



La Corte Suprema ENTRE *Escila* Y *Caribdis*

Horacio D. Rosatti

SUMARIO: I. Modelos de gestión.— II. El “modelo” argentino.— III. Reflexión final.

➔ La creciente litigiosidad es el reconocimiento de la incapacidad para resolver un problema antes de pisar un tribunal de justicia. Y lamentablemente es un problema que no ha podido resolver la vigencia continuada del sistema democrático, pues los números de causas ingresadas y resueltas se ha incrementado notoriamente desde 1991 hasta la fecha. Allí es donde hay que trabajar, desde la sociedad y desde las instituciones, generando hábitos de consenso y rutinas participativas que busquen caminos alternativos a la judicialización. La judicialización debe ser el último paso.

No es sencillo tipificar —y menos aún calificar— el funcionamiento de un órgano gubernamental como la Corte Suprema de Justicia, entre otros motivos porque no todo lo que el tribunal hace puede cuantificarse y también porque algunas cuantificaciones posibles pueden ser superfluas o engañosas.

Asumiendo las dificultades del caso, nos aproximaremos al análisis de la dinámica de trabajo del máximo tribunal de justicia desde dos ópticas que —por remitir a indicadores de fácil comprobación— pueden considerarse suficientemente confiables: a) el volumen cuantitativo de las causas que resuelve; y b)

la participación de sus jueces en la definición de las decisiones (1).

Describiremos seguidamente los modelos de gestión que surgen a partir de los referidos parámetros, para luego reflexionar en torno al caso argentino.

I. Modelos de gestión

I.1. ¿Selección o revisión?

Considerando el volumen de causas que se abordan para decidir es posible reconocer dos modelos: el de trabajo concentrado y el de trabajo extensivo.

I.1.a. Modelo de trabajo concentrado

La dinámica de trabajo se basa en la discrecionalidad de los jueces del cuerpo colegiado, que *seleccionan los casos acentuando el carácter de ‘tribunal de garantías constitucionales’ de la institución que integran*. Selección discrecional no debe confundirse con arbitrariedad, en la medida en que la determinación de los temas a tratar venga precedida por criterios razonables, tales como la relevancia social, gravedad o trascendencia institucional, indefinición normativa o definición normativa en pugna con la Constitución, etc.

En este modelo, la Corte tiene la potestad de concentrar su accionar en aquellos temas en los que la supremacía y operatividad de la Constitución se ven seriamente comprometidas, ejerciendo “*su jurisdicción constitucional más eminente*”, es decir, su función primordial de resguardar el respeto de la supremacía constitucional y garantizar su acatamiento por los diversos poderes del Estado.

En un régimen federal, este diseño permite que las jurisdicciones locales consoliden su rol institucional como ‘última instancia de revisión’.

Un modelo de este tipo permitiría considerar y sentenciar entre 70 y 100 casos por año (un promedio aproximado de dos sentencias por semana), decisiones que podrían ser precedidas por audiencias públicas en todos los supuestos en que se considere necesario. Suele citarse como ejemplo de este modelo de gestión al de la Corte Suprema federal norteamericana (2).

I.1.b. Modelo de trabajo extensivo

La dinámica de trabajo se basa predominantemente en la inercia que imprime la presentación de recursos por parte de los litigantes, de modo que *el tribunal actúa como un cuerpo revisor, acentuando su carácter de ‘última instancia’ judicial y su rol casatorio* de las decisiones de los tribunales de las instancias previas.

I.2. ¿Ronda corta o ronda larga?

Considerando la exigencia participativa de los jueces en la concreción de las decisiones, es posible reconocer dos modelos: el de ‘ronda corta’ y el de ‘ronda larga’.

I.2.a. Modelo de ‘ronda corta’ o de circulación abreviada

Los expedientes circulan sucesivamente entre los miembros del tribunal hasta que se logra mayoría de opiniones coincidentes o concordantes para la resolución del caso (por ejemplo, si el tribunal tiene cinco miembros, la causa tramita hasta que obtiene tres votos coincidentes o concordantes), por lo que es posible que el caso no llegue al conocimiento

de los jueces que están en la parte final de la ronda si la mayoría se logra con el voto del tercer o cuarto magistrado.

