



## El derecho real de superficie

### UN HITO EN EL FINANCIAMIENTO DE LA ACTIVIDAD PRODUCTIVA

*Manuel C. Gómez de la Lastra*

**SUMARIO:** I. El derecho real de superficie y el Código Civil y Comercial.— II. El Banco Central de la República Argentina.— III. Conclusiones.

➔ Ahora, podría ser más conveniente constituir el derecho real de superficie, sinérgicamente con el instituto del fideicomiso, lo que permitiría, con mayores certezas, garantizar los intereses de las partes: superficiario, superficiante y entidad financiera, puntualmente en desarrollos como los forestales. Esto así, dado que el crecimiento de las especies arbóreas se produce en plazos mayores que los comunes, entre 10 a 80 años aproximadamente y según la especie, para que el árbol se encuentre en condiciones de ser comercializado.

#### I. El Derecho Real de superficie y el Código Civil y Comercial

##### I.1. Concepto

La autoridad monetaria ha dictado una nueva norma reglamentaria, en cuanto a la garantía que una entidad financiera prestamista puede requerir de un productor agropecuario que, por lo novedosa y en un mercado tradicionalmente conservador, puede considerarse como un giro copernicano en la materia.

Previamente corresponde traer a colación lo previsto en el nuevo Código, donde se define al derecho real de superficie.

Art. 2114.— *El derecho de superficie es un derecho real temporario, que se constituye sobre un inmueble ajeno, que otorga a su titular la facultad de uso, goce y disposición material y jurídica del derecho de plantar, forestar o construir, o sobre lo plantado, forestado o construido en el terreno, el vuelo o el subsuelo, según las modalidades de su ejercicio y plazo de duración estable-*

*cidos en el título suficiente para su constitución y dentro de lo previsto en este título y las leyes especiales.*

En tal virtud aparece una nueva relación jurídica donde existirán dos partes, el titular del dominio o dueño del terreno o inmueble, a quien la doctrina denomina *superficiante* y el llamado *superficiario*.

El *superficiante* es quien constituye el derecho de superficie, a favor del *superficiario*. A su vez, este último está facultado a efectuar construcciones, plantaciones o forestaciones sobre dicho inmueble (1).

Los aspectos sobresalientes del concepto legal reseñado, son los siguientes: la incorporación del derecho de superficie con jerarquía de derecho real; asimismo, se establece como primer objeto una cosa inmueble que debe ser ajena; al titular del derecho de superficie (*superficiario*) se le otorgan las facultades de uso, goce y disposición material y jurídica para el ejercicio de los derechos de plantar, forestar o construir; asimismo, se determina un segundo objeto, consistente en lo plantado, forestado o construido en el inmueble ajeno, ocupando el terreno, el vuelo o el subsuelo, que puede originar un derecho real sobre cosa propia o sobre cosa ajena, con arreglo a lo que se estipule en el acto constitutivo; estableciéndose un plazo máximo de duración y se lo debe constituir por título suficiente (2).

Lo más destacable es justamente la ampliación del ámbito de aplicación de este derecho real. Ya que, si bien estaba incorporado al orden jurídico local, a través de la ley 25.509 (pionera en la materia), se limitaba su aplicación puramente a lo forestal, excluyendo otro tipo de negocios jurídicos. En la actualidad hay diversas variantes que la norma admite, ampliando el espectro de sus posibilidades operativas al plantar, forestar y construir.

Dado lo vasto de los términos utilizados, ya sea el de “forestación” como el de “plantaciones”, se aclara y amplía el campo de

aplicación previsto en la ley 25.509 para el *derecho real de superficie forestal*, alcanzando a todas las actividades realizables sobre una tierra apta a esos efectos, disponiéndose así, junto al fideicomiso de garantía, de un instrumento más seguro y efectivo, que el de los arrendamientos o aparcerías rurales (3).

Del concepto legal surge la estructura de un derecho que, además de reconocer sus diferentes objetivos o destinos (plantar, forestar, construir), se puede constituir abarcando el subsuelo, el rasante, y el vuelo del inmueble involucrado. Asimismo admite que de la constitución del derecho sobre inmueble ajeno se pueda generar un derecho real sobre cosa propia —la plantación, la masa arbórea, lo construido—, lo que no obsta a la constitución originaria y autónoma de este último, cuando tales objetos ya existan sobre el inmueble o su transferencia en propiedad —con arreglo a lo que establecen las normas de aplicación— (4).

Sin embargo no quedan claras las razones que justifican plazos de vigencia tan dispares, de setenta [70] años para las “construcciones” y de cincuenta [50] años para las “forestaciones y plantaciones”, como así también el fundamento por el cual dichos lapsos no sean prorrogables, al menos por un período similar en cada caso, cuando lo lógico hubiera sido, dada la naturaleza económico-productiva de ambas actividades, previa consulta con los potenciales usuarios, prever un solo período para ambas situaciones, renovable por una única vez (5).

##### I.2. Modalidades

El nuevo Código establece las dos modalidades que puede adoptar este derecho: por un lado la facultad de realizar construcciones, plantaciones o forestaciones; y, por el otro, la facultad de hacerse de lo ya construido, plantado o forestado.

De esta manera, en la primera modalidad la ley le otorga al titular del derecho de superficie (*superficiario*) la facultad de llevar

a cabo construcciones, plantaciones o forestaciones ocupando, a tal efecto, la rasante, el vuelo y el subsuelo del inmueble que le pertenece al propietario, lo que determina la constitución del derecho sobre inmueble ajeno cuya utilidad se ha desmembrado. En consecuencia, el dominio del propietario queda imperfecto por la constitución del derecho de superficie (6).

Por esa actividad que el superficiario despliegue sobre el inmueble se producirán cultivos, masas arbóreas o edificios, sobre o bajo la superficie del inmueble, los que le pertenecerán como derecho real sobre cosa propia. La existencia en el inmueble de plantaciones, bosques o construcciones pertenecientes a su propietario permite que éste constituya derecho de superficie sobre su predio transfiriéndole la propiedad de tales objetos (7).

Sin perjuicio de ello, este derecho no es necesario constituirlo en la totalidad del terreno del titular del dominio, sino sólo sobre una parte excluyendo, p. ej., alguna construcción ya realizada. En este sentido la normativa vigente permite que el derecho se constituya total o parcialmente (8).

En una segunda modalidad es donde se establece que puede constituirse el derecho sobre plantaciones, forestaciones o construcciones ya existentes, atribuyendo al superficiario su propiedad. Al respecto la norma dispone que en ambas modalidades el derecho del superficiario coexiste con la propiedad separada del titular del suelo. Al constituirse la superficie se desdobra por un lado la propiedad de éste —que permanece en cabeza del constituyente, quien quedará con un dominio imperfecto o desmembrado o nuda propiedad— y por el otro la propiedad de lo construido o plantado —que pasa a ser propiedad del superficiario en carácter de “propiedad superficiaria”—. En este supuesto la superficie nace como derecho real sobre cosa propia, pues recae sobre la construcción o plantación que ya existe y que pasa a ser propiedad del superficiario, en forma separada de la propiedad del suelo, originándose así directamente

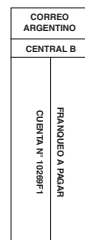
**DOCTRINA.** El derecho real de superficie. Un hito en el financiamiento de la actividad productiva  
*Manuel C. Gómez de la Lastra* ..... 1

**NOTA A FALLO.** Derechos de incidencia colectiva y honorarios profesionales  
*Pablo A. Devoto*..... 3

**JURISPRUDENCIA**  
**RIESGOS DEL TRABAJO.** Cuestionamiento de la ley 27.348. Acción de amparo promovida por el presidente del Colegio de Abogados de la Cap. Fed. Procedencia. Debido proceso (CNTrab.) ..... 2

**TEORÍA DEL ESFUERZO COMPARTIDO.** Ejecución hipotecaria. Pesificación. Leyes de emergencia. Mora producida antes del 6 de enero de 2002. Tasa de interés aplicable. Razonabilidad. Regla moral. Arts. 279, 767, 958 y 1004 del Código Civil y Comercial (CNCiv.)..... 4

**DESIGNACIÓN DE MAGISTRADO.** Nulidad de la sentencia que declaró la inconstitucionalidad del nombramiento de un juez subrogante electoral. Derecho de defensa en juicio. Apartamiento del juez de la causa. Imparcialidad (CFed. La Plata) ..... 6



la propiedad superficiaria, cuyo uso, goce y disposición corresponde al superficiario, aunque temporariamente (9).

### 1.3. El superficiario y sus particularidades

Respecto de los sujetos que pueden constituir este derecho, no sólo serán los propietarios, sino también aquellos titulares de otros derechos reales como el condominio y la propiedad horizontal.

De la lectura completa de la normativa correspondiente se desprende que el superficiario se comporta con total libertad y como un verdadero propietario de la superficie.

Su única limitación será la de no realizar un ejercicio abusivo de su derecho. En este sentido, como principio, su ejercicio debe hacerlo en forma racional, de modo de no degradar el inmueble ni alterar su destino, conducta que le resultará particularmente exigible en las últimas etapas, cuando se avecine la extinción de la superficie, ya que el propietario puede aspirar a continuar la explotación (10).

Como consecuencia de la extinción de la superficie, el nudo propietario hace suyo lo construido o plantado libre de los derechos reales o personales, impuestos por el superficiario (11).

Respecto de la constitución de derechos personales, va de suyo que el superficiario tiene amplias facultades para constituir derechos personales como locación, comodato, etc., por el plazo de su derecho.

Asimismo, entre las garantías que ofrece esta figura, a la finalización del derecho real de superficie y dado el caso, el titular del suelo o inmueble habrá, dado el caso, de indemnizar al superficiario.

## II. El Banco Central de la República Argentina

Con fecha 10 de agosto de 2017, el Directorio del Banco Central de la República Argentina ha comunicado que "...aprobó la incorporación del 'derecho de superficie' como garantía bancaria. La medida mejorará las condiciones de acceso al crédito bancario de muchos productores agropecuarios y de otros sectores que poseen un derecho de

explotación sobre un terreno sin ser sus dueños".

Posteriormente, dicha decisión se ha plasmado en la Comunicación "A" 6297 del 11/08/2017 que, en la Sección Garantías, incluye taxativamente a "derechos de superficie", como así también "...los inmuebles y/o derechos de superficie sobre los que se haya constituido una propiedad fiduciaria, en la medida que la entidad financiera prestamista tenga asignada —en el contrato de fideicomiso— la mejor prelación de cobro respecto del resto de los acreedores, cualquiera sea la modalidad por la que se otorgue esa preferencia de cobro... emprendedores que no cuenten con inmuebles propios podrán llevar adelante proyectos de inversión mediante financiamiento bancario, ofreciendo como garantía el flujo de fondos de la explotación comercial".

Ello no obstante, no queda clara la suerte que correrían proyectos de inversión, con orientación no comercial o que tienen fines altruistas o destinados al bienestar general de la población, como el que desarrolla el *Conservation Land Trust* (12).

Indudablemente que, pese a la particular redacción, desde el punto de vista económico general se abre un amplio abanico de posibilidades para la inversión productiva.

A partir de ahora, ya no será imprescindible adquirir la tierra para efectuar determinados emprendimientos, posibilidad que puede, además, encontrar obstáculos en las previsiones de la denominada Ley de Tierra Rurales, que acota la concurrencia de inversores extranjeros para la compra de dicho tipo de inmuebles.

Asimismo, algunos proyectos forestales, al momento de su constitución, suelen contemplar el arrendamiento de la tierra, a los fines del desarrollo de la actividad.

Ahora, y a luz de lo dicho, podría ser más conveniente constituir el derecho real de superficie, sinérgicamente con el instituto del fideicomiso, lo que permitiría, con mayores certezas, garantizar los intereses de las partes: superficiario, superficiante y entidad financiera, puntualmente en desarrollos como los forestales.

