROGA, Cecilia, “Observación General 31 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas”, *Anuario de Derechos Humanos 2005*, Universidad de Chile/Facultad de Derecho, p. 58, nota 11).

(15) Corte IDH, *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (Arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-7/86, 29/08/1986, Serie A N° 7, § 24 y su cita; en igual sentido: CS, “Ekmekdjian c. Sofovich”, Fallos 315:1492, 1513, 1529 (1992).

(16) “En virtud del párr. 2° del art. 2°, así como del art. 3°, el Pacto proscribire toda discriminación en el acceso al empleo y en la *conservación* del mismo” (*Obs. gral. N° 18*, § 12.b.i, itálica agregada; asimismo §§ 19, 23, 31 y pássim.).

(17) En igual sentido, v.gr., Comité de Derechos Humanos, *Observaciones finales: Sudáfrica*, 2016, § 12; *Canadá*, 2015, § 19; *Islandia*, 2012, § 8. Comité contra la Tortura, *Observaciones finales: España*, 2015.

(18) *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d’Amérique) / Avena and Other Mexican Nationals (Mexico vs. United States of America)*, sentencia, 31/03/2004, *Recueil/Reports* 2004, § 119.

(19) La versión original (*supra* n. 14) expresa: *restitution, compensation, satisfaction or a guarantee of non-repetition*, al tiempo que la traducción al francés: *la restitution, l’indemnisation, la satisfaction ou la garantie que la violation ne se reproduira pas*.

(20) V.gr. “Mohamed Ben Djazia y Naouel Bellili vs. España”, comunicación 5/2015, 20/06/2017, §§ 20/21. Sobre el régimen del Protocolo Facultativo, PIDESc: GIALDINO, Rolando E., “Reconocimiento internacional de la justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, LA LEY, 2016-E, 962.

(21) “En virtud del apart. a) del párr. 3 del art. 2° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Comité de Derechos Humanos considera que el autor tiene derecho a un recurso efectivo como se indica a continuación: a) reintegración efectiva en sus funciones, en el cargo que ocupaba, con todas las

consecuencias que ello supone en el nivel que le hubiera correspondido si no hubiese sido despedido en 1991, o en un cargo similar; [...] b) una indemnización determinada basándose en una suma equivalente al pago de los sueldos atrasados y de la remuneración que habría percibido desde el período en que fue suspendido de sus funciones” (comunicación 906/2000, “Félix Enrique Chira Vargas-Machuca vs. Perú”, 22/07/2002, CCPR/C/75/D/906/2000, § 9).

Cuarto: las señaladas formas de reparación —restitución, indemnización, compensación o garantías de no repetición [*Obs. gral. N° 18*, § 48 (19)]— pueden y, en su caso, deben concurrir, según se desprende con nitidez de lo antedicho acerca de la adecuación. Así también lo ilustran el Comité DESC en el terreno del Protocolo Facultativo del PIDESc (20), y otros órganos de derechos humanos análogos en la esfera de la ONU, como es el caso del Comité de Derechos Humanos, tanto en su faz contenciosa (21), como en el de las observaciones generales (22); del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (23), y del Comité de los Derechos del Niño (24).

D. Es oportuno, entonces, advertir que todo lo anterior guarda concordancia con otro instrumento que ha venido haciendo escuela en el ámbito universal: “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones” (*Principios y directrices básicos*), adoptados por la Asamblea General, ONU, el 16 de noviembre de 2005, tras un laborioso proceso de elaboración que insumió

consecuencias que ello supone en el nivel que le hubiera correspondido si no hubiese sido despedido en 1991, o en un cargo similar; [...] b) una indemnización determinada basándose en una suma equivalente al pago de los sueldos atrasados y de la remuneración que habría percibido desde el período en que fue suspendido de sus funciones” (comunicación 906/2000, “Félix Enrique Chira Vargas-Machuca vs. Perú”, 22/07/2002, CCPR/C/75/D/906/2000, § 9).

(22) “[...] cuando procede, la reparación puede entrañar la restitución, la rehabilitación y medidas de satisfacción, como apologías públicas, memoriales públicos, garantías de no repetición y cambios en las leyes y las prácticas pertinentes, así como al sometimiento a la justicia de los autores de violaciones de derechos humanos” (Comité de Derechos Humanos, *Observación general N° 31. La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, 2004, § 16).

(23) “Si no hay resarcimiento no se cumple la obligación de proporcionar un recurso apropiado. Estos recursos deberían incluir diferentes formas de reparación, como la indemnización monetaria, la restitución, la rehabilitación y el recurso de reposición; medidas de satisfacción, como las disculpas públicas, los memoriales públicos y las garantías de no repetición; cambios en las leyes y prácticas pertinentes; y el sometimiento a la justicia de los autores de violaciones de los derechos humanos de la mujer” (*Recomendación general N° 28 relativa al art. 2° de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, 2010, § 32). Es preciso “que los recursos sean adecuados, efectivos, atribuidos con prontitud, holísticos y proporcionales a la gravedad del daño sufrido. Los recursos deben incluir, según corresponda, la restitución (reintegración); la indemnización (ya sea que se proporcione en forma de dinero, bienes o servicios); y la rehabilitación (atención médica y psicológica y otros servicios sociales)” (*Recomendación general N° 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia*, 2015, § 19.b).

(24) “Los niños de la calle que han sido víctimas o son supervivientes de violaciones de los derechos humanos tienen derecho a disponer de recursos jurídicos y de otro tipo que sean efectivos [...] Esto incluye el acceso [...] a mecanismos de reparación [...] Entre las medidas de reparación pueden figurar la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y las garantías de no repetición de las violaciones de derechos (*Observación general N° 21 sobre los niños de la calle*, 2017, § 22).

16 años(25). El propio Comité DESC ha entendido que los *Principios y directrices básicos* “ofrecen indicaciones útiles en cuanto a las obligaciones que se derivan para los Estados de la obligación general de facilitar el acceso a recursos efectivos”(26). Tampoco han sido extraños al repertorio de la Corte(27).

Estos *Principios y directrices básicos* prevén que la reparación ha de ser “adecuada”, además de “efectiva y rápida” (ppios. 11.b, y 15)(28). La adecuación, según lo entendemos, alude a que habrá de ser “apropiada y proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido” (ppios. 15 y 18), y “a las circunstancias de cada caso” (ppio. 18). Y reconocen, como formas no excluyentes entre sí, a la *restitución*, la *indemnización* [*compensation / indemnisation*], la *rehabilitación*, la *satisfacción* y las *garantías de no repetición* (ppio. 18). Dan cuenta, además, de dos circunstancias relevantes para nuestro asunto: a. la restitución comprende, *inter alia*, la “reintegración en [el] empleo” (ppio. 19), y b. los Estados deben asegurar “que su derecho interno proporcione como mínimo el mismo grado de protección a las víctimas que el que imponen sus obligaciones internacionales” (ppio. 1.2.d). No otro resultado buscó (y logró) “Álvarez” cuando sentenció, sin rebozos, por un lado, “[q]ue la reinstalación [...] guarda singular coherencia con los principios que rigen a las instancias jurisdiccionales internacionales en materia de derechos humanos, tendientes a la plena reparación (*restitutio in integrum*) de los daños irrogados, v.gr., por un despido” (§ 8 y sus citas)(29). Y, por el otro, que “[e]l objetivo primario de las reparaciones (*remedies*) en materia de derechos humanos [...] debería ser la rectificación o restitución en lugar de la compensación; esta última sólo proporciona a la víctima algo equivalente a lo que fue perdido, mientras que las primeras reponen precisamente lo que le fue sacado o quitado. El intercambio de violaciones de derechos humanos con dinero, además, entraña un conflicto con el carácter inalienable de aquellos (aun cuando no puede ser descartado cuando la pérdida ha ocurrido y es irreparable) (SHELTON, Dinah, “Remedies in International Human Rights Law”, Oxford University Press, 1999, ps. 43 y 55)” (*idem*).

E. Será necesario reiterar en el siglo XXI, nos preguntamos, que el “el trabajo no es una mercancía” (Declaración de Filadelfia,

1944, I.a, anexa a la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo [OIT]), ni siquiera, fijémoslo, en el sentido del art. 67.12, CN (actual art. 75.13, modif.; CS: “Brizuela c. SA Frigorífica Cía. Swift de La Plata”, Fallos 296:432 [1976]; “Ascuá”, Fallos 333:1361, § 11 y su cita [2010]), y que, por ende, se debe “enfocar toda la temática de las reparaciones de violaciones de los derechos humanos a partir de la integralidad de la personalidad de las víctimas, desestimando cualquier intento de mercantilización —y consecuente trivialización— de dichas reparaciones” (30).

F. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y los *Principios y directrices básicos*, según lo juzgó el juez Cançado Trindade desde el pretorio de la Corte Internacional de Justicia, están “ineluctablemente centrados en las víctimas”, y se inscriben con acierto en un proceso en el cual el derecho a reparación es encarado como un derecho de los individuos víctimas, que da lugar a un correspondiente deber de hacerles justicia, sobre todo cuando el mentado Derecho Internacional, al reconocer derechos inherentes a la persona humana, desautoriza el arcaico dogma positivista que, de manera autoritaria, reducía esos derechos a los “concedidos” o “admitidos” por los Estados(31). Mediante “un enfoque orientado a las víctimas, la comunidad internacional afirma su solidaridad humana con las víctimas de violaciones del derecho internacional, incluidas las violaciones de las normas internacionales de derechos humanos”, proclama el Preámbulo, *Principios y directrices básicos*. Con todo, si bien las reparaciones están concebidas para beneficiar directamente a las víctimas, ello no implica que, en tanto que medidas de justicia, se sustentan en normas generales, y sus beneficios tienen importantes efectos positivos indirectos, uno de los cuales es ejemplificar el cumplimiento de la obligación jurídica de tomar en serio la vulneración de los derechos” (32).

G. Asimismo, observemos que los *Principios y directrices básicos* están destinados a reafirmar y recoger el derecho y la práctica existentes, no a hacer derecho nuevo(33). Y subrayemos, con doble trazo, que uno tanto cabe predicar del reiteradamente citado § 48, *Obs. gral. N° 18*, con el cual el Comité DESC no ha hecho más que proseguir una línea ya iniciada, al menos en 1999, con su *Observación*

general N° 12. El derecho a una alimentación adecuada (art. 11) (§ 32), y continuada hasta hoy(34), incluso en términos asaz explícitos: a. “[l]as autoridades deben estar facultadas para proporcionar recursos eficaces, como indemnización, reparación, restitución, rehabilitación, garantías de que no se repetirá el hecho y excusas públicas, y los Estados partes deben velar por la aplicación efectiva de esas medidas” (35); b. “[p]ara dar plena efectividad a los derechos del Pacto, es imprescindible que haya recursos disponibles, efectivos y rápidos. Ello requiere que las víctimas que deseen obtener reparación tengan un acceso inmediato a una autoridad independiente, que debe tener la potestad de determinar si se ha producido una vulneración y ordenar su cese y la reparación del daño causado. La reparación puede adoptar la forma de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición y debe tener en cuenta la opinión de los afectados” (36). “La asistencia jurídica para la obtención de reparación debería estar disponible y ser gratuita para quienes no puedan pagarla”, añade la *Observación general N° 23 sobre el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias (art. 7°)* (2016, § 57)(37). La doctrina contemporánea ha identificado las formas de reparación que hemos enunciado, desde la perspectiva de las víctimas, de sus demandas, de sus necesidades y aspiraciones, advierte el juez Cançado Trindade en el citado “Ahmadou Sadio Diallo” (*supra* n. 31, §§ 51 y 54).

IV. Obligaciones internacionales del Estado

A. En las condiciones que acabamos de exponer resulta apropiado pasar a la temática de las obligaciones del Estado ante el PIDESC. La *Obs. gral. N° 18*, en este sentido, persiste en la tríada de los deberes de *respetar*, de *proteger* y de *aplicar* los derechos del PIDESC (§ 22), que hemos examinado en otra ocasión(38). Lo hace, por lo pronto, previo advertir que “el derecho al trabajo, amparado en el [PIDESC] afirma la obligación de los Estados Partes de garantizar a las personas [...] en particular *el derecho a no ser privado de trabajo de forma injusta*” (§ 4, itálicas agregadas; asimismo: § 6: “derecho a no ser privado injustamente de empleo”(39). Esta conclusión responde, sin equívocos, a que nos hallamos ante un “derecho fundamental”, amén de “esencial para la realización de otros derechos humanos y [que] constituye una parte inseparable e inherente de la dignidad hu-

mana”; “sirve, al mismo tiempo, a la supervivencia del individuo y de su familia [...]” (§ 1). Con acierto lo destaca la Corte IDH en *Lagos del Campo*, sobre el que volveremos (*infra* 4, A)(40), así como lo había hecho, en anterior oportunidad, el juez García Ramírez: “si bien el derecho al trabajo no se confunde con el derecho a la vida, el trabajo es condición de una vida digna, e incluso de la vida misma: factor de subsistencia”(41). Y la dignidad, imprescindible es tenerlo siempre presente, resulta el “fundamento definitivo” de los derechos humanos(42); “el centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales de nuestro orden constitucional”(43), que “se relaciona con el trabajo en términos ‘naturalmente entrañables’”(44), toda vez que la relación laboral se “distingue de manera patente de muchos otros vínculos jurídicos, puesto que la prestación de uno de los celebrantes, el trabajador, está constituida nada menos que por la actividad humana, la cual resulta, *per se*, inseparable de la persona humana y, por lo tanto, de su dignidad”(45).

B. A nuestros propósitos, conviene que nos detengamos en la obligación de *proteger*, la cual “exige que los Estados Partes adopten medidas que impidan a terceros interferir en el disfrute del derecho al trabajo” (*Obs. gral. N° 18*, § 22; “Álvarez”, § 6; “Ledesma”, cit. n. 3, § 5; “Pellicori”, cit. n. 7, § 5)(46). El incumplimiento de este compromiso se produce cuando los Estados Partes se abstienen de adoptar todas las medidas adecuadas para proteger a las personas sometidas a su jurisdicción contra las vulneraciones del derecho al trabajo imputables a terceros (*Obs. gral. N° 18*, § 35; CS, “Trejo”, cit. n. 7, voto de los jueces Fayt y Petracchi, § 5). Abarca ciertas omisiones, como el hecho de no reglamentar la actividad de particulares, de grupos o de sociedades para impedirles que vulneren el derecho al trabajo de otras personas; o el hecho de no proteger a los trabajadores frente al despido improcedente (*Obs. gral. N° 18*, § 35). El PIDESC impone claramente a cada Estado parte la obligación de adoptar las medidas que considere necesarias para velar por que todas las personas queden protegidas frente al desempleo y la *inseguridad* en el empleo y puedan disfrutar del derecho al empleo tan pronto como sea posible (*idem*, § 37, itálica agregada).

C. Ahora bien, en palabras del Comité DESC, “independientemente del sistema

{ NOTAS }

(25) Vid GIALDINO, Rolando E., “Derechos de las víctimas a acceder a la justicia, a reparaciones y a la verdad: Principios y Directrices básicos de las Naciones Unidas”, en prensa.

(26) *Observación general N° 24 sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales*, 2017, § 40. Vid GIALDINO, Rolando E., “Estados, empresas y derechos humanos: una revisita con motivo de la Observación general N° 24 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, en *Jurisprudencia Argentina*, en prensa.

(27) Vid. “Carranza Latrubesse”, cit. n. 6, § 9.

(28) El Comité DESC se alinea en este sentido: “[l]as autoridades deben estar facultadas para proporcionar recursos eficaces, como indemnización, reparación, restitución, rehabilitación, garantías de que no se repetirá el hecho y excusas públicas, y los Estados partes deben velar por la aplicación efectiva de esas medidas” (*Observación general N° 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (art. 2°, párr. 2°)*, 2009, § 40). “[C]on arreglo al art. 2°, párr. 1 del Pacto, los Estados partes deben adoptar medidas para asegurar el disfrute de los derechos establecidos en el Pacto ‘por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas’. Este requisito incluye la adopción de medidas que garanticen el acceso a recursos judiciales efectivos para la protección de los derechos reconocidos en el Pacto, ya que tal como el Comité lo señaló en su observación general nro. 9, no puede haber un derecho sin un recurso que lo ampare” (Comité DESC, “IDG vs. España”, comunicación 2/2014, 17/06/2015, E/C.12/55/D/2/2014, § 11.3).

(29) “Álvarez” cita a continuación el § 214.7 de Corte IDH, “Baena Ricardo y otros vs. Panamá (fondo, reparaciones y costas”, 02/02/2001, Serie C N° 72), en el cual se dispone que el Estado “debe reintegrar en sus cargos a los 270 trabajadores [...] y, si esto no fuera posible, brindarles alternativas de empleo que respeten las condiciones, salarios y remuneraciones que tenían al momento de ser despedidos”.