Se afirma como ventaja de este modelo la celeridad en la toma de decisiones. Se lo critica sosteniendo que si siempre se mantiene el mismo orden de circulación (primero el juez A, luego el juez B y después el juez C) y si estos jueces coinciden en el voto, ellos monopolizarían de hecho —y de derecho— la solución o criterio en un tema o materia, pues los jueces que ocupan los lugares cuarto (juez D) y quinto (juez E) quedarían —en principio— excluidos de participar en el tipo de causas donde ya hay lograda una mayoría (3).

I.2.b. Modelo de ‘ronda larga’ o de circulación completa

Todos los miembros del tribunal deben conocer e intervenir en todos los casos, aunque se haya logrado la mayoría antes de la intervención de los últimos. Se afirma como ventaja de este modelo la mayor deliberación que supone la participación de todos sus ministros y, como consecuencia, la probabilidad de obtener estándares de mayor calidad en la decisión final (4). El sistema permite conocer las disidencias de quienes votan en minoría y, aun antes de lograda la decisión final, habilita la recirculación del expediente cuando el cuarto (juez D) o quinto (juez E) interviniente no coinciden con el criterio de los anteriores, pudiendo rediscutirse el tema y arribar finalmente a otra decisión. El justiciable, la comunidad jurídica y la población en general pueden conocer la posición de los magistrados en mayor cantidad de temas, favoreciéndose la previsión de futuros estándares jurisprudenciales.

DOCTRINA. La Corte Suprema. Entre *Escila* y *Caribdis*

Horacio D. Rosatti 1

NOTA A FALLO. La información médica incompleta y la afectación a los proyectos de vida de las personas en respeto de su autonomía

Armando S. Andruet (h.) 3

JURISPRUDENCIA

RESPONSABILIDAD MÉDICA. Embarazo posterior a la ligadura tubaria. Anticoncepción fallida y nacimiento no previsto de un hijo. Procedencia de una indemnización a favor de la progenitora por incumplimiento del deber de información. Daño moral. Recepción en el Código Civil y Comercial: interferencias al proyecto de vida. Derecho a la autonomía personal y a la libertad de autodeterminación. Responsabilidad del establecimiento asistencial y de la obra social (CNCiv.) 2

PROCEDIMIENTO TRIBUTARIO. Fiscalización y verificación de contribuyentes. Período fiscal no incluido en la orden de intervención. Sentencia que declara la nulidad parcial de las resoluciones determinativas. Arbitrariedad. Alcances de la nulidad procesal declarada en sede penal. Valor de cosa juzgada. Límites. Disidencia (CNFed. Contenciosoadministrativo) 5

HONORARIOS DEL ABOGADO EN SEDE PENAL. Ley aplicable. Entrada en vigencia de la ley 27.423. Procesos en curso. (CNCrim. y Correc.) 8

RECALIFICACIÓN DEL HECHO. Sentencia definitiva o equiparable. Afectación del derecho de defensa en juicio (CFCasación Penal) 8

CONCURSO PREVENTIVO. Verificación de crédito a favor de la AFIP con carácter condicional. Eventual incumplimiento en el plan de facilidades de pago vigente. Pertinencia de su admisión en el pasivo verificado con independencia de la actual exigibilidad del crédito. Confirmación de sentencia (CNCom.) 9

OBLIGACIÓN ALIMENTARIA DE LOS ABUELOS. Incumplimiento del progenitor. Cuestionamiento de ambas partes con relación al monto de la cuota (CNCiv.) 10

PEAJES. Planteo de nulidad de resoluciones. Aumento de la tarifa. Deber de realizar audiencia pública. Homologación de acuerdo. Planteo que deviene abstracto (SC Buenos Aires) 10

La desventaja de este modelo es que insu- me más tiempo para resolver un caso, si se lo compara con el de ‘ronda corta’.