Esto así, dado que el crecimiento de las especies arbóreas se produce en plazos mayores que los comunes, entre 10 a 80 años aproximadamente y según la especie, para que el árbol se encuentre en condiciones de ser comercializado.

En este sentido, teniendo en cuenta que para el desarrollo de los negocios forestales se estimaba necesario el "arriendo" de la tierra, desde que se cuenta con el derecho real de superficie, esto podría haberse prácticamente superado, siendo sumamente útil la concatenación entre las figuras de la superficie y la del fideicomiso, para llevar a cabo de este tipo de negocios.

Hasta la sanción de la ley 25.509, la situación de los forestadores era complicada, pues debían adquirir el inmueble sobre el cual realizarían las plantaciones, para lo que, en el primer caso, era necesario inmovilizar una cantidad significativa de capital, hasta tanto la inversión diera sus frutos, o arrendar los campos sobre los cuales forestarían, debiendo no sólo realizar grandes inversiones, sino encontrarse además, en el caso, imposibilitados de gravarlos por ser dichas plantaciones accesorias al inmueble principal, del cual no era propietarios (*principio de accesión*). A partir de aquella norma, en cambio, este principio se encuentra suprimido y se puede desmembrar fácilmente la propiedad del terreno y la de las plantas.

De esta forma se daría fluidez a los negocios forestales, con su efecto multiplicador en la economía en general y en el empleo genuino, en particular, ya que las plantaciones integrarán el patrimonio del superficiario y ninguna injerencia tendrán los herederos ni acreedores en general del inmueble afectado al nuevo derecho real, dado que existirá una anotación propia e individual en el Registro de la Propiedad Inmueble, correspondiente a la jurisdicción donde aquéllas se levanten (13).

En los negocios forestales que tienden a ser, por definición, a largo plazo: esto resulta una interesante alternativa de inversión, en un contexto local caracterizado por la inestabilidad. Asimismo, cuenta a su favor con que la renta biológica (crecimiento de las plantas) está disociada de

la economía en general y de la política en particular (14).

## III. Conclusiones

La inversión productiva en la economía real se plantea como un escenario de absoluta necesidad en los tiempos que corren, donde cada vez se torna más imprescindible la concurrencia de quienes tengan el diferencial de la profesionalidad en el manejo de los negocios productivos, alejados de lo meramente financiero, campo éste que se debate en una crisis aparentemente y sin un horizonte de solución en el corto plazo (15). Para ello se necesita tanto de la técnica del pensamiento complejo, como del concurso de personas capaces de brindar, al decir de Robert Reich, en su obra "El Trabajos de las Naciones", un servicio analítico simbólico.

Frente a los nuevos desafíos deberán elaborarse nuevas estrategias para encarar lo imprevisible, lo aleatorio y lo cualitativo, especialmente cuando se trate de pensar más allá del corto plazo, reconociendo la necesidad de distinguir con precisión los elementos existentes en cada situación determinada.

Es por ello que se estima que el derecho de superficie y el fideicomiso, se integrarán, complementariamente, en todos los negocios de posible realización.

Como ya quedara dicho, ello dependerá de las finalidades de los distintos emprendimientos que se encaren y las necesidades de cada uno de ellos. ●

Cita on line: AR/DOC/2283/2017

## MÁS INFORMACIÓN

**Molina Sandoval, Carlos A.**, "El derecho de superficie en los negocios inmobiliarios", LA LEY, 29/03/2017, 1, LA LEY, 2017-B, 779.

**Pepe, Marcelo Antonio - Mendizábal, Gonzalo Alejo**, "El derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial de la Nación", LA LEY, 25/10/2016, 1, LA LEY 2016-F, 579.

**Iturbide, Gabriela A.**, "El derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial", LA LEY 03/05/2016, 1.

## { NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) BALÁN, Osvaldo, "El nuevo derecho de superficie y su tratamiento impositivo", *La Ley Práctica Profesional* 2015-248, 29/10/2015, Cita Online: AR/DOC/3443/2015.

(2) CAMELO, Gustavo - Sebastián PICASSO - Marisa HERRERA, "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", Gustavo CAMELO, Ed. Infojus, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, 1ª ed.,

ps. 227/229.

(3) GÓMEZ DE LA LASTRA, Manuel C., "La superficie forestal, el Proyecto de Código Civil y la Ley de Tierras Rurales", LA LEY 25/01/2013, cita online: AR/DOC/5477/2012.

(4) CAMELO, Gustavo - Sebastián PICASSO - Marisa HERRERA, ob. cit.

(5) GÓMEZ DE LA LASTRA, Manuel C., ob. cit.

(6) CAMELO, Gustavo - Sebastián PICASSO - Marisa HERRERA, ob. cit.

(7) Ibídem.

(8) BALÁN, Osvaldo, ob. cit.

(9) MARIANI de VIDAL, Marina - ABELLA, Adriana N., "Derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial", LA LEY 2016-A, 1117, AR/DOC/507/2016.

(10) Ibídem.

(11) Ibídem.

(12) TOMPKINS, Kris, "La Nación Emprende", agosto 2017, p. 4.

(13) GOTLIB, Gabriel y otros, "Tratado de Fideicomiso: parte especial", Ed. La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2013, 1ª ed., ps. 146/147.

(14) Ibídem.

(15) Ibídem.

## NOTA A FALLO

### Riesgos del trabajo

**Cuestionamiento de la ley 27.348. Acción de amparo promovida por el presidente del Colegio de Abogados de la Cap. Fed. Procedencia. Debido proceso.**

Véase en página 3, Nota a Fallo

**Hechos:** El presidente del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal promovió acción de amparo contra los arts. 1, 2, 3, 10, 14, 15 y 16 de la ley 27.348. Aclaró que el interés legít-

imo se demuestra al confrontar la facultad de firmar libremente pactos de cuota litis en juicios laborales, hasta el 20 % del monto reclamado, como el sistema de retribución plena e íntegra frente al infortunio laboral a través de un proceso judicial y ante el juez natural, con la norma impugnada. Solicitó como medida cautelar la suspensión en la aplicación de la norma. El juez la rechazó 'in limine'. La Cámara revocó lo decidido.

1. - La sentencia que rechazó *in limine* la acción de amparo promovida por el presidente del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal con-

tra los arts. 1, 2, 3, 10, 14, 15 y 16 de la ley 27.348, por inexistencia de un caso o controversia judicial, debe revocarse; pues se advierte que en el caso lo que se trata de proteger son derechos colectivos por supuestos intereses, también colectivos, de los abogados de la matrícula.

2. - La protección judicial efectiva y la cláusula del debido proceso legal se afirman como piedras basales del sistema de protección de derechos, ya que de no existir una adecuada protección judicial de los derechos consagrados en el ámbito interno de los Estados —ya sea en su legislación interna

o en los textos internacionales de derechos humanos—, su vigencia se tornaría ilusoria.

120.386 — CNTrab., sala III, 07/04/2017. - Rizzo, Jorge G. y otro c. Estado Nacional - Poder Ejecutivo Nacional s/ acción de amparo.

[Cita on line: AR/JUR/8457/2017]

[El fallo *in extenso* puede consultarse en el Diario LA LEY del 09/05/2017, p. 9, Atención al Cliente, [www.laleyonline.com.ar](http://www.laleyonline.com.ar) o en Pro-view]



# Derechos de incidencia colectiva y honorarios profesionales

Pablo A. Devoto

**SUMARIO:** I. Introducción. Breve descripción de los hechos.— II. El marco teórico y los antecedentes normativos: la ley 27.348 y sus consecuencias en orden a los honorarios de los abogados.— III. Los derechos de incidencia colectiva. La Constitución Nacional y el Código Civil y Comercial. El amparo del artículo 43 de la Const.: legitimación y representatividad adecuada.— IV. A modo de conclusión.

## I. Introducción. Breve descripción de los hechos

La acción se origina con una presentación del presidente del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, promoviendo acción de amparo en los términos de la ley 16.986 y el art. 43 de la CN, contra los arts. 1º, 2º, 3º, 10 (inc. 3º del nuevo art. 7º de la ley 24.557), 14, 15 y 16 de la ley 27.348, a los efectos de hacer que cese el perjuicio actual y manifiestamente arbitrario que dicha normativa produce sobre los legítimos intereses de los matriculados por aquel representado.

Hace expresa referencia que se configura una clara e inexcusable violación del orden público constitucional, mediante la vulneración de los arts. 14, 14 bis, 17, 18, 28, 31, 33 y 75, incs. 12 y 22, de nuestra Carta Magna, y que la presente acción pretende salvaguardar la integridad de los honorarios profesionales de los abogados, siendo éstos de naturaleza alimentaria.

Aduce que el interés legítimo se configura al no acatar la posibilidad de firmar libremente pactos de cuotálitis en juicios laborales, de hasta el 20% del monto reclamado, así como el sistema de retribución plena e íntegra frente al infortunio laboral a través de un proceso judicial ante el juez natural.

Afirma que la Constitución Nacional prevé la defensa de los derechos de incidencia colectiva, permitiendo a las asociaciones que propendan a esos fines a asumir la defensa de sus pares y, en tal sentido, encuentra sustento dicha capacidad en lo normado en la ley 23.187 (requisitos para el ejercicio de la profesión de abogado en la Capital Federal: jerarquía, deberes, derechos, matrícula y colegiación).

En este estado de las cosas, se solicita como medida cautelar, la suspensión de la aplicación de la ley 27.348. El juez de primera instancia rechazó la pretensión, en el entendimiento de que no existió en el caso una controversia judicial, y que la declaración declarativa debe ser iniciada en orden a un interés sustancial y concreto; así, la presentación fue rechazada *in limine*.

La Alzada, por su parte, revocó lo decidido por el juez de grado, entendiendo que la acción declarativa, al igual que el amparo, tiene una finalidad preventiva y no requiere la existencia de daño consumado en resguardo de sus derechos (Fallos 320:690, “Asociación de Grandes Usuarios de Energía de la República Argentina c. Provincia de Buenos Aires, 1997), recordando asimismo que la protección judicial efectiva, así como la cláusula del debido proceso legal, se erigen en una de las piedras basales del sistema de protección de derechos consagrados en el ámbito interno de los Estados —ya sea en su legislación interna o en los textos internacionales de derechos humanos, conforme arts. 8º y 25 de la CADH, hoy derecho interno por el carácter que le otorgó el art. 75, inc. 22 de la CN—.

Refiere también la CNTrab. que con la sentencia del caso “Halabi” se produjo un giro copernicano, al sostener que en materia de legitimación procesal corresponde como primer

paso delimitar con precisión tres categorías de derechos individuales, de incidencia colectiva que tiene por objeto bienes colectivos y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, admitiéndose una tercera categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a los intereses individuales homogéneos donde no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles.

## II. El marco teórico y los antecedentes normativos: la ley 27.348 y sus consecuencias en orden a los honorarios de los abogados

Si bien el tema que está en el fondo de la cuestión en análisis versa sobre la eventual afectación de los honorarios de los profesionales abogados, entiendo necesario resaltar una pequeña síntesis de los parámetros más salientes de la ley 27.348 (incluidos en ellos el tema de los honorarios de los abogados).

El principio rector de la Organización Internacional del Trabajo es el fenómeno de la justicia social y de los derechos humanos y laborales reconocidos internacionalmente. Desde el momento mismo en que fue fundada, en 1919, la OIT ha procurado mejorar la situación de los seres humanos en el mundo del trabajo, destacándose en lo atinente al rubro de la higiene y seguridad en el trabajo la Recomendación sobre Seguridad de los Trabajadores y el Medio Ambiente de Trabajo 164 del año 1981, así como el Convenio 155 del mismo año, el Protocolo de 2002 del Convenio sobre Seguridad y Salud de los Trabajadores, y el Convenio 187 sobre el Marco Promocional para la Seguridad y Salud en el Trabajo.