(30) Corte IDH, “Caso de los ‘Niños de la Calle’ (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, reparaciones y costas”, 26/05/2001, Serie C N° 77, voto del juez Cançado Trindade, § 28. “No podemos reducir el trabajo a su dimensión puramente mercantil, es la razón por la cual la OIT dice que el trabajo no es una mercancía sino un bien social” (SOMAVIA, Juan, “El trabajo no es una mercancía sino un bien social”, 07/10/2008, <http://www.elmundo.es/elmundo/2008/10/07/solidaridad/1223399157.html>, rec. 07/10/2018).

(31) “Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)”, reparaciones, 19/06/2012, *Recueil* 2012, opinión separada, §§ 54, 55 y 41. Vid. CANÇADO TRINDADE, Antonio A., “El deber del Estado de proveer reparación por daños a los derechos inherentes a la persona humana: génesis, evolución, estado actual y perspectivas”, JA, nro. especial: Derecho Internacional de los Derechos Humanos, 2015-I (GIALDINO, R. E., coord.).

(32) *Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición*, Pablo de Greiff, A/69/518, 2014, § 11. La reparación de los daños compensa, bajo diversas formas, el perjuicio sufrido por las víctimas, *al mismo tiempo* que restablece el orden jurídico perturbado por los actos (u

omisiones) ilícitos, orden el cual reposa sobre el respeto escrupuloso de los derechos inherentes a la persona humana (Corte Internacional de Justicia, “Ahmadou Sadio Diallo”, cit. n. anterior, opinión separada del juez Cançado Trindade, § 81, itálicas agregadas).

(33) ROHT-ARRIAZA, Naomi, “Reparations Decisions and Dilemmas”, *Hastings International and Comparative Law Review*, 27, 2004, ps. 162/163.

(34) Observaciones generales nos.: 14. *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12)*, 2000, § 59; 15. *El derecho al agua (arts. 11 y 12)*, 2002, § 55; 16. *La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (art. 3°)*, 2005, § 21; 19. *El derecho a la seguridad social (art. 9°)*, 2007, § 77; 22. *El derecho a la salud sexual y reproductiva (art. 12)*, 2016, § 64.

(35) *Observación general N° 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (art. 2.2)*, 2009, § 39.

(36) *Observación general N° 24*, cit. n. 26, § 41, itálicas agregadas.

(37) Y agrega, *inter alia*, en el mismo lugar: “[e]l acceso a la reparación [por vulneración del derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias] no debería denegarse aduciendo que la persona afectada es un migrante irregular. No sólo los tribunales, sino también las instituciones nacionales de derechos humanos, las inspecciones de trabajo y otros mecanismos pertinentes, deberían tener autoridad para hacer frente a esas vulneraciones. Los Estados deberían examinar y, de ser necesario, reformar su legislación y sus códigos de procedimiento para garantizar el acceso a la reparación, así como las garantías procesales”.

(38) GIALDINO, Rolando E., “Obligaciones del Estado ante el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, *Revista IIDH*, 37, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2003, p. 87, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R08066-3.pdf>.

(39) Vid. texto *infra* G.

(40) “Resulta relevante mencionar que la sanción establecida en el caso fue la máxima conminada por las normas del derecho del trabajo, que es el despido justificado o legal, en que a título sancionatorio se hace cesar la condición misma de trabajador, o sea, se lo expulsa de una categoría y se le priva de un derecho fundamental y en ocasiones indispensable para la supervivencia y realización de otros derechos. La lesión arbitraria a la estabilidad laboral es susceptible de afectar incluso la propia identidad subjetiva de la persona e incluso trascender, afectando a terceros vinculados” (cit. *infra* n. 54, § 189).

(41) Corte IDH, “Condición jurídica y derechos de los migrantes...”, cit. n. 5, voto, § 28.

(42) CS, “Ledesma”, cit. n. 3, § 4.

(43) *Idem*, “Pupelis y otros”, Fs. CS 314:424, 441/442 —1991—.

(44) *Idem*, “Asociación de Trabajadores...”, cit. n. 7, § 8 y sus citas.

(45) *Idem*, “Pérez”, cit. n. 7, § 4; “Ledesma”, cit. n. 3, § 5 y su cita.

(46) Centramos esta investigación en la relación de empleo privado. De ser de carácter público entraría en juego la obligación de *respetar* el derecho al trabajo, la cual “exige que los Estados Partes se abstengan de interferir directa o indirectamente en el disfrute de ese derecho” (*Obs. gral. N° 18*, § 22).

que se siga para la aplicación del derecho internacional en el ordenamiento jurídico interno (monismo o dualismo), cuando ratifica instrumentos internacionales, el Estado Parte tiene la obligación de darles pleno efecto” en dicho ordenamiento (47). Y añadamos para nuestro país que “cuando la Nación ratifica un tratado, ‘se obliga internacionalmente que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contempla’ (‘Ekmekdjian c. Sofovich’, Fs. CS 315:1492). A partir de este precedente, bueno es recordarlo, no cabe reeditar discusiones doctrinarias acerca del dualismo o monismo para comprender el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico argentino” (48). Súmase a ello la prevención que contiene el citado “Ekmekdjian” en que: “[u]na norma es operativa cuando está dirigida a una situación de la realidad en la que puede operar inmediatamente, sin necesidad de instituciones que deba establecer el Congreso” (§ 20), en nada empee a lo antedicho, puesto que no se advierte qué *instituciones* debería establecer el Congreso para aplicar un marco reparador que se desprende de un texto con jerarquía constitucional. Y decimos esto último, bajo el supuesto de que el condicionamiento de “Ekmekdjian” se ajuste al Derecho Internacional, ya que para el Comité DESC, “[e]n general, las normas internacionales sobre derechos humanos jurídicamente vinculantes deben operar directa e inmediatamente en el sistema jurídico interno de cada Estado Parte, permitiendo así a los interesados reclamar la protección de sus derechos ante los jueces y tribunales nacionales [...] Es especialmente importante evitar cualquier suposición *a priori* de que las normas no deben considerarse de aplicación inmediata. De hecho, muchas de ellas están redactadas en unos términos que son, por lo menos, tan claros y concretos como los de otros tratados sobre derechos humanos, cuyas disposiciones consideran generalmente los tribunales de aplicación inmediata” (*Observación general N° 9. La aplicación interna del Pacto*, 1998, §§ 4 y 11). Son de relevancia estas directrices, toda vez que, por un lado, “[e]n la mayoría de los Estados la determinación de que la disposición de un tratado es, o no es, de aplicación inmediata corresponde a los tribunales, no al poder ejecutivo ni al legislativo [...]” (*idem*, § 11). Y, por el otro, la aplicación directa es tema regido por el Derecho Internacional, ya que atañe nada menos que al cumplimiento o a la violación de una norma propia de aquél (49). A todo evento, dejemos a salvo que “cualquiera que sea la metodología preferida [por el Estado], los medios elegidos para dar cumplimiento al Pacto tienen que garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del mismo”, para lo cual “es importante tener en cuenta la necesidad de asegurar la justiciabilidad” (*idem*, § 7).

D. Nunca será ocioso recordar el precedente “Siri” en el cual, con cita de Joaquín V. González, la Corte sostuvo que las declaraciones, derechos y garantías, no son, como puede creerse, simples fórmulas teóricas: “cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación. Los jueces deben aplicarla en la plenitud de su sentido, sin alterar o debilitar con vagas interpretaciones o ambigüedades la expresa significación de su texto” (Fallos 239:459, 463 [1957]). Más aún; “Siri” impugnó *expressis verbis* cualquier debilitamiento de las garantías constitucionales que pretendiera basarse en la inexistencia de una ley que las reglamente (*idem*). Y este principio jurisprudencial, expresó oportuna y acertadamente Bidart Campos, “debe elevarse a la categoría de norma constitucional” (50). En paralelo, sostiene el Comité DESC: “no puede haber un derecho sin un recurso que lo ampare” (*supra* n. 28).

E. Más todavía: la Constitución y los tratados internacionales, cuando enuncian derechos humanos, lo hacen para que estos “sean efectivos, no ilusorios”, juzgó la Corte, y sumó inmediatamente tres asertos no menos decisivos: los derechos humanos (i) no son “derechos huecos, a ser llenados por el legislador”, pues (ii) tienen un “contenido” que lo proporciona la propia Constitución nacional, (iii) siendo su determinación, “precisamente, uno de los objetos de estudio centrales del intérprete constitucional” (“Vizzoti”, Fallos 327:3677, § 8 [2004]; asimismo: “Madorrán”, Fallos 330:1989, § 10 [2007]).

F. Se requiere, entonces, la aplicación *inmediata* y *directa* de las medidas reparativas que derivan del quebrantamiento del art. 6º, PIDESC (51). Incluso en las relaciones privadas: “el carácter *erga omnes* [de las normas de derechos humanos] establece una obligación de respeto de los derechos humanos en los vínculos *inter privatos*, la cual, desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del *Drittwirkung*, se especifica en el marco de la relación laboral en el deber del empleador de respetar los derechos humanos de sus trabajadores” (52).

G. En “Ramos”, la Corte resume la sustancia de buena parte de lo hasta aquí expuesto: el derecho a trabajar, “así como [e]ngloba todo tipo de trabajos” e impone al Estado claras obligaciones de respetarlo y protegerlo (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general N° 18 [...] párrs. 6, 22 y pássim), comprende inequívocamente, entre otros aspectos, el ‘derecho del trabajador a no verse privado arbitrariamente de su empleo’ (‘Vizzoti’, Fs. CS 327:3677, 3690)” (cit. n. 7, § 8).

V. El aporte regional

A. Es sabido que en 2017 tuvo lugar, en la jurisprudencia de la Corte [IDH], un giro de profundo (y promisorio) calado, el cual veníamos propiciando con insistencia (53). Nos referimos a la sentencia “Lagos del Campo vs. Perú” (54), oportunidad en la cual el tribunal regional, retomando la doctrina general de “Acevedo Buendía y otros vs. Perú”, de 2009, juzgó por primera vez que el “derecho al trabajo” y, por ende, el “derecho a la estabilidad laboral” derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA (arts. 45.b y c, 46 y 34.g), junto con la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre (art. XIV), por manera que están protegidos por el art. 26, Convención Americana sobre Derechos Humanos, e imponen a los Estados las obligaciones generales previstas en los arts. 1.1 y 2 de esta última (§§ 142/144) (55). No olvidemos, al respecto, de un lado, “que el Poder Judicial 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 (CIDH Serie C N° 154, caso ‘Almonacid’, del 26 de septiembre de 2006, parágrafo. 124)” (CS, “Mazzeo”, Fallos 330:2348, § 21 [2007]). Y, del otro, que el citado art. 1.1 prescribe “el deber de ‘garantizar’ el ejercicio y el disfrute de los derechos de los individuos tanto en relación con el poder del [Estado], cuanto en relación con los vínculos con entes no estatales o terceros particulares. Más aún; es deber estatal tomar todas las ‘medidas positivas’ que aseguren dichos derechos en los dos nexos indicados (v., entre otros: Corte Interamericana de Derechos Humanos, ‘Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño’, Opinión Consultiva OC-17/2002, 28 de agosto de 2002, Serie A N° 17, párr. 87 y sus citas)” (CS, “Aerolíneas Argentinas SA”, cit. n. 5, § 6).

De no menor interés resulta destacar las sustanciales referencias a la *Obs. gral. N° 18* en las que se apoyó la Corte IDH, relativas, especialmente, a las contenidas en sus §§ 6 y 35, que ya hemos transcripto (*supra* 3.A y B) (56). Este bagaje, amén del proveniente de otras fuentes [p. ej. el Convenio N° 158 sobre la terminación de la relación de trabajo (57)], condujo a la Corte IDH a sentenciar, en “Lagos del Campo”, que de ello “se desprende que las obligaciones del Estado en cuanto a la protección del derecho a la estabilidad laboral, en el ámbito privado, se traduce en principio en los siguientes deberes: a) adoptar las medidas adecuadas para la debida regulación y fiscalización de dicho derecho; b) *proteger al trabajador y trabajadora, a través de sus órganos competentes* [en el caso, el Poder Judicial], *contra el despido injustificado*; c) *en caso de despido injustificado, remediar la situación (ya sea, a*

través de la reinstalación o, en su caso, mediante la indemnización y otras prestaciones previstas en la legislación nacional). Por ende, d) el Estado debe disponer de mecanismos efectivos de reclamo frente a una situación de despido injustificado, a fin de garantizar el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva de tales derechos” (§ 149, cita omitida e itálicas agregadas). “Es decir, la Corte IDH identifica obligaciones concretas en relación con el derecho al trabajo (estabilidad laboral)” (voto del juez Ferrer Mac-Gregor Poisot, § 14).

B. En estas circunstancias, es dable una concluyente relectura del art. 7º.d, Protocolo de San Salvador, de jerarquía suprallegal (CN, art. 75, primer párrafo): “[e]n casos de despido injustificado, el trabajador tendrá *derecho* a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional” (itálica agregada). Conforme lo expresado en los puntos anteriores, la *readmisión* está prevista en nuestra legislación nacional por vía del art. 6º, PIDESC, así como, entre otras “prestaciones”, la *indemnización*, la *compensación* y las *garantías de no repetición*.

V. Corolarios

A. La obligación de proveer recursos (*remedies*) efectivos es un componente “esencial” del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (58). Mas, salvedad hecha de la indemnización (de manera sólo tarifada), y (parcialmente) de algunos supuestos muy acotados (59), lo cierto es que el legislador no se ha hecho cargo de regular las distintas formas de reparación que se siguen del quebrantamiento del derecho al trabajo. Empero, también es cierto que los órganos judiciales, frente a normas de aplicación directa e inmediata (*supra* 3.C/F), no pueden permanecer indiferentes hacia una eventual responsabilidad internacional del Estado por inobservancia de un compromiso internacional (60), relativo a un sujeto de preferente tutela constitucional: el trabajador (*infra* D). Por lo contrario, es propio de dichos órganos, en la medida de su jurisdicción, “aplicar los tratados internacionales a que el país está vinculado, a fin de evitar que la responsabilidad internacional de la República quede comprometida por su incumplimiento” (CS, “V., D. L. s/ restitución de menores - ejecución de sentencia”, Fs. CS 334:913, § 9 y su cita [2011]) (61). Más aún: esta actividad de la magistratura responde al hecho de que las sentencias judiciales integran el abanico de “medidas” destinadas a satisfacer la efectividad de los derechos (62). “La flexibilidad y amplitud que brinda a los Estados el hecho de que la efectividad de los derechos deba ser realizada ‘por todos los medios apropiados’ (v.gr. PIDESC, art. 2.1) —afirma la Corte— ‘coexiste’ con la ‘obligación’ de aquellos de ‘utilizar todos los medios de que dispongan’

{ NOTAS }

(47) Observaciones finales: *Trinidad y Tobago*, 2002, § 32; *Irlanda*, 2002, § 23; *Concluding observations: United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, the Crown Dependencies and the Overseas Dependent Territories*, 2009, § 13.

(48) CS, “Díaz, Paulo Vicente c. Cervecería y Maltería Quilmes SA”, Fallos 336:593, voto de los jueces Maqueda y Zaffaroni, § 6 y su cita de antecedentes del Tribunal —2013—. *Vid. texto infra* 5.A.

(49) CANÇADO TRINDADE, Antônio A., “Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos”, Porto Alegre, SA Fabris, 1999, 1ª ed., vol. I, ps. 530/531 y su cita de E. Jiménez de Aréchaga.

(50) BIDART CAMPOS, Germán J., “Derecho Constitucional”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1966, t. II, p. 79.

(51) *Vid.* GIALDINO, R. E., “Derecho Internacional...”, ob. cit. n. 6, ps. 325/340.

(52) CS: “Álvarez”, § 4 y su cita de Corte IDH; asimismo: § 10; “Sisnero y otros c. Taldelva SRL”, Fs. CS 337:611, § 3 (2014); “Trejo”, cit. n. 7, voto de los jueces Fayt y Petracchi, § 5.

(53) *Vid.* GIALDINO, Rolando E.: “Derechos económicos, sociales y culturales y Convención

Americana sobre Derechos Humanos”, LA LEY, 2013-E; “Derecho al Trabajo y Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en *Derecho Laboral*, 260 (Montevideo), 2015, p. 569.

(54) Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 31/08/2017, Serie C N° 340, § 143. Asimismo: “Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú”, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 23/11/2017, Serie C N° 344, § 192.

(55) *Vid.* GIALDINO, Rolando E., “Una sentencia histórica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia laboral: derecho al trabajo, libertad de expresión y libertad de asociación”, *La Defensa*, 17, 2018, <http://www.ladefensa.com.ar/n-xvii-marzo-de-2018.html>.

(56) “Lagos del Campo”, cit. n. 54, § 147; para otras referencias a la *Obs. gral. N° 18*, *vid.* §§ 142, nota 193.