II. El “modelo” argentino

Asumiendo los parámetros precedentes, y descontando algunos matices que por su carácter eminentemente técnico y por no resultar suficientemente significativos pueden ser omitidos sin tergiversar el sentido de estas reflexiones, es posible afirmar que el modelo con el que trabaja actualmente la Corte Suprema de Justicia argentina es desde lo cuantitativo predominantemente “extensivo” y desde lo cualitativo de “ronda larga” en todos los casos que tengan relevancia institucional o que carezcan de una mayoría consolidada por el propio tribunal a través del tiempo, reservándose, en principio, la “ronda corta” para el resto de los supuestos (v.gr. inadmisibilidad del recurso extraordinario o de queja por carencia de requisitos básicos, aceptación de desistimientos, caducidades, decisiones interlocutorias en procesos de competencia originaria, entre otras hipótesis).

Dicho de otro modo: la matriz de actuación de la Corte argentina es una de las más amplias posibles dentro de las variables escogidas precedentemente.

La Corte ha emitido en los últimos cinco años un promedio aproximado de 16.900

sentencias anuales (5), que equivalen a... ¡325 sentencias por semana! No obstante lo dicho, que es incuestionable pues se basa en datos comprobables, el tribunal suele ser percibido externamente como lento y desapegado de toda temporalidad.

Por ello, sin pretender negar las debilidades, dificultades o carencias que puedan observarse en el funcionamiento del tribunal, debido a factores humanos, materiales u organizacionales, es necesario que quienes debatan este tema, ya sea en ejercicio de responsabilidades institucionales o simplemente por el justificado anhelo de que “las cosas mejoren”, tengan presente:

— Que la relación entre la cantidad de expedientes que se resuelven (aproximadamente 325 en promedio por semana) y el número de decisores (cinco) está en un punto de ebullición. La estructura organizacional está ‘en el límite’ de sus posibilidades funcionales.

— Que la relación entre ‘cantidad de expedientes resueltos-cantidad de integrantes del tribunal’ es una relación inversa. Más número de jueces integrando el tribunal —aun con el modelo de ‘ronda corta’— no daría más celeridad sino menos, pues la circulación para obtener la mayoría se hará necesariamente más larga (el mínimo de tres sobre cinco se elevará a cuatro sobre siete, cinco sobre nueve, seis sobre once, etc.).

— Que la participación de un mayor número de jueces antes de decidir (modelo de ‘ronda larga’), aun con el mismo número de magistrados en el tribunal, permite lograr mayor deliberación y presumiblemente más calidad en las decisiones finales pero no da más celeridad sino menos.

— Que más celeridad se lograría con menos expedientes para resolver, dejando la mayoría de las presentaciones fuera del radio de actuación del tribunal; pero ello ¿sería aceptable para el litigante —o sus profesionales/ patrocinantes— que perciben a la Corte como “última” instancia, aunque en ocasiones la utilizan como una instancia más, convirtiendo a un tribunal extraordinario en un tribunal ordinario?

— La división en salas de la Corte (para quienes lo consideran constitucional, y este tema podría embarcarnos en una discusión infinita) favorecería el estudio de las causas desde una perspectiva más especializada pero a costa de perder visión de conjunto, disociándose lo decisorio (expresado en la sala) de lo institucional (representado por el tribunal en pleno) y no evitaría la necesidad de reunir al pleno de la Corte en caso de discordancia o aun de gravedad institucional. Es muy probable que los casos se dupliquen (primera la sala y luego el pleno) y el resultado final sea más lentitud y no más celeridad.

III. Reflexión final

La creciente litigiosidad, o —para decirlo de un modo más técnico— la creciente judicialización de los conflictos, es el reconocimiento de la incapacidad para resolver un problema antes de pisar un tribunal de justicia. Y lamentablemente (y tal vez paradójicamente) es un problema que no ha podido resolver la vigencia continuada del sistema democrático, pues los números de causas ingresadas y resueltas se ha incrementado notoriamente desde —cuando menos— 1991 hasta la fecha.

Allí es donde hay que trabajar, desde la sociedad y desde las instituciones (especialmente en las universidades, colegios profesionales, ONG, sistema educativo formal y no formal primario y secundario), generando hábitos de consenso y rutinas participativas que busquen caminos alternativos a la judicialización.

La judicialización debe ser el último paso y no el primero en la dinámica de un conflicto, porque implica el fracaso de la concordia.