En tal sentido, debe observarse que el bien jurídico tutelado por la prevención de los riesgos del trabajo es la comunidad social en su conjunto, lo que implica que: a) el Estado tiene facultades y responsabilidades indelegables en su promoción y control; b) su ámbito de aplicación incluye tanto las empresas privadas como el sector público; c) su fuente de regulación no es contractual sino estatal; d) impone obligaciones a los gobiernos, a los empleadores, a los trabajadores y a terceros —fabricantes y proveedores—; y e) los incumplimientos darán lugar a sanciones administrativas y, en algunos casos, penales.

En cuanto a los antecedentes históricos legislativos en el derecho nacional, el rubro fue trazado por un camino sinuoso desde sus orígenes, destacando los siguientes hitos fundamentales: 1) la sanción de la ley 9688 —que tenía como antecedente a la Ley de Accidentes francesa de 1895—; 2) la reforma de la ley 17.711, que efectuó modificaciones al Código Civil incorporando la teoría del riesgo objetivo a la reparación integral (la responsabilidad extracontractual del art. 1113); 3) el dictado en el año 1972 de la Ley de Higiene y Seguridad en el Trabajo 19.587; 4) la derogación de la ley 9688 por la ley 24.028, apuntando ya a reducir los “excesivos costos laborales” al prever un mecanismo que evitaba los reclamos por enfermedad-accidentes, pero manteniendo el derecho del opción y eliminando la teoría de la indiferencia de la concausa.

La ley 24.028 rigió hasta la sanción de la ley 24.557 (Boletín Oficial del 04/09/1995), teniendo como fuente principal el “Acuerdo Marco para el Empleo, la Productividad y la Equidad Social”, suscripto el 25/07/1994 entre el Poder Ejecutivo Nacional y las entidades representativas patronales y sindicales. El fundamento de la nueva norma impuso un sistema de responsabilidad individual mediante un seguro obligatorio que deben contratar aseguradoras de derecho privado (ART), teniendo como principal objetivo disminuir la siniestralidad mediante la prevención de hecho, y también se propuso reducir los costos laborales que implicaban las leyes anteriores.

Posteriormente, y en orden a las pautas reparatorias que fue fijando la Corte Suprema de Justicia de la Nación en sus sucesivos pronunciamientos a partir del año 2004, el 26/10/2012 se publicó en el Boletín Oficial la ley 26.773, que reformó algunos aspectos del sistema de riesgos del trabajo. Fue dictada con el concreto propósito de reordenar el régimen resarcitorio de los daños derivados de los accidentes y enfermedades del trabajo como consecuencia de los profundos y numerosísimos embates que, con sustento constitucional, sufriera la originaria ley 24.557 y sus sucesivos decretos reglamentarios (1). Entre las principales reformas de la nueva ley se mencionan: a) la derogación de la doble vía y la instauración de la opción excluyente; b) la introducción de un pago adicional de 20% en concepto de reparación integral; c) la actualización semestral de las indemnizaciones mediante la evolución del índice RIPTE; d) la eliminación del sistema de pago en renta periódica; y e) la transferencia de competencia al fuero civil para la opción judicial.

Así las cosas, y luego de explicar muy sintéticamente cuál ha sido el camino crítico histórico y legislativo del tema de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, llegamos hasta la actualidad con la sanción de la ley 27.348 y la resolución 298/2017 de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (SRT). De resultados del juego armónico y complementario de las normas en cuestión, se resaltan las siguientes novedades: 1) la intervención previa y obligatorias de las comisiones médicas con carácter previo y obligatorio a cualquier reclamo judicial, con distintos grados administrativos de apelación; y 2) una minuciosa explicación de cómo y de qué manera será el trámite ante la justicia laboral, una vez agotada la vía administrativa, y es en este ítem donde radica la génesis del caso en análisis, cuando se interpone acción de amparo contra los arts. 1º, 2º, 3º, 10 (inc. 3º del nuevo art. 7º de la ley 24.557), 14, 15 y 16 de la ley 27.348, recalando en especial la imposición en el sentido de que los trabajadores no podrán pactar honorarios con sus abogados como un porcentaje del monto recibido (pactos de cuotálitis).

## III. Los derechos de incidencia colectiva. La Constitución Nacional y el Código Civil y Comercial. El amparo del artículo 43 de la Const.: legitimación y representatividad adecuada

Hechas estas primeras consideraciones de rigor en lo que atañe a los antecedentes de las normas en análisis, nos adentraremos ahora en el fondo de la cuestión, y ello en orden a la controversia suscitada entre el juez de grado y la Alzada en cuanto a la procedencia de la acción de amparo presentada, y para ser aún más precisos en cuanto al alcance de los derechos de incidencia colectiva y su aplicación a supuestos conjeturales e hipotéticos en función de la inexistencia de la configuración de un caso concreto.

— La ley 26.994 (nuevo Código Civil y Comercial de la Nación) ha generado repercusión en el ámbito del derecho privado, particularmente frente a los cambios fundamentales en las relaciones de familia que han sido objeto de numerosas menciones doctrinarias y periodís-

ticas. Sin perjuicio de ello, el análisis preliminar que se debe hacer del nuevo Cód. Civ. y Com. tiene que ver con la idea de “constitucionalización del derecho privado”, tendiente hacia una nueva manera de razonar los casos donde se requiere ponderación y no sólo subsunción; trae aparejado un profundo cambio normativo de dos siglos de cómo entender el fenómeno jurídico en el país y ello en orden a la interpretación y aplicación de las normas.

Modifica en esencia el modelo decimonónico (Revolución francesa) vigente en los países de raza latina, donde se aplica el derecho conforme a la ya consagrada Teoría Pura del Derecho (Kelsen). Así las cosas, conlleva en sí mismo el nuevo Código Civil y Comercial un paradigma principalista con diálogo de fuentes.

El Código Civil y Comercial no declama la constitucionalización sino que la hace efectiva en muchas de sus disposiciones que recogen principios del ordenamiento fundamental del Estado, citando sólo a título de ejemplo el especial derecho a acceso a la justicia de personas con vulnerabilidad; la regulación de las cláusulas abusivas para los contratos con cláusulas generales predispuestas, sea o no un consumidor; la protección constitucional de la vivienda; la apertura de la autonomía que es sinónimo de libertad se abre a todas las personas, modificándose las nociones tradicionales de menor de edad, capacidad, incapacidad, representación, por entender que ya no son adecuadas para describir todo el régimen de los actos en general; y se efectúa una especial consideración a los derechos de incidencia colectiva (arts. 15, 240 y 1737).

Los tres primeros artículos del Cód. Civ. y Com. nos definen con exactitud el espíritu de la norma: 1) el art. 1º dispone que los casos deben ser resueltos conforme a un sistema de fuentes, destacándose en primer lugar la ley y luego la necesidad de procurar interpretar la ley conforme a la Constitución Nacional y los tratados internacionales; 2) el art. 2º dispone que la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos; y 3) el art. 3º regula la obligación de decidir, dirigida a los jueces, conforme con la tradición de nuestro anterior Código Civil, agregando que la decisión debe ser razonablemente fundada, expresión que se ajusta a lo que surge de la doctrina de la arbitrariedad de sentencias.

En lo que concierne directamente al tema de los derechos de incidencia colectiva, hemos ya hecho referencia a que están tratados en los arts. 15, 240 y 1737 del Cód. Civ. y Com. Tal cual sostiene Kemelmajer de Carlucci la Corte Suprema de Justicia de la Nación señaló, en el precedente “Halabi”, que la regla general en materia de legitimación es que los derechos sobre bienes jurídicos individuales son ejercidos por su titular, destacando además que los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos (art. 43, CN) son ejercidos por el defensor del pueblo de la Nación, las asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado. En estos supuestos existe un requisito de calificación que resulta prevalente: la petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo, lo que ocurre cuando éste pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna.

En consecuencia, distinguimos entre: 1) Derecho subjetivo sobre un bien individualmente disponible por su titular: se trata de patrimonio como atributo de la persona, los bienes que lo integran, y los derechos reales o creditorios; 2) Derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos: se refiere a aquellos que son indivisibles y de uso común sobre los cuales no hay derecho subjetivo en sentido estricto (estos

## { NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)  
(1) Sólo a título ejemplificativo se mencionan los fallos

de la CS en los autos “Castillo, Ángel S. c. Cerámica Alberdi SA” (07/09/2004); “Aquino, Isacio c. Cargos Ser-

bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son indivisibles en modo alguno); y 3) Derechos individuales homogéneos: en estos supuestos una causa común afecta a una pluralidad de derechos y por lo tanto se permite un reclamo colectivo. Se diferencian de los primeros en cuanto a que se permiten procesos colectivos, como por ejemplo en materia de responsabilidad. Se distinguen de los segundos porque son derechos subjetivos individuales y no indivisibles. Toda esta clasificación tiene impacto decisivo en las normas referidas al patrimonio, contratos y responsabilidad civil.

— El otro acápite a tener en consideración en el análisis del caso es lo relacionado con la promoción de la acción de amparo, y ello en los términos del art. 43 de la CN y la ley 16.986 (ley reglamentaria de la acción de amparo), fundando la legitimación de la parte actora en la representatividad de los abogados que tiene el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, en función de las facultades que le confiere la ley 23.187.

En este estado y siguiendo a Gelli(2) recordamos que la reforma constitucional del año 1994 incorporó a la Constitución el amparo “colectivo” señalando, al mismo tiempo, los sujetos legitimados para accionar. En efecto, el segundo párrafo del art. 43 dispuso que “podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen el ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, que determinará los requisitos y formas de su organización”.

A partir de la reforma, entonces, el legislador constitucional ha creado la categoría de derecho de incidencia colectiva en general, facultando al afectado, el defensor del pueblo y a las asociaciones de defensa a actuar en orden a dichos fines, siendo diferente del sujeto persona. Así, los derechos de incidencia colectiva se definen, o bien porque son compartidos por una pluralidad de sujetos, cada uno de ellos afectados individualmente —son los que darían lugar a las acciones de clase— o bien por su pertenencia a una multiplicidad indeterminada de sujetos eventualmente afectados en sus intereses difusos.

En orden a la procedencia de la acción de amparo y tal cual sostiene Onaindia(3), el procedimiento tuvo su origen en la jurisprudencia de la Corte Suprema en los famosos *leading cases* “Siri” y “Kot”, que admitieron la inexistencia de regulación procesal específica, la existencia de una acción destinada a la protección de los derechos no alcanzados por el hábeas corpus, ya que estimó que los preceptos constitucionales y la experiencia institucional del país reclaman de consuno el deber de asegurar el goce y

el ejercicio pleno de las garantías individuales para la efectiva vigencia del Estado de Derecho.

La norma constitucional permite el ejercicio de esta acción no solo para garantizar el ejercicio de derechos de jerarquía constitucional, sino también de aquellos contemplados en tratados internacionales y leyes. Desde el nuevo orden de prelación de las leyes, surgido de las modificaciones introducidas en el art. 75, incs. 22 y 24, esta ampliación del ámbito de actuación del amparo resulta trascendente y le otorga una amplitud compatible con la protección que intenta otorgar a los derechos humanos la comunidad internacional.

Por su parte, Álvarez(4) centra su postura en la pregunta sobre a qué colectivo protege la acción de amparo prevista en el segundo párrafo del art. 43 de la CN, afirmando que para poder responder a ella hace falta desmenuzar la noción de derechos de incidencia colectiva. Así, deberemos tener en cuenta los distintos factores conceptuales que juegan en el instituto: 1) El transgresor: la causa de la transgresión puede provenir tanto de un acto como de una omisión, tanto de un órgano estatal como de un particular; 2) Derechos vulnerados: esta garantía tiende a efectivizar derechos y garantías consagrados en la Constitución, un tratado o una ley, siendo clara la noción de derecho subjetivo de quien promueva la acción; y 3) Actualidad de la transgresión: la vulneración de un derecho, para tornar procedente el amparo debe ser actual, es decir, que esté produciéndose, o inminente, es decir, que pueda producirse en poco tiempo.