(57) *Idem*, § 148: “el Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo [...] dispone que el derecho al trabajo incluye la legalidad del despido en su art. 4º e impone, en particular, la necesidad de ofrecer motivos válidos para el despido, así como el derecho a recursos jurídicos efectivos en caso de despido improcedente”

(citas omitidas). Y continúa: “[e]n similar sentido se encuentra lo dispuesto en la Recomendación N° 143 de la OIT [...]”. *Vid. texto infra* 5.B.

(58) SHELTON, Dinah, “Remedies in International Human Rights Law”, Oxford University Press, 2015, 3ª ed., p. 85.

(59) V.gr. despido discriminatorio (ley 23.592); representantes gremiales (ley 23.551).

(60) “Generalmente se acepta que la legislación interna debe ser interpretada en la medida de lo posible de forma que se respeten las obligaciones jurídicas internacionales del Estado. Por eso, cuando un responsable de las decisiones internas se encuentre ante la alternativa de una interpretación de la legislación interna que pondría al Estado en conflicto con el Pacto y otra que permitiría a ese Estado dar cumplimiento al mismo, el derecho internacional exige que se opte por esta última” (Comité DESC, *Observación general N° 9*, cit. texto *supra* 3.C, § 15).

(61) “Las cuestiones relacionadas con la aplicación interna del Pacto deben considerarse teniendo en cuenta dos principios del derecho internacional: el primero, reflejado en el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados [...] es que ‘Una parte no

podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado’ [...] El segundo principio está reflejado en el art. 8º de la Declaración Universal de Derechos Humanos, según el cual ‘Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley’” (Comité DESC, *Observación general N° 9*, cit. texto *supra* 3.C, § 3).

(62) GIALDINO, R. E., “Derecho Internacional...”, ob. cit. n. 6, ps. 330 y 565. “Dentro de los límites del ejercicio adecuado de sus funciones de examen judicial, los tribunales deben tener en cuenta los derechos reconocidos en el Pacto cuando sea necesario para garantizar que el comportamiento del Estado está en consonancia con las obligaciones dimanantes del Pacto. La omisión por los tribunales de esta responsabilidad es incompatible con el principio del imperio del derecho, que siempre ha de suponerse que incluye el respeto de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos” (Comité DESC, *Observación general N° 9*, cit. texto *supra* 3.C, § 14).

(Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general N° 9. La aplicación interna del Pacto, 1998, párrs. 1/2), *entre los cuales se inscriben, desde luego, las sentencias judiciales* (“García Méndez y otra”, Fs. CS 331:2691, 2702 [2008])” (63).

También lo indican el Comité DESC (64) y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (65), entre otros (66). Prescribe el Comité de Derechos Humanos respecto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pero en términos extensibles a todo tratado de derechos humanos, que las obligaciones que impone el primero en general y su art. 2º en particular, “vinculan a cada Estado Parte en su totalidad. Todos los poderes públicos (ejecutivo, legislativo y judicial) y demás autoridades públicas o gubernamentales, sea cual fuere su rango —nacional, regional o local— están en condiciones de comprometer la responsabilidad del Estado Parte” (*Observación general N° 31*, cit. n. 22) (67). Y acota: “[e]l poder ejecutivo que por lo común representa al Estado Parte en el plano internacional, señaladamente ante el Comité, no puede aducir el hecho de que un acto incompatible con una disposición del Pacto ha sido realizado por otro poder público para tratar de liberar al Estado Parte de responsabilidad por el acto y de la consiguiente incompatibilidad. Esta interpretación se desprende directamente del principio enunciado en el art. 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, en virtud del cual un Estado Parte ‘no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado’”.

B. Por ende, será el juez del trabajo, no el de otra materia (68), caso mediante, tomando en consideración las circunstancias de la causa, las peticiones y defensas puestas en la liza, y *la opinión de la víctima* (*supra* 2.G), mediante *un enfoque orientado hacia esta última* (*supra* 2.F), el encargado de decidir cuál o cuáles de las formas de reparación será(n) la(s) adecuada(s) (restitución, indemnización, compensación, garantías de no repetición), en el supuesto en que juzgue que un despido fue dispuesto sin justa causa (69). Con ello, además, nos aproximaremos al art. 8º, Convenio N° 158 sobre la terminación de la rela-

ción de trabajo, en cuanto a que, para este, si el judicante llegara a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada, pero no considerara posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar la readmisión del trabajador, tendrá la facultad de ordenar el pago de una “indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada” (70). Después de todo, el Comité DESC “no ha dejado de considerar que los alcances del derecho al trabajo del PIDESC son determinables a la luz del [Convenio N° 158], al menos en cuanto impone, en particular, la necesidad de ofrecer motivos válidos para el despido, así como el derecho a recursos jurídicos y de otro tipo en caso de despido improcedente” (*Observación general N° 18*, cit., párr. 11) (71). Ocurre que este instrumento de la OIT ha venido a ejercer, en materia de despido injustificado, una gran influencia incluso para países que no lo han ratificado, así como para definir los alcances del art. 6º, PIDESC (72). Importan estos señalamientos, entre otras razones, por cuanto la Argentina no ha ratificado todavía dicho Convenio, el cual, conforme lo hemos anticipado (*supra* 4.A), también fue tomado en cuenta por la Corte IDH en “Lagos del Campo vs. Perú”, aun cuando este último país tampoco lo había ratificado (§ 158, nota 212). En tal sentido, cortes y tribunales en todas partes del mundo han demostrado ser innovadores al emplear instrumentos internacionales del trabajo, lo cual ha ayudado a proteger los derechos humanos y promover la justicia social (73). Y así como en sistemas monistas se ha ido abandonando cierta hesitación al empleo de instrumentos internacionales ratificados, en ordenamientos dualistas se han desarrollado métodos para tomar en cuenta el derecho internacional, no obstante los requerimientos de la incorporación. Un camino hacia la “globalización judicial”, que mucho depende de la formación de los magistrados y abogados (74).

No es casual, al respecto, que el Comité DESC, en la *Obs. gral. N° 18*, formule un convite: “[s]e invita a los jueces y a otros miembros de las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley a que presten mayor atención a las violaciones del derecho al trabajo en el ejercicio de sus funciones” (§ 50). Tampoco

lo es que haya expresado, en la *Observación general N° 9*, intitulada precisamente *La aplicación interna del Pacto*: “[p]ara poder desempeñar efectivamente esta función [aplicación inmediata del PIDESC], hay que informar a los jueces y a los tribunales competentes de la naturaleza y las consecuencias del Pacto y de la importante función que desempeñan los recursos judiciales en su aplicación” (§ 11) (75).

C. Sin perjuicio de lo antedicho, pongamos en negro sobre blanco que para el Comité DESC, en la *Obs. gral. N° 18*, tal como lo hemos visto, el *derecho* del trabajador a no ser privado del empleo injustamente y, en su caso, el *derecho* a las reparaciones adecuadas, surgen, de manera lisa y llana, del art. 6º, PIDESC, y del cuadro general de obligaciones de ese tratado. La invocación del Convenio N° 158, entonces, sirvió no para *aplicar* este último, sino para *aplicar* el citado art. 6º, y mostrar su sintonía con aquél, mediante el empleo de las pautas de interpretación *sistémica* o *universalista* y *evolutiva* (76). La primera nos dice, por emplear una fórmula acuñada, reiterada y nunca abandonada por la Corte IDH, que para interpretar los preceptos de un tratado de derechos humanos, ha de ser tomado en cuenta el “muy comprensivo *corpus juris* internacional” en el que aquéllas, por naturaleza, están insertas (77). En tanto que la segunda, por abreviar en la misma fuente, pone de manifiesto que un tratado de derechos humanos debe ser interpretado y aplicado en “el marco del conjunto del sistema jurídico vigente en el momento en que se practica la interpretación”, “en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo”, habida cuenta de “las transformaciones ocurridas” con posterioridad a la adopción del instrumento; la exégesis, en breve, así como “no puede dejar de tomar en cuenta la evolución posterior del derecho”, debe “acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales” (78).

La lectura de una convención a la luz de otras convenciones, una suerte de interpretación “cruzada”, constituye, innegablemente, uno de los fenómenos más salientes de la evolución contemporánea de la protección

internacional de los derechos humanos, e ilustra la existencia de un derecho internacional comparado de los derechos humanos en vías de desarrollo, una práctica interpretativa que reviste una amplitud que no cesa de crecer permanentemente, constituyendo un desafío mayor de la protección convencional (79).

Así lo indican, desde luego, las propias pautas de exégesis, tal como la del art. 31.3.c, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, al expresar el “principio de integración sistémica” (80). Luego, no es por azar que la Corte IDH enseñe que “al dar interpretación a un tratado no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con este (inciso segundo del art. 31 [Convención de Viena cit.]), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (inciso tercero del art. 31)” (81). En otras palabras, “según el argumento sistemático, las normas deben ser interpretadas como parte de un todo cuyo significado y alcance deben fijarse en función del sistema jurídico al cual pertenecen” (82). Luego, las normas posteriores “iluminan” a las ya vigentes (83), por lo que la interpretación de estas no puede ser “disociada” de aquellas (84).

Muestras patentes de estos ejercicios exegéticos las proporcionan otras observaciones generales, Comité DESC, p. ej., cuando precisó que con posterioridad a la adopción del PIDESC (1966), “otros instrumentos internacionales han seguido desarrollando los objetivos a los que debe dirigirse la educación y, por consiguiente, considera que los Estados Partes tienen la obligación de velar por que la educación se adecue a los propósitos y objetivos expuestos en el párr. 1º del art. 13, interpretados a la luz de la Declaración Mundial sobre Educación para Todos [...], la Convención sobre los Derechos del Niño (párr. 1º del art. 29), la Declaración y Plan de Acción de Viena [...] y el Plan de Acción para el Decenio de las Naciones Unidas para la educación en la esfera de los derechos humanos [...] Todos estos textos tienen grandes coincidencias con el párr. 1º del art. 13 del Pacto, pero también incluyen elementos que no están contemplados *expresamente* en él, por ejemplo, referencias concretas a la igualdad entre los sexos y el respeto del

NOTAS

(63) CS, “Pellicori”, cit. n. 7, § 4, itálicas agregadas. “Esta Corte considera que entre las medidas necesarias en el orden jurídico interno para cumplir el fin del Pacto [de San José de Costa Rica] deben considerarse comprendidas las sentencias judiciales. En este sentido, puede el tribunal determinar las características con que ese derecho [de rectificación o respuesta], ya concedido por el tratado, se ejercerá en el caso concreto” (“Ekmekdjian c. Sofovich”, cit. n. 15, § 22). Y agrega, en el mismo lugar: “[...] tanto la tarea judicial como legislativa persiguen el fin común de las soluciones valiosas”.

(64) El Comité DESC “observa con preocupación que no existe jurisprudencia en la que se invoquen los derechos consagrados en el Pacto, a pesar de que, con arreglo al sistema monista del Estado parte, el Pacto forma parte de su legislación nacional” (*Observaciones finales: Namibia*, 2016, § 6). “Teniendo en cuenta que el Estado parte sigue un sistema monista por el que los acuerdos internacionales son directamente aplicables, el Comité [DESC] reitera su preocupación por que algunas disposiciones del Pacto no sean de aplicación inmediata y de obligado cumplimiento en el Estado parte ni hayan sido admitidas por los tribunales para fundamentar reclamaciones jurídicas relativas a derechos económicos, sociales y culturales” (*Observaciones finales: Países Bajos*, 2010, § 6).

(65) El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: a. “insiste en que le preocupa que, de conformidad con el principio del monismo, la decisión de aplicar directamente las disposiciones de la Convención quede a discreción del Tribunal Federal y otras autoridades judiciales nacionales y cantonales (*Observaciones finales: Suiza*, 2016, § 12); b. “[s]i bien señala que la Convención tiene precedencia sobre la legislación nacional, el Comité lamenta que hasta la fecha en ninguna sentencia de los tribunales se hace referencia a la Convención, sobre todo

teniendo en cuenta que el Estado parte tiene un sistema jurídico monista en que en principio las disposiciones de la Convención pueden hacerse valer directamente ante los tribunales nacionales [...] El Comité recomienda que la Convención se aplique directamente en el Estado parte y se incluya en la formación de los jueces” (*Observaciones finales: República Centroafricana*, 2014, § 21/22).

(66) El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (i) “toma nota del sistema monista del Estado parte, por el cual un tratado internacional pasa a formar parte de la legislación nacional tras su ratificación y entrada en vigor, sin necesidad de que se apruebe una ley especial de aplicación [...]” (*Observaciones finales: Liechtenstein*, 2012, § 8); (ii) “observa que el Estado parte es un Estado monista y que las convenciones internacionales, incluida la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, inciden directamente en su sistema jurídico y tienen primacía sobre él” (*Observaciones finales: Jordania*, 2012, § 8).

(67) “Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermodos por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin [...]” (Corte IDH, “Gelman vs. Uruguay”, fondo y reparaciones, 24/02/2011, Serie C N° 221, § 193).

(68) Los “tribunales especializados” y los “procedimientos adecuados” en materia laboral son caracteres relevantes para obtener “la mejor y más rápida solución de los respectivos litigios” (CS, “Lactona SRL Cía.”, Fallos 231:256 (1995) itálicas agregadas). Vid. GIALDINO, Rolando E., “Inconstitucionalidad de reformas a la ley de riesgos del trabajo. Una oportunidad perdida, una esperanza abierta”, LA LEY, 2015-A, 7 y ss.

(69) La Corte IDH “considera lo siguiente: (i) que transcurridos aproximadamente 25 años de los ceses laborales ocurridos en el presente caso, la reincorporación o reposición de los trabajadores en sus antiguos cargos o en otros análogos enfrenta diversos niveles de complejidad y operatividad, en particular, por las modificaciones estructurales que han ocurrido en Petroperú, Enapu, MEF y Minedu. En consecuencia, el Tribunal considera que no dispondrá la reincorporación de las víctimas y, por tal motivo, este aspecto ha sido tomado en cuenta al momento de calcular la indemnización compensatoria” (“Trabajadores Cesados de Petroperú y otros”, cit. n. 54, § 231).

(70) La redacción del art. 10, Convenio N° 158, “da preferencia a la declaración de invalidez de la terminación y a la reinstalación del trabajador como reparación de una terminación injustificada. Con todo es flexible y ofrece otras reparaciones [...]” (Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, *Protection against unjustified dismissal*, OIT, Ginebra, 1995, p. 82, § 219). Sobre la práctica seguida: ps. 82/87.

(71) “Álvarez”, § 7. GIALDINO, R. E., “El Derecho al Trabajo...”, ob. cit. n. 13, VI.

(72) SAUL, Ben - KINLEY, David - MOWBRAY, Jacqueline, “The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Cases, Materials, and Commentary”, Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 349.

(73) THOMAS, Constance - OELZ, Martin - BEAUDONNET, Xavier, “The use of international labour law in domestic courts: Theory, recent jurisprudence, and practical implications”, *Les normes internationales du travail: un patrimoine pour l'avenir. Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, Ginebra, OIT, 2004, p. 284.

(74) *Idem*.

(75) El original, en inglés, *the relevant courts and tribunals must be made aware*, corresponde a la traducción castellana *hay que informar a los jueces y a los tribunales*.

(76) Vid. GIALDINO, R. E., “Derecho Internacional...”, ob. cit. n. 6, ps. 429 y ss.

(77) Corte IDH, “Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú, fondo, reparaciones y costas”, 08/07/2004, Serie C N° 110, § 166, entre muchos otros.

(78) Corte IDH, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, Opinión Consultiva OC-16/99, 01/10/1999, Serie A N° 16, § 113/114; “Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador, excepciones preliminares”, 23/11/2004, Serie C N° 118, § 119 y las numerosas citas de su nota 126.

(79) FLAUSS, Jean-François, “La protection des droits de l'homme et les sources du droit international. Rapport général”, *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international. Colloque de Strasbourg*, Paris, Pedone, 1998, ps. 21/23 y sus citas.

(80) *Fragmentación del Derecho Internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional. Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional* (elaborado por Martti Koskeniemi), A/CN.4/L.682, 2006, § 423.

(81) “Masacres de Ituango vs. Colombia”, Serie C N° 148, § 156 y sus citas, itálicas agregadas, entre otros.

(82) Corte IDH, “González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México”, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 16/11/2009, Serie C N° 205, § 43, entre otros.

(83) *Idem*, “Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala”, fondo, 19/11/1999, Serie C N° 63, § 195, entre otros.

(84) *Idem*, “El derecho a la información...”, ob. cit. n. 78, voto del juez Cançado Trindade, § 15.

medio ambiente. *Estos nuevos elementos están implícitos y reflejan una interpretación contemporánea del párr. 1º del art. 13*” (85). Sumemos otro pasaje: “[e]l Comité interpreta el párr. 2º del art. 2º y el art. 3º a la luz de la Convención de la UNESCO relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza y de las disposiciones pertinentes de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre los Derechos del Niño y el Convenio de la OIT sobre poblaciones indígenas y tribales, de 1989 (Convenio N° 169)” (§ 31, itálicas agregadas). Diversos ejemplos se encuentran en las observaciones generales nos. 6 (§§ 4, 14, 31, 33 y pássim) y 14 (§ 43).