¿Estamos en un callejón sin salida? No, estamos en un estrecho desfiladero, navegando como el *Ulises* de Homero, entre *Escila* y *Caribdis*(6), procurando advertir sobre el desatino que supone guiarse por el canto de las sirenas. ●

Cita on line: AR/DOC/735/2018

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Las siguientes reflexiones constituyen una breve síntesis de un capítulo de un trabajo de mayor alcance en el que estamos abocados desde hace varios meses.

(2) Conforme surge de la información brindada por la página web oficial de la Suprema Corte de Estados Unidos de América, el promedio de los últimos 5 términos ya concluidos —no se computa el iniciado en octubre de 2017 por estar pendiente de concluir en octubre de 2018— alcanza a 76.2 decisiones finales por término (2012:79; 2013:75; 2014:76; 2015:81 y 2016:70). No se computan las resoluciones administrativas o de superintendencia <https://www.supremecourt.gov/about/courtatwork.aspx>. Por su parte, el número de ingreso de causas es de aproximadamente 7000/8000 por término. Vr <https://www.supremecourt.gov/about/courtatwork.aspx>.

(3) En los EE.UU. el sistema funciona distinto. El

modelo, de creación pretoriana, conocido como regla de los cuatro (“rule of four”) sólo se utiliza para seleccionar los casos que serán conocidos por la Corte. Es decir para definir su trascendencia y determinar si, según su discreción, el Tribunal abre el recurso “certiorari”, pero no para adoptar la decisión de fondo. Se prevé que si cuatro de nueve jueces coinciden en que una causa es trascendente y por lo tanto el tribunal debe pronunciarse en ella, la mayoría (de cinco) no puede oponerse. Una vez que se resuelve que el recurso es abierto, todos los jueces participan de las audiencias y sentencia, salvo excusaciones (v.gr. Sup. Corte de los EE.UU. “Rogers v. Missouri” Pac. R. Co., 352 U.S. 521, 529 (1957), disidencia de Frankfurter, J. y disidencia parcial de Harlan, J., 559).

(4) Es aplicable al caso, *mutatis mutandis*, el conocido del razonamiento de Stuart Mill: “Si toda la humanidad, menos una persona, fuera de una misma opinión,

y esta persona fuera de una opinión contraria, la humanidad sería tan injusta impidiendo que hablase como ella misma lo sería si teniendo poder bastante impidiera que hablara la humanidad. Si fuera la opinión una posesión personal que sólo tuviera valor para su dueño, si el impedir su disfrute fuera simplemente un perjuicio particular, habría una diferencia entre que el perjuicio se infligiera a pocas o a muchas personas. Pero la peculiaridad del mal que consiste en impedir la expresión de una opinión es que se comete un robo a la raza humana; a la posteridad tanto como a la generación actual, a aquellos que disienten de esa opinión, más todavía que a aquellos que participan en ella. Si la opinión es verdadera, se les priva de la oportunidad de cambiar el error por la verdad, y si es errónea, pierden lo que es un beneficio no menos importante: la más clara percepción y la impresión más viva de la verdad, producida por su colisión con el error”. STUART MILL,

John, “Sobre la libertad”, Ed. Sarpe, Madrid, 1985, trad. Pablo de Azcárate, p. 47. Si el razonamiento anterior es válido “para toda la humanidad”, como dice Stuart Mill, ¿cómo no habría de serlo para un universo circunscrito como el del número de miembros de un tribunal de justicia!

(5) En 2013 se fallaron, incluyendo sentencias individuales y colectivas, 15792 expedientes (<https://www.csjn.gov.ar/files/datos-estadisticos/2013.pdf>); en 2014 fueron 25150 (<https://www.csjn.gov.ar/files/datos-estadisticos/2014.pdf>); en 2015 fueron 18918 (<https://www.csjn.gov.ar/files/datos-estadisticos/2015.pdf>); en 2016 fueron 14076 (<https://www.csjn.gov.ar/files/datos-estadisticos/2016.pdf>) y en 2017 fueron 10376 (<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/fallos/consulta.html>).

(6) HOMERO, Odisea, “Canto XII”.