— Una última cuestión a analizar se configura en el hecho afirmar si es viable o no la acción iniciada en tanto y en cuanto no existe con anterioridad a su pretensión un “caso” o “controversia judicial” concreto, es decir, si corresponde o no hacer lugar al amparo ante la inexistencia de la configuración del caso referido.

Al respecto, resalto y destaco el fallo “Asociación de Grandes Usuarios de Energía de la República Argentina (AGUEERA) c. Buenos Aires, Provincia de y otro s/ acción declarativa”, Fallos 320:690 al que hace expresa referencia el voto de la Dra. Cañal, el cual en sumario establece que la acción declarativa, al igual que el amparo, tiene una finalidad preventiva y no requiere la existencia de daño consumado en resguardo de sus derechos. Agrega el fallo de la Corte Suprema que la Constitución Nacional, en virtud de la reforma introducida en 1994, contempla nuevos mecanismos tendientes a proteger a usuarios y consumidores, y para ello amplió el espectro de los sujetos legitimados para accionar, que tradicionalmente se limitó a aquellos que fueran titulares de un derecho subjetivo individual, y en el caso y atento a que la accionante afirma que está legitimada para accionar en función de evitar un perjuicio que la imposición de un tributo causaría a los gran-

des usuarios de energía por ella representada, esto comporta el abuso de una posición dominante o monopólica, lesiva al espíritu de las normas nacionales que regulan la materia.

Por su parte, y en el mismo orden, Cassagne(5) afirma que, al igual que el norteamericano, el sistema constitucional argentino es un sistema de poderes limitados y separados y de control recíproco para lo cual resulta indispensable que los poderes constituidos —incluso el legislativo— ajusten a su actuación el cuerpo de normas y principios estables que prescriben las cartas constitucionales, a fin de garantizar así el equilibrio entre los órganos que ejercen el poder estatal y su independencia funcional.

Si la Constitución no prevalece en el ordenamiento no puede haber justicia efectiva (art. 31). De ahí la trascendencia que reviste radicar el fundamento de la acción declarativa de inconstitucionalidad en el principio de la tutela judicial efectiva. Este principio aparece reconocido, con mayor o menor determinación, en el derecho internacional de los tratados de derechos humanos (arts. 8.1 y 25 de la CADH, art. XVIII de la DADDH, arts. 8º y 10 de la DUDH y art. 2º apart. 3º; b] y c] del PIDCP).

Vale hacer mención asimismo del fallo mencionado en la sentencia de la CNTrab., *in re* “Santiago del Estero c. Estado Nacional” —1985—, siendo uniforme la doctrina en el sentido de que durante mucho tiempo se siguió utilizando el mecanismo de la acción meramente declarativa del art. 322 del Cód. Proc. Civ. y Com. como la vía apta para canalizar dicha clase de pretensiones, no obstante que no constituye el único cauce procesal para promover acciones declarativas de inconstitucionalidad ya que, en forma paralela o mediante acumulación con otras pretensiones, la pretensión de inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y actos administrativos puede canalizarse a través de la acción declarativa directa de inconstitucionalidad, la acción de amparo prevista en el art. 43 de la CN (ejercida directamente en el caso que nos ocupa) y el proceso de impugnación de reglamentos y actos administrativos que prescriben los arts. 23 y 24 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos.

Por último, realizamos el pronunciamiento expresado en el fallo “Halabi” (24/02/2009), que en síntesis expresó que en materia de legitimación procesal se delimitan tres tipos de derechos: individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos; siendo que los de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos son ejercidos por el defensor del Pueblo, las asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado, agregando que para las acciones de clase se deben configurar determinados requisitos, a saber: a) el interés o

el daño; y b) que dicho daño sea causado a una pluralidad de derechos individuales.

#### IV. A modo de conclusión

Trata el caso en análisis sobre la procedencia del amparo presentado por el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, en los términos de la ley 16.986 y el art. 43 de la CN, contra el Estado Nacional - Poder Ejecutivo Nacional, y ello en orden al perjuicio actual y manifiestamente arbitrario que ley 27.348 (arts. 1º, 2º, 3º, 10, 14 15 y 16) ocasiona a los legítimos intereses de los matriculados en aquella asociación profesional, siendo que el juez de primera instancia no hizo lugar al amparo en orden a que la existencia de un “caso” o “controversia judicial” sea observado rigurosamente; la Alzada revocó la sentencia del *a quo* e hizo lugar al amparo por los argumentos jurisprudenciales y doctrinarios citados precedentemente.

Sin perjuicio de asentar mi opinión en el sentido de concordar con la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, hago mención en forma expresa y liminar a lo asentado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos(6) (arts. 8º y 20), que hoy forma parte del derecho interno conforme a lo dispuesto en el art. 75, inc. 22 de la CN y tal cual lo refiere Pirolo(7), sin perjuicio de que dichos tratados no se encuentran incorporados a la Constitución —sino que gozan de su jerarquía— los derechos que en ellos se consignen permanecen en el derecho interno con jerarquía constitucional.

En tal sentido, y siguiendo a Rodríguez Rescia(8) el tratamiento que la Convención Americana sobre Derechos Humanos le da al debido proceso está contemplado fundamentalmente en su art. 8º, el cual se debe relacionar con los incs. 2º, 3º, 4º, 5º, y 6º del art. 7º, asentando algunos principios que apuntan al “garantismo proteccionista”, los cuales se pueden sintetizar en los siguientes postulados mínimos: a) el derecho general a la justicia, b) el derecho y principio general de igualdad, c) la justicia pronta y cumplida; principios todos ellos que han sido consagrados asimismo en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional, reiterando que —con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos— sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos(9). ●

Cita online: AR/DOC/2303/2017

#### { NOTAS }

vicios Industriales SA” (21/09/2004); y “Milone, Juan Antonio c. Asociart SA” (26/10/2004).

(2) GELLI, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004.

(3) ONAINDIA, José M. – SABSAY, Daniel, “La Constitución de los Argentinos, Análisis y comentario de su

texto luego de la reforma de 1994”, Ed. Errepar, Buenos Aires, 1994.

(4) ÁLVAREZ, Raúl N., “Derechos de Incidencia Colectiva y Amparo”, *Programa de Actualización en Derecho Constitucional y Procesal Constitucional Profundizado*, Departamento de Posgrado, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2006.

(5) CASSAGNE, Juan Carlos, “La acción declarativa de inconstitucionalidad”, LA LEY, 06/07/2015.

(6) Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscripta en San José de Costa Rica el 22/11/1969 y aprobada por la República Argentina mediante ley 23.054.

(7) PIROLO, Miguel Ángel, “Derecho Laboral. Cons-

titución Nacional y Tratados Internacionales”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, t. I.

(8) RODRÍGUEZ RESCIA, Víctor M., “El debido proceso legal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, 29/01/1977.

(9) Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

## JURISPRUDENCIA

### Teoría del esfuerzo compartido

**Ejecución hipotecaria. Pesificación. Leyes de emergencia. Mora producida antes del 6 de enero de 2002. Tasa de interés aplicable. Razonabilidad. Regla moral.**

**Arts. 279, 767, 958 y 1004 del Código Civil y Comercial.**

**Hechos:** En una ejecución hipotecaria se dejó recurso de apelación contra la sentencia que dispuso la pesificación de la deuda reclamada, aplicó la paridad de un peso por cada dólar y ordenó que la diferencia entre esa paridad y la cotización sea soportada en un

50% por cada una de las partes. La Cámara confirmó el decisorio en lo principal.

1.- La sentencia que, en un mutuo hipotecario contraído en moneda extranjera en fecha anterior a la declaración de emergencia económica, ordena pagar dólares estadounidenses a razón de 1\$ más el 50% de la brecha entre 1\$ y el valor del dólar

libre debe confirmarse, pues, por aplicación del principio del esfuerzo compartido, se juzga equitativo disponer la distribución igualitaria del sacrificio que deberán soportar las partes, criterio que, sin ser perfecto, es el que mejor se adecua al caso a la luz del principio de buena fe que impera en la celebración, interpretación y ejecución de los contratos.



2.- Tratándose de una deuda en que la mora se produjo antes del 6 de enero de 2002, corresponde establecer hasta esa fecha una tasa del 18% anual en concepto de intereses compensatorios y punitivos y, a partir de esa fecha, una tasa del 10% anual por los mismos conceptos, pues con esa tasa, que se juzga conforme a la regla moral (arts. 279, 767, 958, 1004 y concs., Código Civil y Comercial), el acreedor encontrará adecuado resarcimiento de los perjuicios derivados de la mora en un marco de razonabilidad.

120.387 — CNCiv., sala B, 24/02/2017. - Dalingher, Elbio José c. Sutil Gladys Noemí y otros s/ ejecución hipotecaria.

[Cita on line: AR/JUR/2870/2017]

#### **COSTAS**

Se imponen las de alzada en el orden causado.

#### **INTERESES**

Hasta el 6 de enero de 2002 tasa del 18% anual en concepto de intereses compensatorios y punitivos y, a partir de esa fecha, una tasa del 10% anual por los mismos conceptos.

#### **CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD**

Si consta un control sobre el bloque de normas de la emergencia económica del año 2001/02... deuda en dólares y si estaba en mora antes de la crisis y posteriormente.

2ª Instancia.- Buenos Aires, febrero 2 de 2017.

*Considerando:* I. Vienen las presentes actuaciones al Tribunal a raíz de los recursos de apelación interpuestos por la parte ejecutante a f. 503 y por la coejecutada a f. 509. Ambas vías de impugnación se dirigen contra la resolución dictada a fs. 494/497 en cuanto dispuso la pesificación de la deuda reclamada en autos.

Así aplica la paridad un peso por cada dólar y la diferencia entre esa paridad y la cotización que allí se especifica, sea soportada en un 50% por cada una de las partes. Además al capital adeudado le fija la tasa anual del 7,5% por todo concepto, desde la mora hasta el efectivo pago, imponiendo las costas de la incidencia por su orden.

El memorial que sostiene el recurso interpuesto por el ejecutante corre agregado a fs. 505/507. Se agravia por el rechazo del planteo de inconstitucionalidad. Considera que los precedentes jurisprudenciales que se citan en el *decisum* no resultan aplicables atento al tiempo transcurrido desde la mora del deudor, que ha perjudicado al acreedor. Afirma que la aplicación de la teoría del esfuerzo compartido y la tasa de interés fijada provocan un enriquecimiento a favor de los deudores, quienes vieron incrementado el valor de los bienes inmuebles ofrecidos en garantía.

El traslado conferido a f. 508 fue contestado a fs. 512/516vta. y 519/521vta.

El memorial interpuesto por la coejecutada obra a fs. 522/523vta. En la mentada presentación se agravia por el apartamiento de la pauta del 30% que se señala en el Considerando V del pronunciamiento en crisis. Sostiene que conforme precedentes jurisprudenciales la tasa de justicia no debería superar el 6%. Por último se agravia por la imposición de costas por su orden, en tanto se rechazó la inconstitucionalidad a partir de los argumentos sostenidos por la ahora recurrente.

A fs. 560/561 luce el dictamen del Ministerio Público Fiscal por ante la Cámara.

II. Habiéndose reseñado las constancias relativas al trámite del recurso nos abocaremos al estudio de las cuestiones planteadas.

Toda vez que los agravios expresados por ambos recurrentes, versan sobre los mismos asuntos, cada uno desde su postura antagónica, serán tratados de manera conjunta.

En los presentes obrados —iniciados el 07 de diciembre de 2001 (ver cargo electromecánico de f. 66vta.)— se reclamó la suma de u\$s 183.380 con más los intereses compensatorios y punitivos desde la mora hasta el íntegro y efectivo pago, con más las costas del juicio.