{ NOTAS }

(85) *Observación general N° 13. El derecho a la educación (art. 13)*, 1999, § 5, itálicas agregadas. Y agrega, v.gr., “[p]ara la interpretación correcta de ‘enseñanza primaria’, el Comité se guía por la Declaración Mundial sobre Educación para Todos [...] Si bien *enseñanza primaria* no es sinónimo de educación básica, hay una estrecha correlación entre ambas. A este respecto, el Comité suscribe la posición del UNICEF [...]” (§ 9).

(86) CAPÓN FILAS, Rodolfo E., “Tratado de Derecho del Trabajo”, Ed. Platense, La Plata, 2014, t. 1, ps. 183 y 161.

Es el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, diría nuestro Rodolfo Capón Filas, como “fuente de energía para transformar la realidad” (86).

D. Formulado el esclarecimiento del literal anterior, y volviendo sobre el juez laboral, indiquemos que este, para asumir el cometido al que lo hemos destinado (*supra* B), no ha de perder de vista dos circunstancias, ya establecidas por la CS, entre otros, en “Vizzoti” (cit. *supra* 3.E, §§ 9 y 10). Primero, que en la relación y contrato de trabajo se ponen en juego, en lo que atañe a intereses particulares, tanto los del trabajador como los del empleador, y ninguno de ellos debe ser descuidado. Y segundo, que no obstante lo anterior, lo determinante es que, desde el ángulo constitucional, el primero es sujeto de *preferente tutela*, tal

(87) OIT, *Termination of employment instruments. Background paper for the Tripartite Meeting of Experts to Examine the Termination of Employment Convention, 1982 (N°158), and the Termination of Employment Recommendation, 1982 (N°166)*, Ginebra, 2011, p. 76, § 279.

(88) MARSHALL, Adriana, “Labour market policies and regulations in Argentina, Brazil and Mexico: Programmes and impacts”, Employment Strategy Department, OIT, 2004/13.

(89) GIALDINO, Rolando E., en *La Causa Laboral*, 70, 2018.

como se sigue del art. 14 bis, CN, y del renovado ritmo universal que representa el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que cuenta con jerarquía constitucional, en el que exhibe singular relevancia el art. 6º, PIDES, pues, en seguimiento de la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 23.1), enuncia el “derecho a trabajar”, comprensivo “del derecho del trabajador a no verse privado arbitrariamente de su empleo, cualquiera que sea la clase de este”. Más todavía: el juzgador ha de entender que el art. 14 bis, según el cual las leyes “asegurarán: condiciones [...] equitativas de labor” (itálica agregada), enuncia un mandato que traspasa este último marco. Al modo de un común denominador, se proyecta sobre todos los restantes contenidos de la norma que, sin perder su identidad y autonomía, también son susceptibles de integrar el concepto de condiciones de labor. Entre ellos se incluye, sin esfuerzos, la protección contra el despido arbitrario. Y ‘equitativo’, en este contexto, significa justo en el caso concreto”.

E. Por lo demás, recientes investigaciones sugieren que la innovación y el crecimiento económico se ven fomentados mediante la rigurosidad de las normas en materia de despidos de los empleados (87). Asimismo, un examen sobre Argentina, Brasil y México, publicado por la OIT, invalida el “argumento simplista” para el cual el relajamiento de las

condiciones de los contratos de trabajo y de los despidos sería suficiente para mejorar el empleo (88). Es asunto que hemos considerado en otro momento y lugar bajo el título: “La superación de las crisis requiere la desregulación del trabajo”: una falacia empírica y violatoria del Derecho Internacional de los Derechos Humanos” (89).

F. Excluimos del ejercicio de los arbitrios judiciales, algunos supuestos, p.ej., el llamado despido discriminatorio, por cuanto la ley 23.592 (art. 1º) y la correspondiente jurisprudencia del Tribunal (“Álvarez”), imponen, “a pedido del damnificado”, la *restitución* (“dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización”), aun cuando la segunda y acumulativa consecuencia prevista, “reparar el daño moral y material ocasionados”, abre la puerta a la indemnización, la compensación (satisfacción) y las garantías de no repetición.

G. En suma, proponemos un nuevo paso en el “renovado ritmo universal” que marca el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, cuyo objeto y fin no es otro que la protección de la persona humana, intrínsecamente digna. ●

Cita on line: AR/DOC/2359/2018

NOTA A FALLO

Impuestos internos

Comercialización del tabaco. Implementación de “pisos mínimos” por la ley 27.430. Medida cautelar. Pedido de suspensión de la aplicación de la nueva normativa. Probable concentración económica y/o comercial. Afectación económica real sobre el patrimonio. Disidencia

Hechos: El juez de grado rechazó la medida cautelar solicitada por una empresa con el objeto de que se suspendiera la aplicación a su respecto del “monto mínimo” del impuesto

interno establecido para la comercialización del tabaco, en sus distintas variantes, en los arts. 103, 104 y 106 de la ley 27.430. La firma interpuso un recurso de apelación, alegando que el “piso mínimo” resultaba superior al precio final de venta de la mayor parte de sus productos, lo que no sólo vulneraría su capacidad contributiva sino que además resultaría confiscatorio. La Cámara, por mayoría, revocó lo decidido y admitió la cautelar.

1.- La mecánica de imposición “mínima” al expendio de tabaco establecida por la ley 27.430 no parece conjugar, en el modo

en que ha sido concebida, con los principios constitucionales de equidad, proporcionalidad, igualdad y no confiscatoriedad, además de su potencial incidencia sobre el derecho de trabajar y ejercer toda industria lícita, ya que hace suponer la ocurrencia de un probable fenómeno de concentración económica y/o comercial en el mercado del tabaco en beneficio de un sector determinado.

2.- La incidencia que tiene el denominado “piso mínimo” —\$ 28— sobre los precios finales de los productos de tabaco comer-

cializados —\$ 25, \$ 24 y \$ 19— y su magnitud proporcional permiten colegir que la modificación impositiva introducida por la ley 27.430 mediante el citado “monto mínimo” puede ocasionar un daño cierto a la situación económico-patrimonial y financiera de la empresa actora.

3.- La implementación del “piso mínimo” de impuestos internos para la comercialización del tabaco conduce a dos comportamientos diferentes: la alteración del esquema de costos, de modo que el gravamen se traslada en forma directa e in-

Medidas cautelares contra el Estado en materia tributaria

Rodolfo R. Spisso (*)

SUMARIO: I. El caso.— II. La Ley de Medidas Cautelares contra el Estado.— III. Los fines extrafiscales de los impuestos.— IV. Los argumentos decisivos que fundaron la concesión de la medida cautelar.

I. El caso

La actora (1), en la acción que promoviera, solicita que a título de medida cautelar se ordene la suspensión de la aplicación del impuesto mínimo establecido para la comercialización de tabaco, en sus distintas variantes, permitiéndole abonar el impuesto interno de la ley 24.674, con las alícuotas previstas en los arts. 15, 16 y 18.

Sostiene que la imposición de un piso superior al precio actual de los productos que comercializa, que se produciría por la inci-

dencia del impuesto mínimo de \$ 28 por cada paquete de 20 unidades, en el caso del art. 15, violenta el principio de capacidad contributiva y de no confiscatoriedad. Afirma que la traslación del impuesto mínimo al precio de los cigarrillos la excluiría del sector del mercado en el que habitualmente participa, por la pérdida de su clientela de menores recursos, forzándola a actuar en otro, compitiendo en desventaja con grandes empresas multinacionales en situación de desigualdad, lo cual agudizaría el proceso de monopolización del mercado a favor de las grandes empresas del rubro.

Alega asimismo la accionante que la fijación de impuestos mínimos violenta el principio de capacidad contributiva y el de no confiscatoriedad de los tributos.

I.1. La decisión del Juzgado de Primera Instancia

El Juzgado de Primera Instancia rechaza la medida cautelar, puntualizando que no surgía en forma palmaria y manifiesta la arbitrariedad o ilegalidad de las disposiciones impugnadas, máxime cuando se plantea la inconstitucionalidad de normas legales, cuya presunción de legitimidad es más fuerte, sin que pueda advertirse que las consecuencias de su aplicación resulten más desvaliosas que las producidas por su suspensión, dentro del estrecho marco cognoscitivo del proceso cautelar.

Afirmó, asimismo, que el planteo de inconstitucionalidad o irrazonabilidad de las normas impugnadas requería un mayor debate y prueba, y que la actora no había demostrado que el ingreso del impuesto impugnado pudiera causar graves daños que luego no pudieran repararse y que pusieran en peligro el funcionamiento de la sociedad y su subsistencia como tal.

I.2. La posición de la AFIP

La AFIP, al contestar el traslado del memorial de la actora apelando el rechazo del pedido de la medida cautelar, sostuvo que la modificación a los arts. 15, 16 y 18 de la ley 24.674 por la ley 27.430 persiguió dos objetivos: mejorar la percepción de la renta pública y promover la disminución del consumo de tabaco en razón de la inquietud de la comunidad internacional por las devastadoras consecuencias sanitarias, sociales, económicas y ambientales del consumo de tabaco.

I.3. La decisión de la Cámara

El Tribunal de Alzada, por mayoría, revoca la decisión de primera instancia, cuyo análisis abordaremos en los apartados siguientes.

II. La Ley de Medidas Cautelares contra el Estado

La primera cuestión que es de interés abordar es el carácter restrictivo de la legislación en materia de medidas cautelares contra el Estado, en casos en que está en juego la percepción de la renta pública.

La sanción de la ley 26.854 consolidó la orientación de la ley 25.453, denominada de “Déficit

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)
(*) Doctor (UBA). Profesor titular consulto de Finanzas Públicas y Derecho Tributario de la Facultad de Derecho de la UBA. Profesor de posgrado en Derecho

Tributario en universidades nacionales. Autor de varios libros e innumerables artículos.

(1) CNFed. Cont. Adm., sala IV, 25/09/2018, “Tabacalera Sarandí SA c. Estado Nacional - AFIP - DGI s/ pro-

mediata al precio final que abona el consumidor, o su absorción por la empresa actora, con la consecuente exclusión del sector de mercado en que habitualmente participa o su quiebra, respectivamente.

- 4.- Exigir una demostración acabada del efecto que produce la traslación del impuesto al precio del tabaco y de la consiguiente imposibilidad de competir con las principales corporaciones multinacionales que venden a valores más altos, para tener por demostrada la afectación económica real sobre el patrimonio de la accionante y, en consecuencia, la presencia del *periculum in mora*, importaría, en los hechos, no sólo una prueba de muy difi-

cil producción, sino decidir la cuestión de fondo propuesta, lo que en este estadio no puede admitirse por prematuro.

- 5.- La utilización de pisos mínimos o presunciones para la liquidación de un tributo no es una situación inusual en la materia, de modo que la sola existencia de un piso mínimo no aparece manifiestamente violatoria de derechos constitucionales, al menos con el grado que se requiere para suspender cautelarmente la aplicación de una ley tributaria (del voto en disidencia del Dr. Vincenti).
- 6.- La medida cautelar solicitada por una empresa con el objeto de que se sus-

pendiera la aplicación a su respecto del “monto mínimo” del gravamen establecido para la comercialización del tabaco, en sus distintas variantes, en los arts. 103, 104 y 106 de la ley 27.430, debe ser rechazada, pues si bien sostuvo que se pondría en riesgo el giro normal de sus actividades, se advierte que se trata de un impuesto indirecto, de modo que las alternativas resultantes de la traslación del tributo o, en su caso, de su absorción por el productor, comportan circunstancias que, aparte de resultar de las decisiones discrecionales del interesado, no pueden ser evaluadas en su proyección y consecuencias patrimoniales (del voto en disidencia del Dr. Vincenti).

121.515 — CNFed. Contenciosoadministrativo, sala IV, 25/09/2018. - Tabacalera Sarandí SA c. EN – AFIP – DGI s/ proceso de conocimiento.

[Cita on line: AR/JUR/47530/2018]

! COSTAS

Por su orden, en atención a la naturaleza y complejidad de las cuestiones debatidas.

[El fallo *in extenso* puede consultarse en el Diario La Ley del 25/10/2018, p. 9, Atención al Cliente, www.laleyonline.com.ar o en *Proview*]

Cero”, cuyo art. 14 sustituyó al art. 195 del Cód. Proc. Civ. de la Nación, agregándole un tercer párrafo, que dispone que “los jueces no podrán decretar ninguna medida cautelar que afecte, obstaculice, comprometa o distraiga de su destino o de cualquier forma perturbe los recursos propios del Estado, ni imponer a los funcionarios cargas personales pecuniarias”.

Dicho precepto fue recogido en la ley 26.854, que reguló la cuestión en forma muy restrictiva, a punto tal que de estarse a su literalidad no podrían, por la exigencia del cumplimiento de numerosos recaudos, decretarse medidas cautelares contra el Estado que afectaren la recaudación de los tributos.

La ley 26.854 se hace pasible de graves y severas observaciones, que pasamos a resumir:

a) No se advierte la necesidad de que el juez requiera un informe previo a la autoridad pública demandada para que dentro del plazo de cinco días dé cuenta del interés público comprometido por la solicitud (art. 4º).

b) Elimina la posibilidad de requerir medidas autosatisfactivas en tanto la cautelar no puede coincidir con el objeto de la demanda principal (art. 3º, inc. 4º).

c) Torna totalmente irrazonable la limitación de la vigencia temporal de las medidas cautelares a seis meses y en los procesos de conocimiento que tramitan por el procedimiento sumarísimo y en los juicios de amparo a tres meses (art. 5º), más aún cuando se agudiza la desigualdad procesal al haberse establecido en 60 días hábiles el plazo a favor del Estado para contestar las demandas (art. 338 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

d) Deviene arbitraria la reiteración de la prohibición de dictar medida cautelar alguna que afecte, obstaculice, comprometa, distraiga de su destino o de cualquier forma perturbe los bienes o recursos propios del Estado (art. 9º).

e) Resulta exagerada la limitación de la caución juratoria únicamente a los supuestos en que la cautelar la requieran sectores socialmente vulnerables, se encuentre comprometida la vida digna, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria o ambiental, sin computar en otros casos la presencia del *bonus fumus iuris* (art. 10).

f) Resulta excesiva la acumulación de requisitos para obtener la suspensión de los efectos de un acto estatal, particularmente el de exigir que la ejecución del acto o de la norma ocasione perjuicios graves de imposible reparación ulterior y que no afecte el interés público (art. 13, inc. 1º, puntos a) y d)).

g) Desbarata los derechos del cautelado al asignar efectos suspensivos al recurso de ape-

lación interpuesto contra la resolución que la decreta, a pesar de las excepciones tasadas, las que son de difícil configuración en materia tributaria (art. 13, inc. 3º).

h) Resultan desproporcionados y rigurosos los requisitos que condicionan el otorgamiento de cautelares que importan una determinada conducta o que obliguen a no innovar.

El voto de la mayoría de la Cámara ha podido sortear el conjunto de recaudos que el art. 13 de la ley 26.854 establece para decretar medidas cautelares, en el caso, la suspensión del impuesto mínimo.

Si bien la procedencia de medidas cautelares suspensivas en materia tributaria debe efectuarse con particular estrictez, por la inevitable afectación que su otorgamiento produce sobre la recaudación de los tributos, la doctrina de la Corte y de los tribunales inferiores ha acogido medidas cautelares cuando las normas legales han sido impugnadas sobre bases *prima facie* verosímiles.

La naturaleza de las medidas cautelares no exige de los magistrados el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo la verosimilitud. El peligro en la demora se presenta en el caso en razón de la presencia de un perjuicio grave de imposible o muy dificultosa reparación ulterior (art. 13, inc. 1º, apart. a), ley 26.854), cuya configuración la Cámara tiene por probada por la distinta incidencia de los impuestos mínimos entre los operadores económicos que satisfacen la demanda de diferentes sectores del mercado.

En el caso, el voto de la mayoría advierte que la concesión de la cautela no tiene efectos irreversibles, toda vez que la actora deberá liquidar el tributo de conformidad con las alícuotas establecidas hasta que se dicte la sentencia definitiva (art. 13, inc. 1º, apart. d) y e), ley 26.854).

II.1. La doctrina de la Corte Suprema de la Nación

La Corte ha establecido que si bien por vía de principio las medidas cautelares no proceden respecto de actos administrativos o legislativos, habida cuenta de la presunción de validez que ostentan, tal doctrina debe ceder cuando se las impugna sobre bases, *prima facie*, verosímiles (Fallos 250:154; 251:336, 307:1702 y 314:695, entre otros).