NOTA A FALLO

Responsabilidad médica

Embarazo posterior a la ligadura tubaria. Anticoncepción fallida y nacimiento no previsto de un hijo. Procedencia de una indemnización a favor de la progenitora por incumplimiento del deber de información. Daño moral. Recepción en el Código Civil y Comercial: interferencias al proyecto de vida. Derecho a la autonomía personal y a la libertad de autodeterminación. Responsabilidad del establecimiento asistencial y de la obra social.

Véase en página 3, Nota a Fallo

Hechos: Una mujer que quedó embarazada meses después de ser sometida a una ligadura tubaria dedujo acción de daños. La sentencia rechazó la demanda. La Cámara revocó parcialmente el decisorio y condenó a las demandadas a abonar una indemnización en concepto de daño moral. Asimismo, confirmó el rechazo de la pretensión respecto de la pareja de la accionante.

1.- El médico que no advirtió sobre el eventual fracaso de la ligadura tubaria practicada a la paciente, quien quedó embara-

zada meses después de la intervención, debe ser condenado a abonar una indemnización por daño moral, pues el incumplimiento de la obligación de informar trae aparejada responsabilidad aun cuando la prestación médica en sí misma se desarrolle correctamente, máxime cuando se trata de tratamientos vinculados a la salud reproductiva, en donde el problema tiene una dimensión existencial que se vincula con la decisión autorreferente de transitar la maternidad-paternidad.

2.- El médico que no advirtió sobre el eventual fracaso de la ligadura tubaria practicada a la paciente, quien quedó embarazada meses después de la intervención, debe ser condenado a abonar una indemnización por el menoscabo causado al derecho a la autonomía personal y al derecho a la autodeterminación, pues la falta de debida información impidió a aquella decidir en forma libre y consciente sobre la técnica de contracepción elegida y configura un daño moral, en el cual la legislación vigente aprehende expresamente en “las interferencias al proyecto de vida” (art. 1738, Cód. Civ. y Com.).

3.- Si como consecuencia de la deficiente información proporcionada a la progenito-

ra, al momento de realizar la ligadura tubaria nació un hijo no deseado para ella, no es posible imponer al médico que se haga cargo de su manutención, en primer lugar, porque no existe suficiente relación causal —directa e inmediata— entre la práctica médica que se hizo conforme la *lex artis* y el nacimiento y, en segundo lugar, porque la obligación alimentaria de los padres no es delegable, de modo que no es admisible por esta vía adjudicar al médico deberes que son inherentes a aquéllos.

4.- El profesional que no cumplió en forma adecuada con el consentimiento informado respecto de una ligadura tubaria debe responder frente a la madre por el daño no patrimonial causado pero no frente al padre, pues, aunque éste resulte indirectamente afectado, el deber de información no era exigible a su respecto (ley 26.130), sino que constituye un derecho personal e intransferible de la madre, que no consiente ser extensivo a su pareja.

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso: Deficiente información al momento de realizar una ligadura tubaria.

Referencias de la víctima:

Sexo: Femenino

Componentes del daño:

Daño extrapatrimonial

Daño moral genérico: \$80.000.

120.957 — CNCiv., sala G, 19/12/2017. - V., P. V. J. y otro c. I. M. de O. SA y otro s/ daños y perjuicios - resp. prof. médicos y aux.

[Cita on line: AR/JUR/90602/2017]

INTERESES

Tasa del 8% anual desde la citación a mediación y hasta la presente, y desde aquí en adelante a la tasa activa de la cartera de préstamos nominal anual vencida a treinta días del Banco Nación Argentina.

[El fallo *in extenso* puede consultarse en el Diario LA LEY del 05/04/2018, p. 3, Atención al Cliente, <http://informacionlegal.com.ar> o en Proview]

La información médica incompleta y la afectación a los proyectos de vida de las personas en respeto de su autonomía

Armando S. Andruet (h.)

SUMARIO: I. Aspectos que serán atravesados por la resolución.— II. Acerca de la controversia de autos.— III. La información necesaria y la ocasión de su realización.