El contrato que uniera a las partes es un mutuo con garantía hipotecaria celebrado el 11 de mayo de 1999, según el cual los ejecutados recibieron en calidad de préstamo la suma de u\$s 150.000. Se obligaron a devolver ese monto en el término de tres años, junto con la cuota 36ª correspondiente a la última correspondiente al pago de los intereses, que fueron calculados al 18% anual. Los deudores debían abonar ese rubro en cuotas mensuales, iguales y consecutivas de u\$s 2250 cada una; la primera de ellas el 11 de junio de 1999 y las restantes los días 11 de cada mes subsiguiente. Se pactó un interés punitivo del 2% mensual (ver fs. 3/5). La parte deudora no ha manifestado el destino del dinero recibido en préstamo (ver fs. 9/vta.).

El ejecutante manifestó en su presentación liminar que la parte deudora abonó las cuotas pactadas hasta el mes de junio de 2001 y que a partir de esa fecha no efectuó pago alguno (ver f. 31vta.).

A su vez a fs. 78/79 el ejecutante planteó la inconstitucionalidad del Dec. 214/2002. Luego de diversas circunstancias acontecidas en este proceso y que surgen de las constancias de autos, se resolvió la cuestión en el pronunciamiento recurrido.

III. Con relación al bloque normativo conformado por el Dec. 214/2002 y la consecuente normativa de emergencia que lo ha sostenido se hace necesario señalar que el Tribunal (R. 452.952, “Calen S.A. c. Aguilar Raúl E. s/ ejecución hipotecaria”, 09/03/2007) sostuvo que en los precedentes en los que debió intervenir, con relación a las normas dictadas en el marco de la emergencia económica y financiera que “la misión judicial no se agota en la letra de la ley, toda vez que los jueces en cuanto servidores del derecho y para la realización de la justicia no pueden prescindir de la *ratio legis* y del espíritu de la norma, dado que la admisión de soluciones notoriamente disvaliosas no resulta compatible con el fin común tanto de la tarea legislativa como de la judicial” (R. 424.264, del 03/08/2005, entre muchos otros; íd. CNCiv. Sala “F”, R. 357.361, del 27/12/2002 y sus citas).

Se dijo en cada caso que “En el ámbito específico de la legislación de emergencia, la Corte Suprema de Justicia ha recordado recientemente que, desde antaño, sostiene que la restricción que impone el Estado al ejercicio normal de los derechos patrimoniales debe ser razonable, limitada en el tiempo, un remedio y no una mutación de la sustancia o esencia del derecho adquirido por sentencia o contrato” (Fallos: 243:467; 323:1566; entre muchos otros).

De ahí que los mecanismos ideados para superar la emergencia están sujetos a un límite y éste es su razonabilidad, con la consiguiente imposibilidad de alterar o desvirtuar en su significación económica el derecho de los particulares (C.S.J.N., “Provincia de San Luis c. Estado Nacional”, del 05/03/2003).

También señaló el máximo Tribunal que ha justificado la adopción jurídica de remedios extraordinarios cuyo rasgo fundamental es la limitación temporal y razonable del ejercicio

de los derechos (Fallos: 172:21,238:76,243:449, 467:344 y 269:416). Y aún cuando se admitan restricciones como respuesta a la crisis que se intenta paliar, aquellas deben necesariamente reconocer el vallado de la justicia y la equidad por lo que los medios elegidos no pueden desvirtuar la esencia de las relaciones jurídicas establecidas bajo un régimen anterior.

Se desestimaron así los planteos de inconstitucionalidad traídos a conocimiento del tribunal y especialmente a partir de la amplitud de la ley 25.820, que no dejaba dudas sobre la aplicación de la ley 25.561 y decreto 214/2002 a “todas las obligaciones existentes”, “cualquiera sea su origen o naturaleza” “haya o no mora del deudor”).

Así las cosas, se resolvió extender la solución que ha adoptado en los asuntos que decidiera a partir del caso “Aiani, María José c. Kovacs o Kovacs y Bors, Alejandro R s/ ejecución hipotecaria”, R. 367.275, del 23/06/2003; publicado en LA LEY, “Revisión y renegociación de las obligaciones” —Suplemento especial— septiembre de 2003) mediante lo que se ha dado en llamar el criterio del “esfuerzo compartido” respecto de todas aquellas obligaciones contraídas originariamente en dólares y vencidas luego del 06/01/2002, atenuando las consecuencias derivadas de la “desgracia común” mediante la aplicación de un criterio que, con base en la equidad, recompusiera el sinalagma contractual en términos de razonabilidad; contemplando la situación de ambas partes de la relación jurídica y procurando mitigar los detrimentos que el cambio de régimen produjera en los contratos que en cada caso fue menester analizar (conf. esta Sala R. 383.703 “Bieber, Ana Concepción c. Solmesky, Fabián Javier s/ ejecución hipotecaria”, del 24/05/2004; íd. R. 385.803, del 16/06/2004; íd. R. 396.542, del 05/07/2004; íd. R.395.468 “Ruiz, Beatriz Ofelia c. Eventos y Congresos S.A. s/ ejecución hipotecaria”, del 23/06/2004, entre otros).

En forma reiterada la Sala sostuvo que “... para declarar inconstitucional un precepto debe configurarse una situación concreta, real y actual indicativa del menoscabo alegado, pues el control de constitucionalidad en abstracto resulta ajeno al derecho federal argentino, imposibilitando toda declaración sobre la validez de la norma impugnada en esas condiciones dentro de un proceso judicial (cf. CNFed. Cont. Adm., sala I, 06/12/1991, LA LEY del 20/05/1992, pág. 7).

La declaración de inconstitucionalidad de una ley importa un acto de suma gravedad, que debe ser considerado como *ultima ratio* del orden jurídico, por lo que el planteo tendiente a obtener tal pronunciamiento debe contener un sólido desarrollo argumental y contar con fundamentos suficientes como para que pueda ser atendido (C.S., ED, 104-215).

La misión más delicada de los tribunales de justicia es la de mantenerse dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que le incumben a los otros poderes o jurisdicciones, pero sin resignar al propio tiempo la función que le ha sido confiada por la Constitución Nacional de fallar conforme a derecho en todas las causas traídas a su decisión (cf. CNCiv., Sala G, R. 411.410 del 10-2004). En el campo del Derecho Privado particularmente, encontramos vías para remediar injusticias, inequidades y desajustes entre derechos y obligaciones, pero ello funciona cuando son las relaciones individuales por factores endógenos o exógenos las que interfieren en el equilibrio natural.

En orden a las consideraciones expuestas, las leyes son susceptibles de cuestionamiento constitucional cuando resultan irrazonables o sea cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran o en los supuestos que consagran una

manifiesta inequidad (Fallos: 98-50; 245-420; 306:1047; 311-1176, entre otros).

En los precedentes mencionados, luego de reseñar la normativa de emergencia que dispuso la “pesificación” de las obligaciones, se sostuvo que “el mantenimiento de la fuerza obligatoria de los contratos, es una necesidad de la propia convivencia social, ya que permitir a un tercero revisar el contenido de la obligación libremente asumida puede perjudicar la seguridad jurídica y poner en tela de juicio la base misma de la normativa contractual. Pero, por otro lado, el juez no puede desatender el contenido de justicia de su decisión. De lo contrario su actividad resultaría meramente mecánica aplicando una solución disvaliosa, si no se la examina dentro del contexto general y particular en que las partes celebraron el acuerdo de voluntades. Ciertamente es que en los contratos existe una relación de cargas y beneficios. La prestación de una de las partes tiene en cuenta la contraprestación de la otra. Es decir, lo que se entrega al momento de celebrar el contrato tiene en miras aquello que se va a recibir. También lo es que la premisa fundamental debe ser que las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla cuya obligatoriedad no puede alterarse, debiendo presumirse justo lo ordenado por la ley.

Pero, cuando se advierte que la convención, se aparta de manera grosera rebasando los límites de lo tolerable, es necesario morigerar sus efectos para evitar la consumación del injusto (esta Sala, R. 369.720, del 03/04/2003).

Se estima adecuado señalar que “el principio de la autonomía de la voluntad”, si bien importa el reconocimiento de la libertad de la persona en el ámbito de sus relaciones negociales privadas, no sirve como sustento a la fuerza obligatoria del contrato, sino que es la propia ley la que se sirve de fundamento al reconocerla, en tanto es justo que así sea.

Ni el respeto a la palabra empeñada, ni a una voluntad cristalizada en el mismo negocio, que después de manifestada no podría modificarse, son fundamento suficiente. Realmente, la libertad contractual, y también la regla moral de respeto a la palabra empeñada, deben conciliarse con otros elementos relevantes: por una parte, la utilidad social, el bien público, donde se apoyan el orden público y la seguridad jurídica, y por otra, la justicia, y su corolario la lealtad traducida por la noción de la buena fe (Ghestin, Jacques, “Traité de Droit Civil, Les Obligations. Le contrat: formation”, 2da. ed., L.G.D.J., Paris, 1988, p. 24 Nª 37,1; citado por Mayo, Jorge en op. cit.).

IV. A la luz de los principios expuestos es válido apuntar que a través de las normas de emergencia impugnadas, se impone la obligación de renegociar el contrato y en caso de fracasar la autocomposición de intereses, quedan las partes habilitadas para solicitar la revisión judicial. Se encuentra alterado todo el régimen jurídico patrimonial de las relaciones privadas, ingresándose en un nuevo régimen cuyos caracteres no están del todo definidos, pero la no aplicación del régimen normativo a todas las obligaciones puede conducir a desplazamientos patrimoniales injustificados (Sala “F”, R. 357.361, del 27/12/2002 y sus citas).

En ese precedente, que en lo sustancial se comparte, se ha sostenido que el derecho de propiedad no es un límite consagrado sólo para el acreedor. Su objeto, —el objeto dinerario prometido en obligaciones como la que se ejecuta—, era un dólar convertible, definido por la ley 23.928 como canjeable por un peso argentino. Los pesos se canjeaban en los bancos por el dólar, uno a uno si se lo deseaba. De ahí que la pérdida del poder adquisitivo del peso en el mercado interno sería el perjuicio que sufre el acreedor que cobre en

pesos en lugar de los dólares que le eran debidos. Porque si hubiera cobrado dólares o pesos durante la vigencia de la convertibilidad, compraba lo mismo en el mercado interno.

No se trata de obligaciones en las que se introdujo el signo extranjero como moneda nacional, tales como las que se deben pagar en giros al exterior o las que se rigen por la ley extranjera. Pero nuestro peso, sin el apoyo del dólar, pierde valor o poder de compra en el mercado interno en relación con el que tenía cuando estaban las dos monedas a la paridad, y tanto para el acreedor como para el deudor (conf. Casiello Juan José, “¿Se pretende minimizar la pesificación? Nuestra opinión sobre la pesificación de las obligaciones en mora”, en Rev. LA LEY, del 17/12/2002, T. 2003-A).

Desde esta perspectiva, se aprecia que así como se vería vulnerado el derecho de propiedad del acreedor al recibir una suma adeudada en una moneda devaluada —teniendo en cuenta la paridad existente a la época del contrato—, también se vería afectado el derecho de propiedad del deudor, a quien se lo obligaría a devolver una suma mayor que la tenida en mira al contratar en virtud de la ley de convertibilidad, que establecía la paridad entre el peso y el dólar. Resulta tan injusto que un acreedor cobre menos de lo que se le debe, como que el deudor pague más de lo que debe (conf. Vergara, Leandro, “Argumentos a favor y en contra de la pesificación de las obligaciones en mora”, Suplemento Especial de LA LEY, Pesificación II, noviembre 2002 citado en el precedente de la Sala “F” a que se viene aludiendo).