En igual sentido, por encontrarse reunidos los presupuestos previstos en el art. 230 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, la Corte decretó medidas cautelares en diversas causas: CSJ 114/2014 (50-H)/CS1, “Harrriet y Donnelly SA c. Chaco, Provincia del s/ acción declarativa de certeza”, sentencia

del 24/02/2015; CSJ 38/2014 (50-D)/CS1, “Droguería del Sud SA c. Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de certeza”, sentencia del 02/06/2015; “Telecom Argentina SA” (Fallos 338:802); CSJ 4018/2014, “Telecom Personal SA c. Santa Fe, Provincia de s/ acción declarativa de certeza”, sentencia del 10/09/2015; CSJ 230/2011 (47-E)/1, “ENOD SA c. Buenos Aires, Provincia de s/ incidente de medida cautelar”, sentencia del 15/09/2015; CSJ 3992/2015, “Bayer SA c. Santa Fe, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, sentencia del 23/02/2016; CSJ 2902/2015, “Telecom Personal SA c. Chaco, Provincia del s/ acción declarativa (art. 322, Cód. Procesal)”, sentencia del 13/12/2016; y “Red Surcos SA c. Provincia de Buenos Aires s/ acción declarativa de certeza”, sentencia del 03/10/2017.

III. Los fines extrafiscales de los impuestos

En atención a los fines perseguidos por la reforma de la ley 27.430 a los arts. 15, 16 y 18 de la ley 24.674, enunciados por la AFIP en la causa, es de interés referirnos a los fines extrafiscales de los impuestos.

La doctrina suele distinguir entre impuestos fiscales, cuyo objeto principal es obtener recursos para el financiamiento del gasto público, e impuestos con fines extrafiscales o de ordenamiento económico. En estos últimos, si bien predominan fines de orden económico, esto no significa que el objetivo de arbitrar recursos esté ausente. En los impuestos fiscales la finalidad primordial es allegar fondos al Fisco; por tanto, son instrumentales respecto de una finalidad posterior, mientras que los impuestos no fiscales tienen una finalidad directa, tuitiva, demográfica, redistributiva, preventiva, que prescinde en lo inmediato del ingreso, pero que ciertamente está lejos de excluirlo. Por ello, es más adecuado hablar de fines extrafiscales de los impuestos y no de impuestos no fiscales.

La política fiscal es un componente esencial de la política económica y social. La relación entre imposición y sistema económico o entre imposición y extrafiscalidad es tal que pensar en la existencia de un impuesto neutral es una verdadera utopía.

La Corte Suprema de la Nación, en ilustrativa sentencia, tuvo oportunidad de expresar: “Que si bien todo impuesto tiene que corresponder a una capacidad contributiva, la determinación de las diversas categorías de contribuyentes puede hacerse por motivos distintos de la sola medida económica de esa capacidad. El valor económico de los bienes que constituyen el objeto material del impuesto no determina por sí solo, y a veces no determina de ningún modo, las distintas categorías de contribuyentes, ni las que el régimen impositivo hace de los bienes gravados, y de la situación de los contribuyentes a su respecto. En estas determinaciones pueden intervenir factores que no son económicos o que lo son sólo indirectamente” (2).

En suma, el principio de capacidad contributiva implica que sólo aquellos hechos de la

vida social que son índices de capacidad económica pueden ser adoptados por las leyes como presupuesto generador de la obligación tributaria. Mas la estructura del tributo y la medida en que cada uno contribuirá no están determinadas sólo por la capacidad económica del sujeto pasivo, que en algunos casos jugará un papel subsidiario, sino también por razones de conveniencia, justicia social y bien común, ajenas a la capacidad económica.

En la medida en que el tributo se muestra como un instrumento eficaz para el logro de diversos objetivos constitucionales de tutela, redistribución, equilibrio, ocupación, desarrollo, protección de la familia y de la vivienda familiar, etc., además de arbitrar fondos para sufragar los gastos públicos, la existencia de desgravaciones, deducciones, exenciones, escalas progresivas, etc., no violenta el principio de capacidad contributiva. Ésta no se identifica con la capacidad económica, sino con aquella capacidad económica tenida en cuenta por el legislador para ejecutar el programa constitucional. La doctrina italiana identifica capacidad contributiva con capacidad económica cualificada por un deber de solidaridad, es decir, caracterizada por un prevalente interés colectivo (3).

Los fines extrafiscales de los tributos no deben desvirtuar el tributo en su esencia jurídica. El presupuesto que habilita al legislador para establecer un tributo es la capacidad contributiva. Para alcanzar fines extrafiscales se utilizan mecanismos de deducciones, desgravaciones, estímulos, tasas progresivas, atenuándose el principio de que el tributo debe ser proporcional a la capacidad económica.

El principio de capacidad económica puede ceder ante otras exigencias constitucionales: protección y primacía del trabajo sobre el capital, protección económica de la familia (art. 14 bis), progreso económico con justicia social, estímulo a la instrucción general y universitaria y a la investigación y el desarrollo científico y tecnológico, promoción de las industrias, crecimiento armónico de la Nación y poblamiento de su territorio (art. 75, incs. 18 y 19), promoción de medidas de acción directa que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y la protección de los derechos de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas discapacitadas (art. 75, inc. 23), etcétera.

Es de interés señalar que el Estado puede obtener el objetivo extrafiscal que pretende lograr a través de una doble vía: la tributaria y la directa. Si, verbigracia, desea proteger a la industria nacional frente a la extranjera, puede utilizar una vía directa, estableciendo cupos de importación, o la tributaria, instituyendo un derecho aduanero que encarezca el producto importado y desestime su ingreso.

La Corte Suprema ha expresado reiteradamente la admisibilidad de los fines extrafiscales de los impuestos. En la causa “Pablo Horvath” (4) expresó que “juntamente con su esencial propósito de allegar fondos al

{ NOTAS }

ceso de conocimiento”.

(2) CS, 03/03/1948, “Delia Bonorino Ezeiza de Claypole c. Provincia de Buenos Aires”, Fallos 210:289.

(3) MOSCHETTI, Francesco, “El principio de capaci-

dad contributiva”, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1989.

(4) CS, 04/05/1995, “Pablo Horvath c. Nación Argentina”, Fallos 318:676.

tesoro público, los tributos constituyen un valioso instrumento de regulación de la economía, complemento necesario del principio de raigambre constitucional, que prevé atender al bien general (art. 67, inc. 2º, de la CN —texto 1853-1860—) al que conduce la finalidad de impulsar el desarrollo pleno y justo de las fuerzas económicas (Fallos 298:341; 302:508)”.

Ciertamente, las altas alícuotas aplicables al tabaco persiguen el propósito de desestimular su consumo. Sin embargo, el argumento esbozado por la AFIP no da respuesta a la distinta incidencia que los impuestos mínimos tienen en el caso juzgado.

IV. Los argumentos decisivos que fundaron la concesión de la medida cautelar

En primer lugar, el voto de la mayoría de la Cámara remarca que la naturaleza de las medidas cautelares no exige de los magistrados el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo la verosimilitud.

No se desprende que la violación a los principios de capacidad contributiva y de no confiscatoriedad de los tributos haya determinado la concesión de la medida cautelar por parte de la mayoría, si se aprecia, como lo puntualiza la disidencia, que tales agravios constituyen una cuestión fáctica cuya dilucidación excede el estrecho marco de conocimiento cautelar.

En cambio, el argumento referido a que la traslación del impuesto mínimo al precio de los cigarrillos le haría perder a la actora su clientela integrada por consumidores de menores recursos, como consecuencia de la distinta incidencia del tributo entre los operadores económicos, forzando a aquélla a actuar en otro sector del mercado en situaciones de desventaja, con grandes empresas monopólicas, presenta a juicio del voto de la mayoría un cuadro en que no parece aventurado presuponer la ocurrencia de un probable fenómeno de concentración económica y comercial en el mercado del tabaco en beneficio de grandes empresas multinacionales.

Por lo demás, la adopción de montos mínimos de los impuestos no satisface, en la mayoría de los casos, los principios de capacidad contributiva, proporcionalidad y equidad; de ahí que gocen de generalizado rechazo. Si la ley establece alícuotas aplicables sobre la base imponible, no se aprecia la necesidad de establecer, conjuntamente, montos mínimos que, al incrementar la incidencia del tributo, reniegan del principio de proporcionalidad que se desprende del régimen de alícuotas.

La probabilidad de la consumación de perjuicios de difícil o imposible reparación ulterior determinó, en el caso analizado, el acogimiento de la tutela cautelar por parte de la mayoría del tribunal.

En la medida en que la actora siga liquidando el tributo aplicando sobre la base imponible las alícuotas previstas, sin perjuicio de lo que en definitiva decida la sentencia sobre la inconstitucionalidad invocada, no se configura un perjuicio irreparable para el Fisco.

Creo que tampoco ha sido ajena al tribunal la situación de recesión por la que atraviesa la economía nacional, con posibilidad de acentuar ese estado como consecuencia de la quiebra de la actora y sus efectos sobre las fuentes de trabajo, lo cual exige obrar con la debida prudencia a fin de evitar perjuicios, adoptando una protección cautelar hasta que en definitiva, a través de la sentencia, se juzgue la inconstitucionalidad alegada del monto mínimo del tributo.

La sentencia responde a la idea de que es mejor obrar con cautela hasta tanto se dicte sentencia sobre el fondo de la cuestión planteada, antes que correr el riesgo de ocasionar un perjuicio de difícil o imposible reparación posterior, conjugándose, en el caso, la protección del interés fiscal que seguirá cobrando el gravamen de acuerdo con las alícuotas fijadas, estableciendo un equilibrio, aunque transitorio, entre los intereses de ambas partes de la relación tributaria. ●

Cita on line: AR/DOC/2358/2018

JURISPRUDENCIA

Tasa de justicia

Obligado al pago. Casos en los que las costas fueron impuestas por su orden. Posibilidad de repetición. Interpretación de la Ley de Tasas Judiciales.

En virtud de los arts. 9º y 10 de la ley 23.898, es quien promovió la actuación o requirió el servicio de justicia el que debe pagar la tasa, ello sin perjuicio de que sea soportada en la proporción de la condena en costas pertinente, por lo tanto la ley sólo reconoce la posibilidad de repetir lo que se pague, pero no libera a la actora de su obligación aun cuando se haya determinado la proporción en la que se deben afrontar las costas.

121.516 — CS, 17/10/2018. - Provincia del Chaco c. Banco de la Nación Argentina y otros s/ acción declarativa.

[Cita on line: AR/JUR/48740/2018]

Buenos Aires, octubre 17 de 2018.

Considerando: 1º) Que frente a la providencia de fs. 606 mediante la cual se intimó a la parte actora a que practique liquidación de lo adeudado en concepto de tasa de justicia, la Provincia del Chaco solicitó que se reduzca el monto a tributar en un 50% en virtud de la previsión contenida en el artículo 10 de la ley 23.898, dado que las costas del proceso fueron impuestas en el orden causado (fs. 584).

2º) Que es preciso recordar que este Tribunal tiene dicho en reiteradas oportunidades que el hecho imponible que origina la obligación de pagar la tasa de justicia es la prestación de un servicio por parte del órgano jurisdiccional respecto de la pretensión deducida y pesa sobre quien inicia las actuaciones la carga de afrontarla, más allá de que la interesada pueda reclamarle a su contraria el reintegro de las sumas pagadas y que sea ella la que la soporte en definitiva en la proporción que corresponda (Fallos 319:139; 320:2375; 321:1888, entre otros).

3º) Que, en ese sentido, resulta necesario destacar —que la relación de los artículos 9º y 10 de la ley 23.898, solo autoriza a afirmar que es aquel que promovió la actuación o requirió el servicio de justicia el que debe pagar la tasa, sin perjuicio de que, “en defini-

tiva”, —tal la expresión utilizada por el artículo 10—, sea soportada en la proporción de la condena pertinente (Fallos 325:3532).

4º) Que la salvedad resaltada en el considerando anterior exige concluir que la ley solo reconoce la posibilidad de repetir lo que se pague, pero no libera a la actora de ese pago aun cuando se haya determinado la proporción en la que se deben afrontar las costas del proceso.

En ese orden de ideas, esta Corte considera que esa es la interpretación adecuada del texto legal, en la medida en que de lo contrario no se entendería la razón de ser de esa salvedad, sino que habría bastado con señalar que “la tasa de justicia integrará las costas del juicio y será soportada por las partes en la misma proporción en que dichas costas debieren ser satisfechas” (Fallos 325:3532 ya citado, 338:923 y causas CSJ 1032/2002 (38-T)/CS1 “Transportadora de Gas del Sur SA c. Chubut, Provincia del s/ acción declarativa”, CSJ 369/1987 (23-B)/CS1 “Bergadá Mujica, Héctor c. Río Negro, Provincia de s/ reivindicación de inmueble” y CSJ 647/1985 (21-A)/CS1, “Alberto Urani SAI y C. c. Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios”, sentencias del 24 de junio de 2008, 25 de febrero de 2014 y 5 de agosto de 2014, respectivamente).

5º) Que, establecido ello, es preciso señalar también que en este tipo de acciones el monto del juicio debe resultar de pautas objetivas suficientes, es decir, que de los elementos incorporados al proceso debe surgir de modo indudable que la pretensión tiene un explícito contenido patrimonial, aun cuando no se reclame una suma de dinero (Fallos 330:2061 y 4523, y sus citas).

6º) Que, al respecto, este Tribunal ha resuelto en Fallos 323:439 y 328:3016, y en las causas CSJ 395/2000 (36-V)/CS1 “Volkswagen SA de Ahorro para Fines Determinados c. Salta, provincia de s/ acción declarativa” y CSJ 175/2009 (45-F)/CS1, “FJW Sociedad Anónima de Transporte c. Misiones, Provincia de y otros s/ acción de inconstitucionalidad”, sentencias del 14 de octubre de 2008 y 14 de agosto de 2013, que cuando el artículo 2º de la ley 23.898 se refiere al objeto litigioso, lo que está en juego es el Valor comprometido en el proceso.

En el caso, resulta indudable que la pretensión tuvo un explícito contenido patrimonial, en la medida en que la demanda fue interpuesta con el propósito de que el Banco de la Nación Argentina se abstuviera de efectuar retenciones o deducciones de los fondos de

coparticipación federal cedidos en garantía por la Provincia del Chaco en virtud del “Contrato de Cesión Fiduciaria en Garantía, Emisión y Representación” suscripto el 14 de enero de 2000 con el Banco Francés SA, y a su vez, que este último le reintegre al Estado provincial los fondos que se encontraban en su poder en su condición de agente fiduciario; todo ello en mérito a las circunstancias descriptas en el escrito inicial.

En tales condiciones, el monto del proceso surge de las constancias emergentes de la prueba documental identificada como “G-bis” y “G-ter” obrante en copias a fs. 636/640, sobre cuya base la Provincia del Chaco practicó liquidación al promover la acción cautelar a los efectos de determi-

— Fondos en poder del agente fiduciario al 24/06/2002 (documental “G-bis”, fs. 636/639):

Depósitos en cuentas en BBVA Suc. Miami [USA]:

U\$S 4.204.311,81, convertidos a pesos a la cotización del dólar estadounidense tipo vendedor correspondiente a la fecha de inicio del proceso cautelar (\$3,65 por unidad, fuente BCRA, ver fs. 134/148 y 641)\$15.345.738,10

Depósitos en cuentas locales —plazos fijos y a la vista\$9.500.499,80

— Descuentos sobre fondos de coparticipación federal desde el 25/06/2002 hasta la fecha de inicio del proceso cautelar (ver fs. 134/148 y documental “G-ter”, fs. 640)\$4.618.629,76

— Intereses tasa pasiva BCRA desde el 04/09/2002 al 10/03/2016 (238,10%)\$70.155.848,32

Total\$99.620.715,98

— Tasa de justicia (3%)\$2.988.621,48

— Descuento pago de fs. 596 69,67

— Total adeudado\$2.988.551,81

9º) Que, por último, corresponde desestimar el pedido efectuado a fs. 631 tendiente a que el pago de la tasa de justicia sea diferido para el año correspondiente al siguiente ejercicio financiero, dado que no se configuran en el caso los presupuestos previstos en el artículo 2º de la acordada 66/1990.

Por ello, se resuelve: Rechazar los planteos efectuados por la actora a fs. 597 y 631 y, en consecuencia, intimarla para que, en el plazo de sesenta (60) días —que se fija a los efectos de que la Provincia del Chaco pueda efectuar los trámites administrativos pertinentes—, abone la suma de \$2.988.551,81 en concepto de tasa de justicia faltante, bajo apercibimiento de lo dispuesto por el artículo 11 de la ley 23.898. Notifíquese y al señor repre-

sentante del Fisco en su despacho. — Ricardo L. Lorenzetti. — Juan C. Maqueda. — Carlos F. Rosenkrantz.

7º) Que, por las razones expuestas, tampoco puede ser acogida la pretensión esgrimida a fs. 597 de que se tenga por abonada la tasa con el pago efectuado a fs. 596, sino que solo cabe concluir que aquel debe ser considerado como pago efectuado a cuenta, e integrárselo según las previsiones contenidas en el artículo 2º de la ley 23.898, sobre la base del referido contenido económico.