I. Aspectos que serán atravesados por la resolución

En esta oportunidad comentamos un pronunciamiento dictado por la sala G de la Cámara Civil y cuyo voto principal estuviera a cargo de la Mag. María Isabel Benavente, al cual el resto de colegas intervinientes en dicho colegiado, Dres. Carlos Carranza Casares y Carlos Alfredo Bellucci, prestaron adhesión sin agregados de naturaleza alguna. En rigor de verdad debemos señalar —y con ello aventar cualquier incertidumbre— que poco es lo que podemos agregar desde lo individual al pronunciamiento que ha sido emplazado.

En la resolución se ha juzgado, con elocuencia argumentativa por demás suficiente, sobre uno de los temas centrales que hoy vinculan las relaciones jurídico-sanitarias, como es la *teoría del consentimiento informado*. Además de ello, se ha conjugado una resolución con un tratamiento del tema que ha puesto de manifiesto una sobrada formación técnica y académica desde lo jurídico-legal por el tribunal en dicha materia y, además, con una profunda reflexión desde el mismo sentido común de las cosas. Con todo ello por delante, el resultado alcanzado es una resolución que bien puede ser considerada una pieza de enseñanza pedagógica para el abordaje de la indicada materia en esta problemática.

Es un pronunciamiento entonces impecable, y poco se puede agregar, y señalamos también que si bien no dudamos que algunos habrán de querer ver allí un exceso de erudición de su autora, como así también un manejo por demás cuidado de la doctrina extranjera en orden a los diferentes tópicos que se abordan, pues hay que ubicar los mencionados desarrollos doctrinales, que lejos de ser ellos un mero ejercicio epidéctico, toda vez que han sido dichas consideraciones las que han permitido delimitar, con la precisión adecuada que se puede aspirar como posible en el ámbito del razonamiento práctico en general y del cual el razonamiento jurídico forma parte, la *questio* ha ser resuelta, develándose progresivamente; y ello fue un trabajo logrado a partir de una prolija deliberación judicial.

Que se podría haber tomado otro camino más cómodo —confirmando el pronunciamiento de la anterior instancia—, sin duda que fue posible; como que también se pudo realizar un estudio menos especulativo

desde el Derecho comparado, es también cierto, pero la singularidad del caso y sus connotaciones tienen confrontada resolución con la gran cantidad de supuestos similares en orden a dichas cirugías que se realizan a diario en los ámbitos clínicos y hospitalarios. Entendemos, por nuestra parte, que quizás los argumentos que acabamos de marcar hayan sido algunos de los criterios que habrán primado en el tribunal para hacer con el presente fallo una excelente educación cívica en derechos a los ciudadanos.

No podemos obviar destacar aquí nuestra mirada por demás favorable al rol social de la judicatura; y ello se concreta justamente cuando las sentencias diagraman los comportamientos sociales y profesionales, para poder compartir una vida en común más armoniosa, y ello aquí es innegable que ha sido logrado.

De cualquier modo, y pese a la suficiencia que *per se* existe en el pronunciamiento, siendo una materia tan delicada como es siempre la que está de por medio cuando de la vida y/o salud de las personas se trata, es que hemos considerado —con gran respeto por los sentenciantes— que algunos aportes menores desde la reflexión jurídica y bioética se le pueden hacer, tal como intentaremos ejecutar. Adelantando que lo será sobre uno de los capítulos centrales que hoy están en juego, a la hora de estudiar los modos de comportamientos que se producen en el rico intercambio que humana y profesionalmente se producen, en el marco de lo que se ha venido a nombrar desde finales del siglo XVIII como la relación médico-paciente.

Todo ello sin perjuicio de reconocer que autores de la estatura de Diego Gracia (1) lo han promovido, quienes prefieren hablar de una “relación sanitaria” en lugar de “relación médico-paciente”, atento a la existencia de todo un conjunto de actores nuevos que están presentes en dicha relación; como así también advirtiendo que con dicha denominación se admite que no toda relación que se produce entre médicos y pacientes es porque éstos tienen algún episodio nosológico, sino que en muchos supuestos, se trata sólo de dar cumplimiento a lo que bien se podría considerar la *rutinización* de la medicalización de la vida, tal como Jules Romains proclamaba un siglo atrás, con la figura del extravagante modelo del *Dr. Knock* en la famosa obra teatral que lleva ese nombre (2).