Se comparte el criterio según el cual la declaración de inconstitucionalidad de las normas de emergencia, cuando no son claramente irrazonables y su propio texto brinda herramientas para ajustar la deuda, puede conducir a profundizar la crisis económica que afecta a todos por igual. Las normas de emergencia han provocado una modificación en el sistema monetario que al dejar la convertibilidad, aunque se haya mantenido la posibilidad de usar la moneda extranjera como unidad de pago, afectó a las características esenciales de la moneda hasta entonces vigente como unidad de cuenta, medida de valor y medio de pago, y al desligarse el peso del dólar, repercutió económicamente en los contratos celebrados con anterioridad vinculados con el mercado interno del país (conf. CNCiv., Sala “C”, R. 369.014, del 30/05/2003).

V. Por lo tanto, si bien este tribunal con antelación sostuvo que el 6 de enero de 2002 operaba como un punto de inflexión en el normal desarrollo obligacional, hoy como consecuencia de la sanción de la ley 25.820 que no atiende a la existencia de mora previa o no del deudor, también se impone adoptar una solución de equidad como modo de compensar el desequilibrio operado.

Recuérdese que lo equitativo no es para Aristóteles algo distinto por esencia de la justicia, sino una misma cosa con ella, la equidad no sustituye ni corrige la justicia, sino que es la misma justicia estrictamente legal que se comete en el caso particular, cuando sólo se la considera bajo el esquema genérico y abstracto de la norma general (Del Vecchio, Giorgio, “Filosofía del Derecho”, Barcelona, 1953).

La equidad es un juicio de valor que hacen los jueces en la realización del derecho mediante el ejercicio de la función jurisdiccional que les es propia, al crear en la sentencia la norma individual adecuada al caso concreto. El criterio de determinación y de valoración del derecho, que busca la adecuación de las normas y de las decisiones jurídicas a los imperativos de la ley natural y de la justicia, en forma tal que permita dar a los casos concretos de la vida con sentido flexible y humano (no rígido y formalista) el tratamiento más

conforme a su naturaleza y circunstancia” (Luis Legaz Lacambra, “Filosofía del Derecho”, Barcelona, 1953, citado por Bustamante Alsina, Jorge H., en “Función de la equidad en la realización de la Justicia”, Rev. LA LEY, T. 1990-E, 628 y ss.).

En ese entendimiento, si se tiene en consideración que a raíz de la modificación del sistema monetario dispuesta por las autoridades nacionales, fundada en la emergencia declarada como consecuencia de la grave crisis que se generó en el país al tiempo en que se dictaron las normas impugnadas, éstas repercutieron directamente en aspectos esenciales de la relación contractual con la consecuente modificación en los valores de los bienes, sin que se verifique culpa de ninguno de los contratantes, se juzga equitativo en orden al principio del esfuerzo compartido, y en consonancia con la solución brindada por otras Salas del Tribunal (CNCiv., Sala G, R. 368.506 del 16/04/2003; id. Sala E, R. 368.724, del 29/05/2003; id. Sala F, R. 357.361, del 27/12/2003), disponer la distribución igualitaria del sacrificio que deberán soportar las partes, criterio que, sin ser perfecto, es el que mejor se adecua al caso a la luz del principio de buena fe que impera en la celebración, interpretación y ejecución de los contratos (CNCom., Sala “B”, exp. n° 37.497/02, “Zappala de Elissi, Ida M. C. C & S Group S.A. s/ ejecutivo”, del 09/05/2003).

Por consiguiente, de conformidad con los elementos que brindan las constancias del expediente, habrá de confirmarse el pronunciamiento en cuanto ordena pagar conforme al criterio del esfuerzo compartido dólares estadounidenses a razón de \$1 más el 50 por ciento de la brecha entre \$1 y el valor del dólar libre conforme la cotización que señala el *decisum*.

Y esta solución es la que cabe adoptar en el presente caso, pues la relación contractual no puede permanecer ajena a las graves consecuencias de la crisis que originó la emergencia, por lo cual, los principios enunciados precedentemente a la luz de la actual normativa (ley 25.820) no pueden obviarse en aras de una justa solución del conflicto.

Consecuentemente, con el desarrollo precedente, quedan respondidos los agravios por lo que habrá de propiciarse la confirmación de la resolución apelada en cuanto estableció el modo en que deberá satisfacerse el capital adeudado.

VI. En cuanto a los agravios relacionados con los intereses diremos que en aquellas deudas en que la mora se produjo antes del 6 de enero de 2002, la Sala ha resuelto que corresponderá establecer hasta esa fecha una tasa del 18% anual en concepto de intereses compensatorios y punitivos y a partir de esa fecha una tasa del 10% anual por los mismos conceptos.

Con esta tasa diferenciada, que se juzga adecuada a la regla moral (arts. 279, 767, 958, 1004 y cdtes., Cód. Civil y Comercial de la Nación) el acreedor encontrará adecuado resarcimiento de los perjuicios derivados de la mora en un marco de razonabilidad acorde con la situación de emergencia existente en oportunidad del dictado de las leyes de emergencia y las actuales condiciones de la economía del país, atendiendo especialmente a las tasas que imperan en el mercado respecto de este tipo de créditos conjugado con la duración de este proceso.

También se evita de este modo, que el incumplimiento reporte en beneficio del deudor moroso por el transcurso del tiempo (CNCiv. Sala “E”, R. 387.421, del 22/03/2004).

Luego, como la solución del esfuerzo compartido involucra la incidencia de los intereses en la ecuación económica del contrato, surgiendo de la pieza liminar que la ejecu-

tante manifiesta que la mora se produjo en el mes de junio de 2001 (ver f. 30vta.), habrá de elevarse la tasa establecida por el “*a quo*” en la forma más arriba indicada.

VII. La resolución apelada resulta incuestionable en cuanto impone las costas de la ejecución a la demandada, pues así lo impone el art. 558 del Código Procesal.

Empero, la cuestión relativa a la incidencia resuelta ha sido oportunamente interpretada de manera diversa por la jurisprudencia de los tribunales y atento la naturaleza de la cuestión, cuando vienen a esta Alzada apelaciones relacionadas a este asunto, la Sala propició tradicionalmente que las costas se distribuyeran en el orden causado (R. 450.820, *in re*, “Della Rocca, Inés Carmen c. Scigliano, José María s/ ejecución hipotecaria”, del 09/09/2004, entre muchos otros), temperamento que habrá de extenderse respecto de lo decidido en ambas instancias en este proceso con relación al planteo de inconstitucionalidad de la normativa de emergencia y los intereses que se fijan judicialmente (art. 68, *in fine*, Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por el Sr. Fiscal de Cámara, el Tribunal resuelve: modificar la resolución recurrida en lo que concierne a tasa de interés aplicable, que serán liquidados conforme se dispuso en el Considerando VI y confirmarla en lo demás que fuera materia de agravio. Con costas de alzada en el orden causado Notifíquese al Sr. Fiscal de Cámara en su despacho y oportunamente devuélvase al Juzgado de origen, encomendándose la notificación de la presente, junto con la recepción de las actuaciones (art. 135, inc. 7, Cód. Proc. Civ. y Comercial). — *Mauricio L. Mizrahi*. — *Roberto Parrilli*. — *Claudio Ramos Feijó*.

## Designación de magistrado

**Nulidad de la sentencia que declaró la inconstitucionalidad del nombramiento de un juez subrogante electoral. Derecho de defensa en juicio. Apartamiento del juez de la causa. Imparcialidad.**

**Hechos:** Se declaró la inconstitucionalidad de la designación de un magistrado como juez subrogante electoral. Asimismo, se dispuso el cese en el ejercicio de la subrogancia. Apelado el decisorio, la Cámara anuló la sentencia y dispuso apartar al juez de la causa.

La sentencia que declaró la inconstitucionalidad de la designación de un juez subrogante electoral sin haberle dado participación en el proceso es nula, pues vulnera sus derechos de defensa en juicio y estabilidad y permanencia en el cargo, así como también el debido proceso legal que, al igual que aquellos y el del juez natural, resulta un derecho constitucional y convencional que los tribunales deben garantizar en todo momento. [1]

120.388 — CFed. La Plata, sala I, 01/08/2017. - AJUS La Plata, Berisso y Ensenada Asociación Civil c. Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación s/ acción declarativa de certeza.

[Cita on line: AR/JUR/47827/2017]

2ª Instancia.- La Plata, agosto 1 de 2017.

*Considerando:* I. La sentencia de primera instancia, obrante a fojas 266/299 vta., hizo lugar a la demanda promovida por AJUS La

Plata, Berisso y Ensenada Asociación Civil y, en consecuencia declaró la inconstitucionalidad de la designación del Dr. J. M. C. como juez subrogante a cargo de la Secretaría Electoral en el Juzgado Criminal y Correccional N° 1 de La Plata. En tal sentido, dispuso el cese en el ejercicio de la subrogancia que se encuentra realizando, una vez vencido el plazo de diez (10) días de notificada la sentencia, salvo que con anterioridad cesen las razones que originaron su nombramiento. Sin perjuicio de lo decidido, declaró la validez de los actos cumplidos por el señor juez subrogante hasta la fecha de la sentencia.

Para así decidir, el juez *a quo* rechazó *in limine* la recusación con causa promovida por la demandada, al igual que la excepción de falta de legitimación activa que oportunamente también dedujo esa parte. Declaró la inconstitucionalidad del régimen de subrogaciones establecido por la Ley N° 27.145; asimismo, que hasta tanto se disponga la creación del Juzgado Federal Electoral de la Provincia de Buenos Aires, la competencia del Juzgado Criminal y Correccional Federal N° 1, Secretaría Electoral de La Plata, debe ser ejercida por un solo magistrado, por tratarse de un órgano unipersonal; que la creación de dicho Juzgado se establece por ley del Congreso de la Nación, y queda reservado a la competencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación la atribución de disponer su puesta en funcionamiento; que a los fines de impedir la discrecionalidad en las decisiones y garantizar el principio constitucional del “juez natural”, la atribución de las subrogancias debe quedar explicitada de manera objetiva y; por último, que son los jueces de primera instancia más cercanos a la jurisdicción y en el orden que establece el fallo “Uriarte” los llamados a subrogar en el orden de nómina de los tribunales —número— para aquellas jurisdicciones territoriales en donde tengan asiento más de un tribunal con la misma competencia en razón de la materia y grado.

Finalmente, impuso las costas del juicio a la demandada.

II. Contra dicho pronunciamiento, el Estado Nacional (Consejo de la Magistratura de la Nación - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos) interpuso recurso de apelación; una vez concedido con efecto suspensivo, expresó agravios, los que merecieron la réplica de la parte actora (v. fs. 301/303, 304/305, 306/334 y 336/353 vta.).

III. Los agravios de la recurrente son los siguientes:

a) El juez de primera instancia dictó sentencia sin que exista causa o caso contencioso, en los términos del artículo 116 de la Constitución Nacional y artículo 2° de la Ley N° 27; sumado a que encauzó inadmisiblemente una pretensión impugnatoria de actos administrativos por la vía sumarísima del artículo 322 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, vale decir a través de una acción meramente declarativa de certeza.

b) Rechazó erróneamente el planteo de falta de legitimación activa, ya que la accionante no demostró un interés suficiente que la legitime según su objeto social para demandar la inconstitucionalidad del nombramiento de un juez subrogante. Señala que su defensa por el “interés público” no es razón suficiente ni concreta para promover las presentes actuaciones, AJUS no es un partido político ni un actor electoral. Por último, los demás fines estatutarios no se vinculan directamente con la pretensión de autos.

c) Vulneró el principio de congruencia al resolver *extra petita*, sobre extremos que no fueron planteados por la accionante ni debatidos en autos, por lo que solicita se decrete la nulidad de la sentencia dictada. Sostiene que la pretensión de AJUS se redujo a solicitar que se declarase si resulta constitu-



cional o no la subrogación del Juzgado Federal N° 1 de La Plata por un juez de otra jurisdicción y con otra competencia; por el contrario, no se puso en debate la división de la competencia del juzgado a los fines de designar los jueces que lo subroguen, lo que fue ponderado por la accionante. Por eso, al disponer que el mencionado Juzgado debe ser subrogado por un solo magistrado excedió su potestad jurisdiccional y alteró el debido proceso y el derecho de defensa de la demandada. De la misma manera, la sentencia se encuentra viciada cuando dispone el modo en que se deben asignar en el futuro las subrogaciones, asumiendo facultades que son propias del Consejo de la Magistratura de la Nación.