8º) Que, en su mérito, se efectúa a continuación la liquidación pertinente, a fin de determinar el *quantum* adeudado en concepto de tasa de justicia:

Colación

Medidas cautelares. Improcedencia. Garantía mediante hijuela.

I.- La traba de medidas cautelares en la acción de colación es improcedente, pues el valor colacionable estaría —en principio— garantizado con la hijuela misma del coheredero; dado que se trata de una simple operación de contabilidad, en la

medida que el obligado a colacionar no trae ningún bien a la masa, sino que recibe de menos lo que ya recibió en vida del causante.

2. - La traba de un embargo preventivo para asegurar la suma colacionable puede admitirse, en la medida que recaiga sobre la cosa donada que existiría en el patrimonio del demandado, como sobre cualquier otro bien de propiedad de éste.

121.517 — CNCiv., sala E, 26/10/2018. - Virgilio, Alberto Daniel c. Virgilio, Horacio Alfredo s/ Colación.

[Cita on line: AR/JUR/52476/2018]

2ª Instancia. — Buenos Aires, octubre 26 de 2018.

Considerando: I. El actor apeló a fs. 20 la decisión de fs. 19 en la que el sentenciante desestimó la medida cautelar requerida. El respectivo memorial de agravios se agregó a fs. 22/23, por lo que en tales términos corresponde que el Tribunal se expida al respecto.

II. Cuestiona el recurrente lo dispuesto por la juez *a quo* en cuanto rechazó la medida cautelar de embargo en el entendimiento de no encontrarse acreditada la verosimilitud del derecho invocado.

III. Cabe señalar, primeramente, como es sabido, que las providencias cautelares pueden ser solicitadas antes o después de deducida la demanda (argumento artículo 195, Código Procesal), y que para su procedencia es esencial la existencia de una apariencia o verosimilitud del derecho que ampare las pretensiones de quien requiere la medida.

De ahí, que la verosimilitud del derecho no importa la definitiva viabilidad de la pretensión de aquel que solicita la cautela precatoria: basta con la posibilidad de que exista el derecho invocado. Dicha verosimilitud es susceptible de grados y está influida por la índole del reclamo principal, del que no puede ser desvinculada la medida precatoria sugerida. (CNCiv., Sala H, "Hvala, Sergio O. c. Irbauch, Pedro y otro s/ daños y perjuicios", Expte. N° 80.013/201, de fecha 21/03/2012). Es decir, que las medidas cautelares no requieren el grado de certeza propio de la sentencia sobre la existencia del derecho pretendido, sino que resulta suficiente la comprobación de la mera apariencia o verosimilitud del derecho —como se dijera—, resultando improcedente el análisis exhaustivo de las relaciones que vinculan a las partes, cuya naturaleza y extensión han de ser dilucidadas con posterioridad (v. Colombo, Carlos J. - Kiper, Claudio M., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Anotado y Comentado", LA LEY, Tomo II, ps. 438/439).

IV. Examinadas las constancias de autos, dentro del limitado marco de conocimiento de los hechos fundantes de la pretensión, este Colegiado no coincide con los fundamentos contenidos en la resolución en crisis.

En efecto, en la acción de colación, tanto el Cód. Civil como el actual Cód. Civ. y Com. de la Nación, adoptan el criterio de la colación ficticia; es, entonces, una simple operación de contabilidad, porque el obligado a colacionar, no trae ningún bien a la masa (ni en la especie donada ni su equivalente en dinero), sino que recibe de menos lo que ya recibió en vida del causante. Nada de lo recibido se devuelve, sino que se descuenta de su hija (arts. 3476, Cód. Civil y 2385, Cód. Civ. y Com. de la Nación).

De allí la improcedencia —o la innecesariedad— de la traba de medidas cautelares en ese marco, pues el valor colacionable estaría —en principio— garantizado con la hija misma del coheredero, no demostrándose

lo contrario (CCCom., Dolores, 18/12/2012, 92.148, RSI-378, y 92.218, RSI-380).

Sin embargo, el embargo preventivo aquí solicitado tiende a asegurar la suma colacionable, y en tal sentido éste puede recaer sobre la cosa donada que existiría en el patrimonio del demandado, como sobre cualquier otro bien de propiedad de éste (ver ob. cit., p. 593; Highton, Elena I. - Areán, Beatriz A., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", T. 4, p. 310).

El art. 210 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación alude, en general, a supuestos en que se desconoce el carácter invocado por los coherederos, condóminos y socios, o bien cuando se pretende preservar el patrimonio común o la igualdad entre los titulares.

En el caso de los coherederos, el proceso sucesorio habilita al heredero a requerir medidas de seguridad de los bienes y documentos del causante (art. 690 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación), las que tienden fundamentalmente a la determinación y conservación del patrimonio hereditario.

Bajo estos lineamientos, es relevante señalar que el actor promovió la sucesión de su madre en junio del año en curso; denunciando el interesado que el acervo hereditario se compone del inmueble ubicado en la calle Soler 4949 de esta Ciudad.

Por otra parte, no se soslaya lo actuado en el marco de la sucesión del padre de los aquí litigantes, que se tiene a la vista para este acto, por encontrarse radicada ante este Tribunal con motivo de apelaciones interpuestas respecto de su trámite, en particular el acuerdo participativo celebrado entre los coherederos bajo los términos del 2372 del Cód. Civ. y Com. de la Nación —Licitación— y las cesiones de derechos y acciones efectuadas por la madre de aquéllos a favor del demandado, respecto del 50% indiviso de la que sería titular como consecuencia de la disolución de la sociedad conyugal provocada por la muerte de su esposo.

Con ello, sin dejar de advertir que en los autos remitidos *ad effectum videndi et probandi* no se ha decretado a la fecha la apertura de la sucesión, los elementos que se tienen a la vista, tanto de estas actuaciones como en las demás vinculadas, resultan suficientes para admitir la pretensión cautelar intentada, al encontrarse *prima facie* acreditada la verosimilitud del derecho invocado, lo mismo que el peligro en la demora.

En consecuencia y por lo hasta aquí apuntado, bajo exclusiva responsabilidad del peticionario y sobre los derechos y acciones del que resultaría titular el demandado, se resuelve: Admitir el recurso de apelación interpuesto y revocar la resolución dictada a fs. 19, debiendo en la instancia de grado darse curso a la pretensión de fs. 17/18, con los alcances señalados. Regístrese, notifíquese y devuélvase. Se deja constancia de que la publicación de la presente sentencia se encuentra sometida a lo dispuesto por el art. 164, 2º párrafo del Código Procesal y art. 64 del Reglamento para la Justicia Nacional, sin perjuicio de lo cual será remitida al Centro de Información Judicial a los fines previstos por las Acordadas 15/13 y 24/13 de la CSJN. — Paola M. Guisado. — Patricia E. Castro. — Fernando Posse Saguier.

Prueba anticipada

Naturaleza. Finalidad. Dificultad de la posterior producción probatoria. Procedencia.

Hechos: El juez denegó la solicitud del accionante tendiente a obtener una orden de secuestro de los informes técnicos y demás

documentación existente en los archivos físicos o digitales de los demandados, relativa a los automotores individualizados en su escrito inicial. Disconforme, apeló la decisión. La Cámara revocó el decisorio atacado y admitió el pedido del actor.

El pedido de prueba anticipada efectuado por el actor es conducente, por cuanto este dirige su solicitud a asegurar la obtención de elementos de información necesarios para el posterior reclamo de daños y perjuicios por vicios redhibitorios que instará, apareciendo verosímil su motivación con el claro propósito de aventar el ulterior ocultamiento, modificación, destrucción, alteración o pérdida en el objeto probatorio.

121.518 — CNCCom., sala F, 11/09/2018. - Compañía de Transporte de Energía Eléctrica en Alta Tensión transener S.A. c. Volkswagen Argentina S.A. y otros s/ Prueba anticipada.

[Cita on line: AR/JUR/47114/2018]

2ª Instancia. — Buenos Aires, septiembre 11 de 2018.

Vistos: I. Viene apelado por la accionante, el pronunciamiento de fs. 325/328 que denegó la solicitud tendiente a obtener una orden de secuestro de los informes técnicos y demás documentación que exista en los archivos físicos o digitales de Volkswagen SA, Espasa SA y Alra SA relativa a los automotores individualizados en el escrito inicial (fs. 329).

Juzgó la *a quo* que la disposición de la medida solicitada no tiende a asegurar la verdadera eficacia del proceso judicial y resulta claro que no participa de los supuestos previstos por el CPR.: 326. En tal sentido, expuso que, lo que intenta la actora a través de esta acción es la preconstitución de prueba que, a diferencia de la finalidad sustancial de la medida de prueba anticipada, se dirige a la obtención de elementos para decidir si eventualmente promueve la demanda, cuestión ajena al propósito legalmente previsto por la norma mencionada.

2. El memorial de agravios corre en fs. 331/337. Alegó que, contrariamente a lo interpretado en el grado, lo que se busca con el inicio de la prueba anticipada es obtener los informes técnicos o los fines de poder evaluar el "alcance" o cuantificación del reclamo, pero no evaluar si se va a reclamar o no; lo cual, aseveró, no está en duda (v. fs. 333 vta. y fs. 336 vta.).

3. Acerca de la cuestión, cabe referir que la prueba anticipada constituye un modo excepcional de producir prueba *ante tempus*. Su naturaleza es de carácter conservatorio y su finalidad tuitiva con relación a una probanza que se considera trascendente para el proceso. De ahí que esa finalidad protectoria haga acercar los conceptos de prueba anticipada y medida cautelar (cfr. Arazi - Rojas, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2007, T. II, p. 136).

La promotora dirige su solicitud a asegurar la obtención de elementos de información necesarios (informes técnicos de los automotores efectuados por personal capacitado de la marca) para el posterior reclamo de daños y perjuicios por vicios redhibitorios que instará (fs. 332 vta.), quien agregó que no existe ninguna garantía de que las accionadas conserven dichos registros una vez anoticiadas de la acción promovida.

Así planteada la cuestión, dentro del marco de provisionalidad con sujeción al cual es aprehensible toda petición de estas características y a partir de lo que *prima facie* surge de la documentación acompañada —v. gr. intercambio de mails obrantes en fs. 147/189 y acta de constatación notarial de fs. 190 y contenido de la correspondencia epistolar de

fs. 193/207— aparece verosímil la motivación de la demandante sobre la necesidad de obtener una medida como la de la especie con el claro propósito de aventar el ulterior ocultamiento, modificación, destrucción, alteración o pérdida en el objeto probatorio (cfr. en este mismo sentido, CNCCom., Sala E, 17/11/2011, "Softmind Sistema SA c. Cardoso, Cristian Hugo y otros s/ diligencia preliminar).

Es que ciertamente, la imposibilidad o dificultad en la posterior producción probatoria que exige el art. 326 citado debe ser entendida en un sentido amplio (cfr. Di Iorio, Alfredo, "Prueba anticipada", Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1970, p. 30); sobre todo con relación a los archivos digitales, donde la vulnerabilidad y fragilidad que los registros informáticos ofrecen, permiten presuponer el peligro en la demora, ya que pueden desaparecer o resultar afectados por algún virus (cfr. CNCiv., Sala J, 17/05/2007, "Asociación de Beach Soccer Argentina c. Asociación del Fútbol Argentino", cita La Ley on line: AR/JUR/2852/2007; esta Sala F, 17/04/2012, "Aguilar y Asociados SRL c. Native Software SRL s/ ordinario").

En suma, resulta conducente la disposición de medidas tendientes a asegurar la verdadera eficacia del proceso judicial, siempre procurando el mayor de los respetos a las garantías constitucionales en juego: el debido derecho de defensa y el aseguramiento del principio de bilateralidad.

4. Sentado lo expuesto, habiéndose juzgado acreditados la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora de conformidad con lo dispuesto por el art. 326 del Cód. Procesal, admítase el secuestro de los informes técnicos y demás documentación que exista en los archivos físicos de las demandadas con relación a los rodados individualizados en el escrito de inicio, como asimismo la obtención de una copia o *back up* que de tal información pudiere existir en los archivos digitales de las mismas (discos rígidos, extraíbles o no, servidores y cualquier otro tipo de respaldo posible existente en los diversos ordenadores que se encuentren en el domicilio de las accionadas).

La diligencia deberá cumplirse mediante la designación de un perito licenciado o ingeniero en sistemas que deberá designar la juez de grado, con la participación del Oficial de Justicia que corresponda y con citación del Defensor Oficial. Este último, en razón del derecho de defensa previsto por el art. 327 del Cód. Procesal y para representar a la parte contra la que se lleva a cabo la medida, a la cual no podría serle notificada ya que su anticipación en el conocimiento podría posibilitar la alteración o modificación del objeto probatorio a adquirir (cfr. Falcón, Enrique M., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Ed. Abeledo Perrot, T. I, p. 538).

Se estima pertinente que, a fin de evitar todo tipo de especulaciones sobre la factibilidad de una modificación ulterior de los datos obtenidos, una vez efectuada la copia de seguridad, el auxiliar interviniente haga entrega de la misma al Oficial de Justicia quien, a su turno, deberá adjuntarla al expediente para su correspondiente reserva junto con la restante documentación que en archivo físico se obtenga.

5. Por lo expuesto, se resuelve: revocar el decisorio en crisis y admitir la medida pedida con los alcances estipulados en el decurso de la presente. Encomiéndase a la *a quo* la designación de un perito, único y de oficio, licenciado y/o ingeniero en informática, así como las diligencias tendientes a la citación del Defensor Oficial y del Oficial de Justicia de la zona correspondiente. Notifíquese (Ley N° 26.685, Ac. CSJN N° 31/2011, art. 1° y N° 3/2015). Fecho, devuélvase a la instancia de grado. Hágase saber la presente decisión a la Secretaría de Comunicación y Gobierno Abierto (cfr. Ley N° 26.856, art. 1º; Ac. CSJN N° 15/13, N° 24/13 y N° 42/15). Firman solo los suscriptos por encontrarse vacante la vocalía N° 17 (art. 109 del Reglamento

para la Justicia Nacional). — *Rafael F. Barreiro*. — *Alejandra N. Tevez*.

Impuesto a las ganancias

Reorganización societaria. Escisión entre empresas de un mismo grupo económico. Falta de continuación de la actividad. Disidencia.

Hechos: *El fisco nacional rechazó la reorganización societaria comunicada por una firma, por cuanto no se probó que la sociedad continuadora o escidente haya desempeñado la actividad que desarrollaba la sociedad antecesora o escidente. Promovida demanda, el juez de primera instancia la rechazó. La Cámara, por mayoría, confirmó la decisión.*

- 1.- El rechazo del fisco al proceso de reorganización societaria, con sustento en que su continuadora o escidente no había iniciado actividades, resulta ajustado a derecho, pues la efectiva prestación de servicios inmobiliarios carece de prueba adecuada, en tanto las únicas pruebas arrojadas serían tres facturas a favor de la continuadora, dos de una empresa de seguridad y otra de alambrados, máxime si se tiene en cuenta que no acreditó que la presunta demora de la Inspección General de Justicia en otorgar la personalidad jurídica sería imputable a dicho organismo y que, con posterioridad a la inscripción, presentó sus declaraciones juradas en cero.**[1]**
- 2.- Si bien no se desconoce que *prima facie* las sociedades involucradas en la escisión parecerían constituir un conjunto económico, el rechazo a la reorganización societaria se deriva del incumplimiento con el requisito vinculado al mantenimiento de la actividad, durante un lapso no inferior a dos años desde la fecha de la reorganización.**[2]**
- 3.- La circunstancia de que las sociedades afectadas por la escisión están conformadas por los mismos socios que, a su vez, son propietarios en idéntica proporción del capital social de cada una de ellas, hace aplicable el inc. c del art. 105 del decreto reglamentario de la Ley del Impuesto a las Ganancias. (Del voto en disidencia del Dr. Facio).
- 4.- El criterio fiscal de rechazar la reorganización societaria, por cuanto la sociedad continuadora o escidente no habría desempeñado la actividad que desarrollaba la sociedad antecesora o escidente, es excesivamente formalista, ya que si bien las declaraciones juradas confeccionadas por la continuadora constituyen un elemento de convicción relevante, ellas debieron ser ponderadas juntamente con las pruebas que se aportó en el trámite administrativo para acreditar la efectiva realización de la actividad económica en el marco de una reorganización de un grupo económico familiar, que no generó una nueva riqueza susceptible de ser gravada. (Del voto en disidencia del Dr. Facio).

121.519 — CNFed. Contenciosoadministrativo, sala I, 04/09/2018. - Mocalu SA c. EN AFIP s/ Dirección General Impositiva.

[Cita on line: AR/JUR/48263/2018]

JURISPRUDENCIA VINCULADA

[1-2] Ver también, entre otros: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo Federal, sala IV, “Merno S.A. c. E.N. - A.F.I.P. - D.G.I. s/ D.G.I.”, 27/12/2016, AR/JUR/97557/2016

2ª Instancia. — Buenos Aires, septiembre 4 de 2018.