Por otra parte, declaró la inconstitucionalidad de la Ley N° 27.145 sin que ninguna de las partes litigantes se lo pidiera, sin brindarle a la demandada la posibilidad de alegar, previamente, sobre la cuestión.

Finalmente, sostiene que el modo en que se ha resuelto la causa afectó la integración de la *litis*, dado que no se ha citado a juicio al juez federal C., cuyo nombramiento se pretende dejar sin efecto sin siquiera darle la posibilidad de defensa, lo que anularía todo el procedimiento. Señala que al contestar la demanda, cuestionó —como ya se hizo referencia— el procedimiento abreviado elegido por la accionante para impugnar el acto administrativo en cuestión, lo que terminó perjudicando la debida integración de la causa. Concretamente sostiene: “Se discutió sobre la designación del magistrado Dr. C. como subrogante en la Justicia Federal de La Plata, la legitimidad de la misma, y su validez y eficacia jurídica, sin que el mismo haya sido oído. No puede obviarse otorgarle al mismo la posibilidad de intervenir en las actuaciones a los efectos de que procure la defensa de sus derechos, pues ellos se ven afectados por la resolución a la que llegó el sentenciante. (...) La congruencia debe ser mirada, por un lado, con relación a la pretensión hecha valer en juicio y la oposición a ella, y por otro, con relación a la ejecución de lo resuelto. Y en este caso, la ejecución de lo resuelto transforma a terceros no oídos en el proceso en “demandados perdidosos”, en tanto se encuentran obligados a acatar una sentencia cuyos alcances los involucra indefectiblemente. El pronunciamiento guarda silencio al respecto.”

d) En cuanto al fondo de la cuestión debatida, la recurrente señala que no resulta aplicable a este caso la doctrina del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Uriarte”, donde se debatió la designación de un “conjuez” y/o “secretario” como subrogante, y no de un juez titular, como aquí se trata, investido para ello conforme al procedimiento constitucional pertinente. Por otro lado, sobre las pautas que deberán tenerse en cuenta para la designación de los jueces subrogantes, establecidas por el artículo 1°, inciso a), de la Ley N° 26.376 —a las que remite dicho precedente—, arguye que no son útiles para resolver el caso del Juzgado en cuestión, dado que no existe en la jurisdicción platense ni en la Provincia de Buenos Aires otro juzgado federal que posea igual competencia electoral.

e) La designación del juez C. como subrogante en el Juzgado Federal N° 1 de esta ciudad, en la materia electoral, no es inconstitucional ya que la efectuó el órgano competente para ello —es decir, el Consejo de la Magistratura de la Nación, conf. art. 6, inc. 9), de la Ley N° 26.855—; disponiendo la subrogación separada de la materia criminal y correccional para suplir de la mejor manera la extendida vacancia del juzgado, en un año electoral que demandará una profusa actividad.

Asimismo, señala que resulta contradictorio el juez *a quo* al cuestionar el aparen-

te desdoblamiento de la competencia del Juzgado y, por ende, la designación de dos jueces subrogantes para que se hagan cargo de las diferentes materias, declarando de la nulidad es la de asegurar la garantía de defensa en juicio, así como la buena administración de justicia (Conf. Podetti, “Tratado de los actos procesales”, T. II, p. 486/487; Mortara, “Comentario”, T. II, p. 811/816, citado por Maurino, “Nulidades procesales”, Ed. Astrea, p. 96).

No se ha violado la garantía del juez natural, ya que para la materia penal se designó al juez con igual competencia más cercano de la jurisdicción, mientras que para la electoral no había otro juez en esas condiciones, con lo cual la designación de C. no afectó el orden de prelación dispuesto en la Ley N° 26.376, siendo sí un juez titular con competencia territorial en la provincia de Buenos Aires.

Por último, en cuanto a la falta de motivación de la designación, señala que las resoluciones del Consejo de la Magistratura Nros. 1/2016 y 104/2017 expresan una decisión adoptada luego de un debate por el Plenario del Cuerpo colegiado, habiendo sido precedido por el correspondiente dictamen de Comisión, de acuerdo con un procedimiento reglado que surge de su reglamento de funcionamiento, con el quórum que exige la normativa.

IV. Por su parte, la parte actora rechazó los agravios expresados por la demandada y, consecuentemente, defendió su legitimación, la existencia de un “caso judicial”, la comprobación de los extremos invocados que justificaron la admisión de la acción declarativa de certeza, con la consecuente declaración de inconstitucionalidad de la designación del juez C. como subrogante y la correcta aplicación al caso del fallo “Uriarte”. Nada dijo respecto de los planteos de nulidad.

V. Corrida la pertinente vista al Fiscal General ante esta Cámara, dictaminó a fojas 357/360 que debía confirmarse la sentencia apelada, con remisión a los fundamentos del fallo “Uriarte” y a los argumentos utilizados por el juez *a quo*. Tampoco hizo ninguna referencia al planteo de nulidad del proceso, pese a que tiene la función de velar por el debido proceso legal [conf. art. 31, inc. a), de la Ley N° 27.148].

VI. Sentado ello, corresponde expedirse primero, por su incidencia en el resultado del pleito, sobre el pedido de nulidad de la sentencia, el que —adelantamos— tendrá acogida favorable, por los argumentos que a continuación se expondrán.

VII. Una exigencia previa emanada de la función jurisdiccional que pueden ejercer aún de oficio los Tribunales, pero que en este caso la recurrente lo reclama explícitamente, es el control del desarrollo del procedimiento cuando se encuentran comprometidos aspectos que atañen el orden público, ya que la eventual existencia de un vicio capaz de provocar una nulidad absoluta y que afecte una garantía constitucional no podría convalidarse (conf. Fallos: 320:854).

Para la declaración de nulidad de un acto procesal no basta la sanción legal, sino que es necesario que el acto no haya cumplido el fin al cual iba dirigido (principio finalista de la nulidad). Por ello, el juez se encuentra facultado para declarar la nulidad, aún a falta de un texto imperativo, cuando se ha omitido un elemento sustancial en la ejecución de un acto; se trata de las nulidades implícitas (LA LEY 1995-E-217; DJ 1995-II-423; LA LEY 1997-F-938). “Aun cuando la ley no comine la nulidad de un acto, éste podrá ser anulado si carece de los requisitos indispensables para lograr su fin” (Alcalá Zamora y Castillo, “Adiciones de derecho español”; en Carnelutti, “Sistema”, T. I, p. 415).

La finalidad del acto no debe interpretarse desde un punto de vista subjetivo, referi-

do al cumplimiento del acto, sino en su aspecto objetivo, o sea, apuntando a la función del acto (conf. Palacio, Derecho Procesal Civil, T. IV, p. 145). Pues el objetivo principal de la nulidad es la de asegurar la garantía de defensa en juicio, así como la buena administración de justicia (Conf. Podetti, “Tratado de los actos procesales”, T. II, p. 486/487; Mortara, “Comentario”, T. II, p. 811/816, citado por Maurino, “Nulidades procesales”, Ed. Astrea, p. 96).

Las nulidades que se refieren a actos esenciales e irreproducibles del proceso, llamadas absolutas, pueden ser declaradas hasta de oficio, en cualquier estado y grado del proceso. Para ello, deben ser manifiestas y aparecer nítida su ilegitimidad, principio que rige ante flagrantes violaciones de cláusulas constitucionales que acarrear perjuicios de tardía o imposible reparación ulterior (Rep. JA, 1992-687, N° 3). Más aún entonces, cuando es la propia perjudicada la que demanda en su auxilio la nulidad de un acto viciado.

Por eso, una resolución es defectuosa si se ha cometido una falla procesal en lo que se refiere a su discusión y pronunciamiento (Rosenberg, “Tratado”, T. I, p. 439; en Maurino, “Nulidades Procesales”, 3ª edición, Astrea, p. 245). En tal sentido, el artículo 34, inciso 4°, del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, dispone que las sentencias y autos interlocutorios deben tener motivación suficiente so pena de nulidad. La Corte Suprema de Justicia de la Nación le ha reconocido raíz constitucional al deber de motivación de las resoluciones (Fallos: 325:1845). En efecto, de acuerdo con jurisprudencia aplicada reiteradamente por el Máximo Tribunal, para que exista “juicio” en el sentido constitucional del término es necesario que en el curso del proceso se hayan observado ciertas formas sustanciales relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia.

En cuanto a esa última, su motivación es un requisito esencial. Así lo estableció la Corte Suprema en Fallos: 236:27 al expresar que es evidente que a la condición de órganos de aplicación del derecho vigente, va entrañablemente unida la obligación que incumbe a los jueces de fundar sus sentencias. La exigencia de que los fallos judiciales tengan fundamentos serios, además de reconocer raíz constitucional, tiene como contenido concreto el imperativo de que la decisión se conforme a la ley y a los principios de la doctrina y la jurisprudencia vinculados con la especie a decidir (Fallos: 279:355).

VIII. Ahora bien, de las constancias de la causa surge que, una vez interpuesta la demanda, luego de un primer rechazo de la medida cautelar peticionada, el juez de primera instancia hizo lugar a la medida interina prevista por el artículo 4°, inciso 1°, de la Ley N° 26.854 y, consecuentemente, suspendió los efectos de la resolución 104/2017 del Consejo de la Magistratura que designó juez subrogante al doctor C. Asimismo, requirió al citado organismo el informe previsto en dicha norma y le corrió traslado de la demanda.

Contestado el informe, el juez interviniente confirmó con carácter cautelar la medida interina ya decretada, bajo caución juratoria. Dicha decisión se encuentra apelada por la demandada, con efecto suspensivo, según lo resuelto por esta Sala en decisión de fecha 20 de abril del año en curso.

Luego de que el Estado Nacional contestó la demanda, el juez Recondo, sin más, dictó sentencia.

IX. Así las cosas, ante el planteo de la recurrente y las consideraciones desarrolladas en el punto VII que antecede, no puede obviarse que la Corte Suprema de Justicia tiene una abundante doctrina en la que se

han considerado nulos los procesos en los que se pretendió ejecutar una sentencia contra un tercero que no había intervenido en él y a través de lo cual se afectaban de manera directa y suficiente sus intereses y su derecho de defensa en juicio (art. 18 de la Const. Nac.).

En “Ruarte Bazán” (Fallos: 335:1412), adhiriendo al Dictamen de la Procuradora Fiscal, declaró la nulidad de las actuaciones realizadas sin la participación de la persona designada para ocupar el cargo docente por los actos administrativos cuya nulidad se solicitó en la causa. Pues en esas condiciones, la sentencia que anuló dicha designación pierde toda utilidad al no poder ser aplicada a quien no fue parte ni tuvo la posibilidad de ejercer su derecho de defensa en juicio.

Sostuvo que, con independencia de la calidad en la que aquella hubiera debido participar en el proceso, ya sea como litisconsorte necesario pasivo o como tercero interesado, y sin perjuicio del principio que indica que la intervención de terceros en un proceso debe ser admitida con carácter restrictivo, lo cierto y determinante es que no se la debió privar de la posibilidad de intervenir en esos autos, sino que, por el contrario, se le debió asegurar esa opción a efectos de que pudiera manifestar lo que estimare pertinente para la defensa de los derechos que los actos administrativos le otorgaban, los que al final fueron desbaratados en la sentencia dictada en un litigio irregularmente integrado.