El doctor *Facio* dijo:

I. La firma Mocalu SA promovió demanda, en los términos del artículo 23, inciso “a”, de la ley 19.549, con el objeto de que se revoque la resolución 141/2013 (DI RMIC), dictada por el director de la Regional Microcentro de la Subdirección General de Operaciones Impositivas Metropolitanas de la AFIP-DGI, que rechazó el recurso deducido contra la resolución 23/2011 (DV MGDE), que había desestimado la reorganización societaria comunicada por la firma actora (artículo 77, inciso “b”, de la Ley del Impuesto a las Ganancias 20.628 y artículo 105 del decreto 1344/1998).

II. La señora jueza de primera instancia rechazó la demanda e impuso las costas a la parte vencida.

Para decidir de ese modo sostuvo que:

(i) la parte actora no ha logrado desvirtuar la presunción de legitimidad que ostentan las resoluciones cuestionadas en tanto no probó que la empresa continuadora (Fudelco SA) haya desempeñado la actividad que desarrollaba la empresa reestructurada;

(ii) dicho requisito se desprende del artículo 77 de la Ley de Impuesto a las Ganancias 20.628 y del artículo 105 de su decreto reglamentario;

(iii) más allá de la demora alegada en el trámite de inscripción en la Inspección General de Justicia (IGJ) y de la invocada “usurpación ilegal del inmueble”, no está acreditada la actividad económica de Fudelco SA.

Por último, reguló los honorarios de la representación letrada de la demandada y del perito contador en las sumas de \$... y \$... respectivamente.

III. La firma actora apeló la sentencia (fs. 182) y expresó agravios (fs. 189/193) que fueron replicados (fs. 195/203). Ambas partes apelaron las regulaciones de honorarios.

La actora formula los siguientes planteos:

(i) Del peritaje contable surgen tres facturas emitidas a nombre de Fudelco SA dentro del período de los dos años contado desde la fecha de reorganización —31 de julio de 2007— que demuestran la realización de actos de administración inmobiliaria;

(ii) Existió una mora imputable a la IGJ en el reconocimiento de la personalidad societaria de Fudelco SA configurada el 31 de enero de 2008;

(iii) La demandada no tuvo en cuenta que la reorganización se llevó adelante en el marco de un mismo conjunto económico que es el supuesto previsto en el artículo 77, inciso “c”, de la Ley del Impuesto a las Ganancias 20.628;

(iv) Es relevante reparar en el principio de “realidad económica” en tanto se trata de un negocio conformado por integrantes de una misma familia que no generó ninguna riqueza como consecuencia de la escisión. Son “los mismos familiares que continúan desarrollando la misma actividad inmobiliaria que venían efectuando desde 1971”.

IV. De las actuaciones administrativas se desprende que Mocalu SA comunicó a la AFIP —en los términos de la resolución general 2245— que el 31 de julio de 2007 procedió a reorganizarse de acuerdo con lo establecido en el artículo 77 de la Ley del Impuesto a las Ganancias.

En esa presentación:

(i) Puso en conocimiento del Fisco Nacional que la empresa continuadora que “recibió

parte del patrimonio escindido es Fudelco SA” (fs. 1/6 de las actuaciones administrativas denominadas “cuerpo I de información contable”) y que la sociedad antecesora o escidente —es decir, Mocalu SA— y la sociedad continuadora o escidente —Fudelco SA— tienen por objeto la “compra, venta, fraccionamiento, loteo, construcción, arrendamiento, administración y explotación de bienes inmuebles”.

(ii) Adjuntó constancias documentales dirigidas a acreditar que ambas están conformadas por los mismos socios que ostentan —tanto en Mocalu SA como en Fudelco SA— una idéntica participación accionaria. (María Josefa M. Casares de Delger, Magdalena María Casares de Fuster y Carmen M. Casares de Córdoba Moyano son propietarias, cada una de ellas, de un 33,25%; María Josefa T. Bustos Morón de Casares es propietaria del 0,25% restante).

El Fisco Nacional rechazó la petición. Adujo que Fudelco SA no realizó, por un período no inferior a dos años, ninguna “de las actividades de la o las empresas reestructuradas u otras vinculadas con aquéllas —permanencia de la explotación dentro del mismo ramo— de forma tal que los bienes y/o servicios que produzcan y/o comercialicen la o las empresas continuadoras posean características esencialmente similares a los que producían y/o comercializaban la o las empresas antecesoras”, exigencia que se encuentra prevista —sostuvo— en el artículo 105 del decreto reglamentario de la ley 20.628 (resolución 23/2011 DV MGDE).

Contra esa decisión el actor dedujo el recurso previsto en el artículo 74 del decreto reglamentario de la ley 11.683 que fue desestimado por la resolución 141/2013 (DI RMIC).

Rechazó la impugnación con sustento en que la empresa continuadora no desarrolló ninguna actividad económica por el lapso de dos años con posterioridad a la reorganización. Dijo que “más allá de la demora en el trámite de inscripción en la [IGJ], configurada a fines de 2008, así como también por la usurpación ilegal sufrida en el inmueble, no ha sido posible constatar fehacientemente el desarrollo de actividad económica alguna por parte de Fudelco SA con posterioridad a dichas situaciones”. Señaló que, si bien había aportado un contrato de locación con el objeto de probar “el mantenimiento de la actividad por parte de la continuadora”, dado que ese instrumento no fue expuesto en sus declaraciones juradas no se encontraba acreditado el aludido requisito.

V. Es útil reseñar el contexto normativo involucrado.

El artículo 77 de la Ley del Impuesto a las Ganancias determina que “cuando se reorganicen sociedades, fondos de comercio y en general empresas y/o explotaciones de cualquier naturaleza en los términos de este artículo, los resultados que pudieran surgir como consecuencia de la reorganización no estarán alcanzados por el Impuesto de esta ley, siempre que la o las entidades continuadoras prosigan, durante un lapso no inferior a dos (2) años desde la fecha de la reorganización, la actividad de la o las empresas reestructuradas u otra vinculada con las mismas” y que “se entiende por reorganización: a) la fusión de empresas preexistentes a través de una tercera que se forme o por absorción de una de ellas. b) la escisión o división de una empresa en otra u otras que continúen en conjunto las operaciones de la primera. c) las ventas y transferencias de una entidad a otra que, a pesar de ser jurídicamente independientes, constituyan un mismo conjunto económico”.

El artículo 105 del decreto reglamentario prevé: “a) fusión de empresas: cuando dos (2) o más sociedades se disuelven, sin liquidarse, para constituir una nueva o cuando una

ya existente incorpora a otra u otras que, sin liquidarse, son disueltas, siempre que por lo menos, en el primer supuesto, el ochenta por ciento (80%) del capital de la nueva entidad al momento de la fusión corresponda a los titulares de las antecesoras; en el caso de incorporación, el valor de la participación correspondiente a los titulares de la o las sociedades incorporadas en el capital de la incorporante será aquel que represente por lo menos el ochenta por ciento (80%) del capital de la o las incorporadas;... c) conjunto económico: cuando el ochenta por ciento (80%) o más del capital social de la entidad continuadora pertenezca al dueño, socios o accionistas de la empresa que se reorganiza. Además, éstos deberán mantener individualmente en la nueva sociedad, al momento de la transformación, no menos del ochenta por ciento (80%) del capital que poseían a esa fecha en la entidad predecesora”.

Prescribe, asimismo, que en los supuestos contemplados en el inciso “a”, correspondiente a la fusión de empresas, y en el inciso “b”, previsto para los casos de escisión o división de empresas, debe, además, cumplirse con cuatro requisitos adicionales: (i) que, a la fecha de la reorganización, las empresas que se reorganizan se encuentren en marcha;

(ii) que continúen desarrollando por un período no inferior a dos años, contados a partir de la fecha de la reorganización, alguna de las actividades de la o las empresas reestructuradas u otras vinculadas con aquéllas; (iii) que las empresas hayan desarrollado actividades iguales o vinculadas durante los doce meses inmediatos anteriores a la fecha de la reorganización; (iv) que la reorganización sea comunicada al ente fiscal.

VI. En ese contexto normativo, la interpretación realizada por el Fisco Nacional en las resoluciones que son cuestionadas por la firma actora, y que fue convalidada en la sentencia apelada, es inadmisibles.

Y ello es así por cuanto pretende trasladar el cumplimiento de los recaudos legales contemplados en el artículo 105 del decreto reglamentario, exigibles para las reorganizaciones societarias que se encuadren como fusiones o escisiones, a los supuestos de transferencias dentro de un único conjunto económico (esta Sala, causas: “Autocam SA c. EN-AFIP DGI - Resol. 26/07, 701/07 c. Dirección General Impositiva”, pronunciamiento del 5 de marzo de 2013, y “Solaut SA c. EN-AFIP-DGI- Resol. 218/10 (RCTO) (RG 2245) y otro s/ proceso de conocimiento”, pronunciamiento del 3 de noviembre de 2015).

No puede perderse de vista que —según se vio— las sociedades Mocalu SA y Fudelco SA están conformadas por los mismos socios que, a su vez, son propietarios de una idéntica proporción del capital social de cada una de ellas. Y esa circunstancia hace aplicable el inciso “c” del artículo 105 del decreto reglamentario.

Esta Cámara ha señalado, de un modo que aquí resulta relevante, que la inclusión de las ventas y transferencias entre entidades de un mismo grupo económico como un supuesto de reorganización previsto por la ley del impuesto a las ganancias, debe entenderse en el sentido de que, tratándose de un impuesto que grava la renta, en las reorganizaciones de sociedades en que los titulares de sus capitales continúan, aunque bajo otra estructura o vestimenta jurídica, sus actividades comerciales, no se efectúa ninguna operación con terceros que signifique el acceso a una riqueza que no haya existido con anterioridad (Sala II, causa “Mann Hummel SA c. EN - AFIP- Resol. 5/07 [DYTR], 8/07 [OIGC] s/ Dirección General Impositiva”, pronunciamiento del 7 de junio de 2012).

VII. Desde esa perspectiva se advierte que el peritaje contable contiene datos importantes.

En los libros de la empresa consta la realización de gastos en “bienes de uso” —folio 8 del libro contable denominado “diario n° 1” correspondiente a la factura emitida al proveedor Gustavo M. García Fallit— y también está registrada una erogación en favor de la empresa Trames SRL en concepto de servicio de “seguridad”.

El hecho de que varias de las facturas hayan sido emitidas a nombre de Mocalu SA y no de Fudelco SA no resulta decisivo si se repara en que son anteriores al reconocimiento de la personalidad societaria efectuado por la IGJ (extremo admitido por la parte demandada; fs. 230 de la actuación administrativa n° 10.744-835-2014) y en que solamente a partir de ese reconocimiento pudo obtener su “alta como contribuyente” con la correspondiente capacidad de emitir facturación.

VIII. Las circunstancias apuntadas permiten concluir en que la reorganización comunicada al Fisco Nacional persiguió una finalidad económica y operativa genuina y no una meta puramente fiscal.

Las razones expresadas en las resoluciones apeladas traducen un criterio excesivamente formalista ya que si bien es cierto que las declaraciones juradas confeccionadas por Fudelco SA constituyen un elemento de convicción relevante, ellas debieron ser ponderadas juntamente con las pruebas que aportó la actora en el trámite administrativo para acreditar la efectiva realización de actividad económica en el marco de una reorganización de un grupo económico familiar que — cabe reiterar porque es decisivo— no generó una nueva riqueza susceptible de ser gravada.

IX. Corresponde, pues, admitir los agravios, revocar la sentencia apelada y hacer lugar a la demanda.

X. Las costas deben ser soportadas por la parte demandada que resulta vencida (artículo 68, primera parte, del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

XI. Por el modo en que se resuelve corresponde dejar sin efecto las regulaciones de honorarios contenidas en la sentencia apelada, por lo que no deben tratarse los planteos de las partes sobre dicho aspecto.

En mérito de las razones expuestas, propongo al acuerdo: admitir los agravios, revocar la sentencia apelada y hacer lugar a la demanda, con costas de ambas instancias a cargo de la demandada vencida.

La doctora *do Pico* dijo:

I. En cuanto a la reseña de las cuestiones traídas a conocimiento de esta alzada, me remito a lo expuesto en los considerandos I al III del voto que antecede.

II. A ello, creo que cabe agregar que de los antecedentes administrativos se desprende que:

II.1. El 31/10/2007 los directores de Mocalu SA (la aquí recurrente) acordaron, entre ellos, en firmar un compromiso de escisión con efecto al 31/07/2007. Para ello, Mocalu SA, la sociedad escidente, destinaba parte de su patrimonio para la creación de Fudelco SA, la sociedad escindida.

Todo esto, con la finalidad de que el manejo individual de cada sociedad, optimizara la eficiencia operativa global, mediante una mayor unidad de criterio en la toma de decisiones (cfr. fs. 65/78 cuerpo I información contable).

El 21/01/2008, Mocalu SA, presentó una multinota al Fisco Nacional, informando que con fecha 31/07/2007 se había reorganizado de acuerdo a las previsiones del art. 77 de la Ley de Impuesto a las Ganancias, a los efectos de que la reorganización societaria pudiera

encuadrarse como libre de impuestos (cfr. fs. 303/305: “Informe a la Jefatura” obrante en el cuerpo II información contable).

Asimismo, acompañó constancias documentales destinadas a acreditar que ambas sociedades estaban conformadas por los mismos socios que detentaban una idéntica participación societaria.

II.2. Más adelante, el informe a la jefatura concluyó en que la sociedad continuadora Fudelco SA no había desarrollado actividades por el tiempo requerido en el art. 77 de la Ley de Impuesto a las Ganancias.

Para ello, considero que Fudelco: (i) realizó el alta en todos los impuestos recién en enero de 2009 y en el código de actividad económica, recién en septiembre de 2009 cuando la reorganización databa del 31 de julio de 2007; (ii) presentó declaraciones juradas en cero en el impuesto a las ganancias períodos fiscales 2008 y 2009 y en el impuesto al valor agregado períodos fiscales enero a diciembre de 2009, respectivamente; (iii) no poseía acreditaciones bancarias ni surgían otros indicios de actividad económica.

Por ello, el 30/06/2011, el Jefe (Int.) de la División Gestiones y Devolución desestimó la reorganización societaria en los términos del inciso b) del art. 77 de la Ley de Impuesto a las Ganancias y el inc. b) del art. 105 del Decreto Reglamentario (Res. n° 23/2011 [DV MGDE]).

Contra aquella decisión Mocalu SA interpuso recurso de apelación en los términos del art. 74 del dec. 1397/79, que fue desestimado mediante la resolución n° 141/2013 (DI RMIC) con base en que: “(...) Mocalu SA no logró acreditar el cumplimiento del requisito establecido en la Ley del Impuesto a las Ganancias y en su decreto reglamentario, vinculado con el mantenimiento de la actividad” (ver resolución 141/2013 a fs. 235/258 de la actuación 10.744-835-2014).

III. Ahora bien, a fin de dilucidar si la actora dio cumplimiento a los requisitos previstos para que la reorganización societaria pueda encuadrarse como libre de impuestos, ya que de eso se trata, corresponde recordar que el art. 77 de la ley 20.628 dispone que: “se entiende por reorganización: a) La fusión de empresas preexistentes a través de una tercera que se forme o por absorción de una de ellas. b) La escisión o división de una empresa en otra u otras que continúen en conjunto las operaciones de la primera. c) Las ventas y transferencias de una entidad a otra que, a pesar de ser jurídicamente independientes, constituyan un mismo conjunto económico”; y que “...cuando se reorganicen sociedades, fondos de comercio y en general empresas y/o explotaciones de cualquier naturaleza en los términos de este artículo, los resultados que pudieran surgir como consecuencia de la reorganización no estarán alcanzados por el impuesto de esta ley, siempre que la o las entidades continuadoras prosigan, durante un lapso no inferior a dos (2) años desde la fecha de la reorganización, la actividad de la o las empresas reestructuradas”.

IV. Encuentro que el criterio del Fisco Nacional en tanto rechazó el proceso de reorganización de la actora porque, hasta ese momento, su continuadora o escindida, no había iniciado actividades, se ajusta a derecho.

Ello porque, como señaló la sentencia de primera instancia, los intentos de la recurrente por acreditar la efectiva prestación de servicios inmobiliarios carecen de una prueba adecuada.

En efecto, las únicas pruebas arrimadas respecto al período en examen —o sea los dos años que requiere el transcripto art. 77— serían tres facturas a favor de Fudelco SA, dos de ellas emitidas por una empresa de seguridad y la otra por una empresa de alambrados; lo que no

resulta suficiente para probar que aquella desarrolló su actividad empresarial sino solamente prueba que efectuó esos gastos.

Es que la propia recurrente reconoce en su escrito de apelación que aquellas facturas acreditan de su parte “gastos de mantenimiento” de la propiedad inmobiliaria.