Finalmente recordó que lo que se encuentra en juego es nada menos que la garantía constitucional de la defensa en juicio, sobre cuyo contenido la Corte Suprema ha señalado que exige otorgar al interesado ocasión adecuada para su audiencia y prueba en la forma y con las solemnidades que establecen las leyes procesales (Fallos: 319:1600; 323:2653; entre otros).

La doctrina del caso “Ruarte Bazán” se ha ido consolidando a través de posteriores pronunciamientos, en las causas “Utrera, Gastón Ezequiel c. Universidad Nacional de Córdoba s/ art. 32 - ley 24.751” (U. 39. XLVIII), fallo del 25 de febrero de 2014; “López, María Gabriela c. resolución n° 196/07 del Consejo Superior de la UNNE s/ recurso apelación art. 32 de la ley de educación superior n° 24.521” (CSJ 33/2013), fallo del 24 de febrero de 2015; y, recientemente, “Castañeiras, Claudia Elena c. Universidad Nacional de Mar del Plata s/ recurso directo ley de educación superior 24.521” (FMP 81013653/2011), fallado el 11 de abril de 2017.

X. No lo hizo solo en la órbita del derecho administrativo donde se debatan la legitimidad de las designaciones derivadas de concursos de docentes universitarios. También mantuvo el criterio expuesto en cuestiones vinculadas con el derecho real de posesión (“Kratzer”, Fallos: 256:198), juicios de divorcio (“Zapata Timberlake”, Fallos: 311:2247) y disputas patrimoniales (“Brizuela”, Fallos: 330:1888).

En el caso “Andrades” (Fallos: 331:1583), anuló las actuaciones llevadas adelante en un amparo en el que integrantes del Ministerio Público de la Nación reclamaron el cobro de diferencias salariales, por falta de la debida intervención de dicho organismo no ya como defensor de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad que le encomendó la Ley N° 24.946 sino por su calidad de autoridad administrativa interesada en la causa, en procura de la debida salvaguarda de las garantías constitucionales de la defensa en juicio y del debido proceso (Fallos: 310:57 y 1797; 312:1580; 315:2581; entre otros).

Con igual criterio admitió la procedencia del recurso extraordinario interpuesto

por un tercero desprovisto de la calidad de parte cuando la sentencia dictada sin su intervención afectaba sus legítimos intereses (Fallos: 242:396; 251:521; 306:1719; 328:4060; y en autos G. 2096. XL., “Garayo, Elsa Irene s/ medida cautelar”, fallo del 21/08/2007).

Por último, con relación al procedimiento administrativo en materia previsional, sostuvo que las atribuciones con que cuentan los organismos administrativos para suspender, revocar, modificar o sustituir las resoluciones que otorguen beneficios jubilatorios —art. 15 de la ley 24.241— existen a condición de que la nulidad resulte de hechos o actos fehacientemente probados, y presupone que se haya dado a los interesados participación adecuada en los procedimientos, permitiéndoles alegar y probar sobre los temas cuestionados con el objeto de resguardar la garantía de la defensa en juicio (conf. CSJN en autos A. 1415. XL., caratulado “Alarcón Vargas, Froilan c. ANSeS s/ recomp. del haber cargo c. benef. - med. caut.”, fallo del 11/12/2007).

XI. Las Salas de esta Cámara Federal de Apelaciones tampoco se mantuvieron al margen de esta doctrina, y adoptaron la misma decisión en aquellos casos en los que se pretendía ejecutar una sentencia dictada en un proceso en el que no había sido parte el sujeto contra quien se dirigía.

Concretamente, en los miles de juicios promovidos por el denominado “corralito financiero”, cuando el proceso no había incluido al banco depositario de los fondos reclamados, y éste no había tenido noticia fehaciente ni personal de las actuaciones a través de un oficio o de una decisión cautelar, las Salas de este Tribunal fueron afines en anular la sentencia que ordenaba devolver los depósitos bancarios de los accionantes en su moneda de origen, vale decir en dólares estadounidenses (conf. Sala I, expte. N° 8741/04, caratulado “Sacchi, Ariel c. Estado Nacional s/ amparo”, fallado el 27/04/2007; Sala II, expte. N° 4230/03, caratulado “Breccia, Alejandro y otro c. Estado Nacional s/ amparo”, fallado el 01/04/2003;

Sala III, expte. N° 3307/02, “Rossi, Jorge R. c. Estado Nacional s/ amparo”, fallado el 26/11/2002).

Para así decidir, consideraron que se configuraba una “falta de integración de la *litis*” o, lo que es igual, un proceso sin integración debida del contradictorio, que no admitía su tramitación con la ausencia de una parte indispensable, pues la eficacia de la sentencia se hallaba subordinada, por la naturaleza de la relación o situación jurídica controvertida, a la circunstancia de que la pretensión procesal sea propuesta frente a varias personas —en el caso, lo eran el Estado Nacional y la entidad bancaria depositaria de los fondos de los ahorristas y, por ello, destinataria del cumplimiento de la sentencia—. Sostuvieron que el litisconsorcio procede siempre que, por hallarse el interés de un tercero indisolublemente unido al de uno de los sujetos procesales, su modificación, constitución o extinción no tolere un tratamiento procesal por separado y sólo puede lograrse a través de un pronunciamiento judicial único para todos los litisconsortes, a lo que resulta indiferente el objeto mediato de la pretensión. Frente a ello, concluyeron que cuando el proceso no se encuentra debidamente integrado mediante la participación o citación de todas las personas legitimadas o con un interés suficiente y concreto, correspondía disponer la integración de conformidad con lo establecido por la ley ritual en los casos de litisconsorcio y/o intervención de terceros, a fin de evitar la sustanciación de un proceso que carezca, en última instancia, de utilidad práctica.

XII. Por otra parte, quienes suscribimos la presente, no podemos desconocer y, por ende, dejar de tener en cuenta, el interés real y manifiesto del juez J. M. C. en hacerse cargo del Juzgado Federal de Primera Instancia N° 1 de esta ciudad, expresado por dicho magistrado en la nota dirigida a la Presidente del Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación, y advertido en oportunidad de expedirnos sobre su pedido de traslado ante la requisitoria del Presidente de la Comisión de Selección y Escuela Judicial de dicho Cuerpo (conf. Dictámenes Nros. 101/16 y 17/17 de la Comisión mencionada, Resol. N° 104/17 del Consejo de la Magistratura y Resol. CFLP N° 243/16).

A fojas 42 de las presentes actuaciones luce la nota mediante la cual el doctor C. solicitó su traslado como magistrado al Juzgado Federal en cuestión. Señaló: “Motiva tal petición en mi interés en un crecimiento profesional teniendo en cuenta que se trata de un juzgado con mayor jurisdicción territorial, donde tramitan causas complejas, en especial aquellas vinculadas con delitos de lesa humanidad, a lo que se suma su competencia en materia electoral.”

XIII. Sentado todo lo anterior, en el marco de la profusa doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia para casos afines, no debió transitar este proceso sin la debida participación del juez C., en procura de sus derechos de defensa en juicio y estabilidad y permanencia en el cargo de juez subrogante, pero también en salvaguarda del debido proceso legal que, al igual que los anteriores y el del juez natural —sobre el que se sustenta el fallo apelado—, resulta un derecho constitucional y convencional que los tribunales deben garantizar en todo momento (conf. Arts. 18 y 75, inc. 22, de la Constitución Nacional; art. 18 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; arts. 8 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 8 de la

Convención Americana sobre Derechos Humanos; Corte Interamericana de Derechos Humanos, en “Aptiz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) vs. Venezuela”, fallo del 05/08/2008).

Frente a ello, ante la pretendida ejecución de la sentencia que ordena el cese, en el plazo de 10 días, de la subrogancia ejercida por el doctor J. M. C. (v. ptos. V y VI de la parte resolutive), y además la férrea oposición planteada por el Estado Nacional respecto de la falta de intervención del citado magistrado —a diferencia de lo que ocurrió al momento de sentenciar en el caso “Uriarte”—, el Tribunal debe hacer respetar las formas esenciales del proceso, sin que pueda admitir que éste siga su curso cuando advierte deficiencias que vulneran el derecho de defensa. Allí la nulidad puede ser decretada de oficio, inclusive frente a un planteo extemporáneo, pero más aún cuando una de las partes lo peticiona expresamente (conf. esta Sala, en autos “Negro, Lidia N. y otro c. PEN y ots. s/ acción de amparo”, expte. N° 17.488/11, fallado el 30/08/2011).

XIV. En tales condiciones, corresponde admitir parcialmente los agravios de la recurrente en cuanto al pedido de nulidad de la sentencia, tornándose innecesario el tratamiento de los restantes.

Por ello, con la mayor premura posible, en la instancia de origen deberán adoptarse las diligencias necesarias para conferirle la debida intervención al juez J. M. C. en el presente proceso.

XV. Por último, en atención a las deficiencias procesales apuntadas en los considerandos que anteceden y teniendo en cuenta que el juez Recondo ya se pronunció sobre la cuestión de fondo debatida, debe disponerse su apartamiento de las presentes actuaciones, a fin de salvaguardar la garantía de imparcialidad del juzgador y, en consecuencia de conformidad con la Acordada CFALP N° 2/16, darle intervención al juez titular del Juzgado Federal N° 2 de La Plata, Dr. Adolfo Gabino Ziulu, quien deberá continuar con el trámite del proceso de acuerdo a las pautas que surgen de la presente [en igual sentido, CFALP, Sala de FERIA, en “Guerin, Luis Guillermo c. Estado Nacional - AFSCA s/ amparo ley 16.986” (expte. N° FLP 14/2016), fallo del 22/01/2016; Sala III, en “Incidente de prisión domiciliaria en autos: R., C. y otros” (Expte. N° FLP 54007241/2013/17), fallo del 25/04/2017].

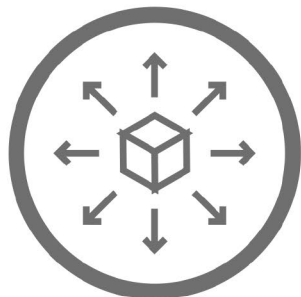
Por todo lo expuesto, se resuelve: 1) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la demandada y, consecuentemente, declarar la nulidad de la sentencia obrante a fojas 266/299 vta. 2) Apartar del conocimiento de estas actuaciones al titular del Juzgado Federal N° 4 de esta ciudad, Dr. Alberto Osvaldo Recondo, y disponer que el titular del Juzgado Federal N° 2 de esta sede, Dr. Adolfo Gabino Ziulu, deberá entender en autos, conforme a lo expuesto en los considerandos de la presente. 3) Disponer que el juez interviniente deberá, con la mayor premura posible, adoptar las diligencias necesarias para conferirle la debida intervención en el presente proceso al juez J. M. C. Regístrese, notifíquese, póngase en conocimiento de lo resuelto a la Cámara Nacional Electoral y al juez Alberto Osvaldo Recondo y, oportunamente, remítase al Juzgado Federal de Primera Instancia N° 2 de La Plata, a través de la Oficina de Asignación de Causas (OAC) para su debido registro. — Julio V. Reboledo. — Carlos R. Compaired. — Roberto A. Lemos Arias.



THOMSON REUTERS  
**LA LEY**

**LEGAL ONE**  
¿Existe una mejor manera de organizar mi estudio?

Con **THOMSON REUTERS LEGAL ONE** puede consultar su agenda, vencimientos, juicios, trámites y presentaciones de manera ágil y sencilla. También le ayuda a gestionar cuestiones económicas y presupuestarias, ingresos, egresos y más.



Conozca más en [legalone.com.ar](http://legalone.com.ar)  
o llámenos al **0810 222 5253**

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



the answer company™  
**THOMSON REUTERS®**