Tampoco resulta relevante a estos efectos la supuesta demora en que habría incurrido la Inspección General de Justicia en otorgar la personalidad jurídica. En primer término, porque no quedó demostrado que aquella fuera imputable al organismo y, en segundo lugar, porque luego de obtener la personalidad jurídica, Fudelco SA tampoco tuvo una actividad económica que pudiera acreditar en las presentes actuaciones.

Esto es así, ya que obtuvo la inscripción en la IGJ en diciembre de 2008 y no obstante ello presentó en cero todas sus declaraciones en el impuesto al valor agregado y en el impuesto a las ganancias por los ejercicios fiscales 2008 y 2009, respectivamente.

Por último, debe decirse que el contrato de locación acompañado por la recurrente —luego de que el Fisco Nacional rechazara la reorganización empresaria— fue de fecha posterior al período en estudio y tampoco puede acreditar entonces el desarrollo de una actividad económica en aquel momento.

Es así, que concluyo que los elementos evaluados por el Fisco son suficientes para considerar que la actora no probó la realización de una actividad económica a los efectos de cumplir con los requisitos establecidos en las normas relativas a los procesos de reorganización en el impuesto a las ganancias.

V. En este sentido, esta Sala ha dicho que: “no caben dudas que los actos impugnados rechazaron el reconocimiento de los efectos tributarios del proceso de reorganización de la actora porque, (...) no realizó “actividades propias”. Ello, en función del principio de la realidad económica consagrado en el artículo 1° de la ley 11.683, conforme al cual para determinar la verdadera naturaleza del hecho imponible se debe atender a los actos, situaciones y relaciones económicas que efectivamente realicen, persigan o establezcan los contribuyentes (cfr. Fallo 328:130; 329:1812; entre otros; y art. 2°, ley 11.683) (causa “Santa Josefina Agropecuaria SA c. EN - AFIP DGI - Resol. 522/06 (RPAL) y 83/06 y otro”, pronunciamiento del 26 de junio de 2013)

De tal manera, y sin poder considerar cumplido el requisito sustantivo previsto en el art. 77 de la L.I.G., en tanto la sociedad escindida no acreditó un real funcionamiento para gozar del beneficio allí previsto, el corolario lógico es el rechazo de la reorganización societaria libre de impuestos.

VI. A la conclusión que antecede, no obsta lo alegado por la recurrente con cita en el precedente “Frigorífico Paladini SA”, pronunciamiento del 2 de marzo de 2011, sobre “(...) la indudable relevancia que la realidad económica posee en la evaluación de los requisitos exigidos en este tipo de procesos —en especial, cuando se encuentra involucrado, como en este caso, un ‘conjunto económico’ a fin de cumplir cabalmente con la intención del legislador”.

Esto es así porque, si bien no se desconoce que, *prima facie*, en el presente caso las sociedades involucradas parecerían constituir un conjunto económico, el rechazo a la reorganización societaria se deriva del incumplimiento con el requisito vinculado al mantenimiento de la actividad, durante un lapso no inferior a DOS (2) años desde la fecha de la reorganización.

VII. Las costas deben ser soportadas por la parte actora vencida por aplicación del

principio general contenido en el artículo 68 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación.

VIII. Que en cuanto a los recursos de apelación por “altos” —actora a fs. 189/193 vta.— y por “bajos” —demandada a fs. 184— contra los honorarios regulados en la sentencia de fs. 177/180 vta., es de destacar que, toda vez que la naturaleza de la acción instada impide considerar la existencia de un monto concretamente discutido —por tratarse de la impugnación de la resolución que rechazó la reorganización de empresas de la actora en los términos del art. 77 de la L.I.G.—, teniendo en cuenta el mérito, calidad y extensión de la labor profesional desarrollada, corresponde reducir a la suma de ... (\$...) los honorarios regulados por los trabajos en la instancia de grado en el ejercicio de la dirección legal y representación procesal de la demandada (arts. 6°, 7°, 9°, 37, 38 y demás c.c. del arancel de abogados y procuradores).

Sobre pautas análogas, en lo pertinente, a las precedentemente enunciadas, se establecen en la suma de ... (\$...) los emolumentos a su favor por las tareas cumplidas (confr. fs. 198/203 vta.) ante esta alzada (art. 14 y demás c.c. del arancel citado).

Por todas estas razones, voto por: (i) rechazar el recurso interpuesto y confirmar la sentencia apelada, con costas y (ii) reducir los honorarios regulados en la instancia de grado y fijar los de esta instancia de acuerdo con lo dicho en el considerando IX.

El doctor *Grecco* adhiere al voto de la doctora *do Pico*.

En virtud del resultado que informa el acuerdo que antecede, el tribunal, por mayoría, resuelve: (i) rechazar el recurso interpuesto y confirmar la sentencia apelada, con costas y (ii) reducir los honorarios regulados en la instancia de grado y fijar los de esta instancia de acuerdo con lo dicho en el considerando IX. El Dr. Carlos Manuel Grecco interviene en función de lo actuado a fs. 205; 206 y 210. Regístrese, notifíquese y, oportunamente, devuélvase. — *Clara M. do Pico*. — *Carlos M. Grecco*. — *Rodolfo E. Facio* (en disidencia).

Contrato de trabajo

Uso de celular y automóvil. Carácter remuneratorio. Mejora en la calidad de vida del trabajador.

La utilización del vehículo y del celular provistos por la empleadora constituye una mejora en la calidad de vida del trabajador e importó una ventaja patrimonial que puede considerarse como una contraprestación salarial en los términos de los arts. 103 y 105 de la L.C.T., puesto que, indudablemente, se ha evitado al actor la erogación de gastos tanto en la adquisición de esos bienes, como en su mantenimiento y utilización.

121.520 — CNTrab., sala IX, 24/10/2018. - Gallardo, Gustavo Armando c. Bureau Veritas Argentina S.A. s/ Despido.

[Cita on line: AR/JUR/53208/2018]

2ª Instancia.— Buenos Aires, octubre 24 de 2018.

El doctor *Pompa* dijo:

I. La sentencia dictada a fs. 245/249 que hizo lugar a la demanda suscitó la apelación que la parte vencida interpuso a fs. 252/260 vta., recibiendo contestaciones de la actora a fs. 262/265.

II. En cuanto se dirige contra el análisis que se efectuó en el decisorio recaído del encua-

dramiento sindical del demandante, la objeción carece de la crítica concreta y razonada que se exige en el art. 116 de la LO como presupuesto ineludible para acceder a la revisión.

En efecto, la demandada se limita a insistir en que las tareas a cargo del demandante no serían las previstas en el ámbito de aplicación del CCT N° 407/05 sin especificar no obstante en qué habrían consistido según su postura, ni mucho menos los elementos de juicio en que se sustentaría su versión.

La objeción descalifica la virtualidad probatoria de las declaraciones de los testigos F., T. y T. propuestos en la causa por la contraparte en base a subjetivos reparos y a la circunstancia de que tendrían juicio pendiente contra la accionada pese a que no constituye una tacha procesal y según doctrina generalizada sólo impone valorarlas con mayor estrictez (Esta Sala, SD N° 16.945 del 20/04/2011 "Fusse, Juan M. c. Jockey Club s/ despido", entre otras), sin evidenciar contradicciones, vaguedades o ambigüedades que las tornen inatendibles y pongan de manifiesto la orfandad probatoria que se acusa.

Por lo demás, contrariamente a lo que afirma la demandada al reprochar incongruencia del decisorio, en el escrito de inicio se fundamenta expresamente que las diferencias salariales reclamadas surgirían del mínimo previsto para la categoría del demandante en el referido CCT N° 407/05 (fs. 5).

Finalmente, con relación al informe contable cabe señalar que en las partes en que hace hincapié la objeción solamente refleja los registros unilaterales de la empleadora y la regularidad de los mismos no fue materia de debate en el punto bajo examen.

Consecuentemente, de prosperar mi voto habrá de confirmarse en lo principal el fallo recaído, tornándose abstracto el tratamiento de las quejas dirigidas contra la procedencia de los incrementos indemnizatorios previstos en la ley 25.323 cuya suerte se sujetó a aquélla.

III. En cuanto al carácter remuneratorio derivado de la utilización de celular y automóvil para uso personal, la apelante invoca declaraciones testimoniales que indican que dichos instrumentos eran utilizados para

cumplir las tareas encomendadas en el marco del contrato de trabajo, cuestión que no generó controversia en la causa, pero frente a las afirmaciones de los testigos T., T. y F. en el sentido de que una vez culminada la jornada laboral el demandante continuaba con su utilización en beneficio propio, al decir del último de los mencionados "...el uso era de 24 horas, 365 días del año, que el actor guardaba el vehículo en su domicilio particular, que el dicente lo sabe porque el actor tenía que rendirle mensualmente los gastos del vehículo, si el actor tenía algún gasto de cochera, se lo rendía al dicente para que le sea reintegrado, que cuando se le asignaba las vacaciones a cada personal de la empresa, ese personal se movilizaba con el vehículo provisto..." (fs. 95), sin que frente a tales afirmaciones se opusieran reglamento o disposiciones internas que restringiesen la utilización del auto y el celular al tiempo que se encontrasen bajo control de la demandada.

Por el contrario, el testigo S., propuesto por la apelante, si bien afirmó que "...si alguien lo usó para uso personal, tendría que haber sido severamente sancionado porque no está permitido...", consintió seguidamente que "...afirmó que "... el que tenía el auto asignado, lo guardaba normalmente en su domicilio por cuestión de practicidad, ninguno de los que tenía asignado el vehículo no le hubiera gustado ir a buscarlo a ... a las 9 de la mañana y dejarlo a las 18 hs..." (fs. 96).

En ese marco, la utilización del vehículo y del celular provistos por la demandada constituyó una mejora en la calidad de vida del trabajador e importó una ventaja patrimonial que puede considerarse como una contraprestación salarial en los términos de los arts. 103 y 105 de la LCT, puesto que, indudablemente, se ha evitado al actor la erogación de gastos tanto en la adquisición del automóvil y el celular como en su mantenimiento y utilización (En el mismo sentido, esta Sala SD N° 16.143 del 22/03/2010, "in re", "Urzuza, Hernán c. Fratelli Branca Destilerías SA s/ despido", entre otros).

Repárese en que los testigos mencionados precedentemente son coincidentes al afirmar que tanto ellos como el accionante, utilizaban el vehículo y celular provisto por la empresa en forma libre en su vida laboral y privada, incluso durante los fines de semana (que no ponían su fuerza de trabajo a disposición de la empresa) y en las vacaciones.

En mérito a estas consideraciones y toda vez que encuentro demostrado que la provisión del vehículo y el celular constituyeron ventajas patrimoniales al actor, que eran percibidas como consecuencia del contrato de

trabajo, que se incorporaron a su calidad de vida y la mejoró y que, además, no se verifica que su utilización pudiera ser encuadrada en las previsiones del art. 103 bis de la LCT ni en las excepciones del ya mencionado art. 105 del mismo plexo legal.

Desde esa perspectiva, en nada varía el análisis que los instrumentos en cuestión hubieran sido alquilados por la demandada en lugar de comprados definitivamente.

Por tales razones, propondré que se confirme también en tales aspectos el pronunciamiento recaído.

IV. Respecto a la regulación de honorarios, que suscitaron impugnación de la demandada por considerar elevados los diferidos a favor de la representación de la contraria y del perito contador, en mi opinión los emolumentos en cuestión resultan ajustados teniendo en cuenta la calidad, mérito y extensión de las tareas llevadas a cabo en la anterior instancia (conf. art. 38, primera parte de la LO, dec.-ley 16.638/1957 y ley 24.432).

V. Costas de alzada a cargo de la demandada vencida (art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

Por las actuaciones desplegadas ante esta instancia, regúlense los honorarios de la representación letrada de la parte actora y de la demandada en el 25% de lo que les correspondió por lo actuado en la anterior, conforme las pautas y normativa expuestas precedentemente.

El doctor *Fera* dijo:

Por compartir los fundamentos, me adhiero al voto que antecede.

El doctor Alvaro Edmundo Balestrini no vota (art. 125 de la L.O.).

A mérito del acuerdo al que se arriba, el Tribunal resuelve: I) Confirmar la sentencia dictada en la anterior instancia en lo que fue materia de apelación. II) Costas de alzada a cargo de la demandada. III) Por las actuaciones desplegadas ante esta instancia, regúlense los honorarios de la representación letrada de la parte actora y de la demandada en el 25% de lo que les correspondió por lo actuado en la anterior. IV) Hágase saber a las partes y peritos que rige lo dispuesto por la ley 26.685 y Acs. CSJN Nros. 38/13, 11/14 y 3/15 a los fines de notificaciones, traslados y presentaciones que efectúen. Regístrese, notifíquese y devuélvase. — *Mario S. Fera*. — *Roberto C. Pompa*.

EDICTOS

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 10, Secretaría N° 19, sito en Libertad 731, 9° piso de esta Ciudad, informa que RONALD DAVID RODRÍGUEZ LA CRUZ, de nacionalidad venezolana, con DNI N° 94.213.021, ha iniciado los trámites tendientes a obtener la Ciudadanía Argentina. Por ello cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que estimara podría obstar a dicha concesión, deberá hacerlo saber a este Juzgado. Publíquese por dos días en LA LEY.

Buenos Aires, 25 de octubre de 2018
Roberto S. Muzio, sec.
LA LEY: I. 07/11/18 V. 08/11/18

El Juzgado Civil y Comercial N° 9 de Mercedes, en los autos caratulados "ECHENIQUE ROBERTO CÉSAR Y OT. C/ MOLINARI ANTONIO Y OT. S/ PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA VICENAL" (Expte. 81311), cita a los herederos de VIOLANDA LICCIARDI, a EDUARDO JOSÉ MOLINARI, NORMA VIOLETA MOLINARI y a MARÍA JOSEFINA BIEBER o sus herederos

y/o quienes se consideren con derecho respecto del inmueble identificado C. VI, S. A. M. 10, Pda. 16511 de Luján, en el término de diez días, bajo apercibimiento, en caso de silencio, de designar al Sr. Defensor Oficial en turno para asumir su representación. El presente se publicará por 2 días en el "Boletín Oficial" y en el diario "La Ley", de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Mercedes (B), 4 de octubre de 2018
Julieta Estevena, Aux. letrada
LA LEY: I. 05/11/18 V. 06/11/18

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 5, Secretaría N° 9, sito en la calle Libertad 731, piso 10° de la Capital Federal, hace saber que PANTIN PÉREZ, ADELA JOSEFINA, DNI: 95.524.565, nacionalidad venezolana, ocupación audiovisualista, ha iniciado los trámites tendientes a la obtención de la Ciudadanía Argentina. Cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que pudiere obstar a dicha concesión, deberá

hacer saber su oposición fundada al Juzgado. Publíquese por dos veces, en el lapso de quince días en el diario "LA LEY".

Buenos Aires, 1 de octubre de 2018
N. Javier Salituri, sec.
LA LEY: I. 05/11/18 V. 05/11/18

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 5, Secretaría N° 9, sito en la calle Libertad 731, piso 10° de la Capital Federal, hace saber que RODRÍGUEZ PÉREZ, ELSA, DNI: 94.221.580, nacionalidad boliviana, ocupación ama de casa, ha iniciado los trámites tendientes a la obtención de la Ciudadanía Argentina. Cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que pudiere obstar a dicha concesión, deberá hacer saber su oposición fundada al Juzgado. Publíquese por dos veces, en el lapso de quince días en el diario "LA LEY".

Buenos Aires, 8 de mayo de 2018
N. Javier Salituri, sec. int.
LA LEY: I. 05/11/18 V. 05/11/18

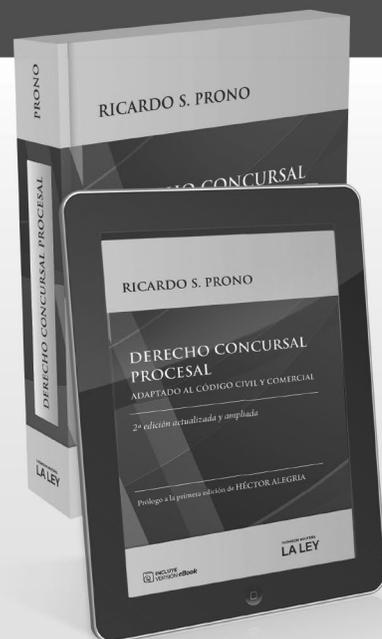
THOMSON REUTERS
LA LEY

DERECHO PROCESAL CONCURSAL

ADAPTADO AL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

2da. edición

Autor: **Ricardo S. Prono**



Una obra indispensable que analiza exhaustivamente el derecho concursal procesal, adaptado al Código Civil y Comercial

- Estudia los múltiples y delicados problemas de índole procesal.
- Encara las modificaciones que el Código Civil y Comercial de la Nación ha introducido en la legislación relacionada a la materia.

  1 tomo + ebook

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

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



the answer company™
THOMSON REUTERS®

Síguenos en:  ThomsonReutersLaLey •  @TRLaLey   ThomsonReutersLatam