De tal manera que la “relación sanitaria” en algunos casos puede encontrar su núcleo en la “relación médico-paciente” y en otros casos, en una sola realización de un circuito de pruebas, exámenes, resultados de laboratorio, etc., y que habiliten un tipo de “relación médico-burocrática”.

Pues lo cierto de la relación médico-paciente, cuando ella se ubica en lo profundo de la relación sanitaria, es en donde se debaten varias cuestiones a más de lo que por definición tienen que estar en la mayor gestión profesional, como es la recuperación —de ser posible— del equilibrio sanitario del enfermo, a partir de su retorno a la categoría de persona sanitariamente “normal” frente a la anterior y angustiante posición de ser considerado social y profesionalmente en estado “patológico”, y de cuyas vertientes el mismo George Canghilem descubre valiosas aportaciones (3). Siendo también parte de esas cuestiones, más allá del hecho morboso existente, ciertas y notables tensiones que pueden producirse entre médicos y pacientes, en muchas ocasiones producidas de manera sutil y por lo tanto sólo visualizables al ojo experto; y también en otros casos con características más complejas, y por lo tanto de un mayor reconocimiento, que bien se pueden ubicar en la consolidación del ancestral tópico del “paternalismo médico” (4) frente al moderno y desafiante modo de ejercicio de la “autonomía del paciente” para la toma de decisiones médicas.

Generalmente la mayoría de las personas cuando hacen abordajes doctrinarios de estas cuestiones, se focalizan en dicha relación de tensión entre el “paternalismo médico” y el “autonomismo del paciente” y que, en gran medida, habrán de pasar por la meditación acerca del rango de atención que se le acuerde a los dos temas intuitivamente vinculados allí: información suficiente y consentimiento esclarecido. Todo lo cual se suele sintetizar bajo el *nomen* de *teoría del consentimiento informado* (5).

Tal como veremos —en el cuerpo de la resolución— será la cuestión del autonomismo del paciente, que habrá de ser centralizado bajo el concepto de los “proyectos de vida” del paciente, los que habrán de ser tenidos como particular eje de consideración. Nosotros, para esos mismos supuestos que contempla la sentencia con dicho nombre, preferimos emplear un concepto, construido desde la filosofía práctica y la bioética general, como es la existencia de “comportamientos autorreferentes exteriores de carácter no transitivo”. Pero está por demás claro que ahora no se trata de discutir acerca de cuál denominación puede ser más adecuada a un supuesto fáctico, sino justamente de realizaciones que en la urdimbre profunda de la relación encuentran un punto de tensión positivo

cuando dicha relación es cordial y armoniosa; y un claro punto de torsión negativa, cuando se produce un gobierno de uno de los polos sobre el restante.

Habitualmente cuando es el polo médico, lo hace cumpliendo con una gestión profesional paternalista; y cuando es el extremo que corresponde al paciente, lo hace reclamando por su mayor autonomía para la toma de decisiones, volcando entonces el problema hacia los ámbitos del consentimiento informado. Con otras palabras, la resolución que ahora se comenta se habrá de colocar en la segunda perspectiva: una relación torsionada, donde el tema del *consentimiento informado* ocupa la agenda principal.

Mas debemos aclarar que ese aspecto tan controversial que se acaba de señalar resulta descompuesto en dos momentos. para poder decir con toda propiedad que ha sido abordado en su completitud. Por ello es que primero se hace en la resolución un abordaje de impecable factura técnica respecto a la atención y cuidado que se haya podido dar o dejar de brindar, al deber de informar que los médicos tienen en cabeza obligacional de cumplir; y, luego de ello, debidamente cumplimentado como existente y realizado, se podrá dar paso a la discusión respecto a si existe un consentimiento informado ajustado a la práctica clínica y al derecho sanitario en general.

Advertimos, por nuestra parte, que no se trata de un mismo acto con dos momentos (informar y consentir), sino que son dos actos que autónomamente se pueden considerar en su matriz individual y que solamente se vuelven uno, cuando ha habido una vertebración suficiente por el mismo hecho nosográfico de la enfermedad, siendo allí cuando toda la información recibida y asimilada razonablemente por el paciente es la acogida por éste. Huelga señalar que si no fuera por este suceso continuo de informar y consentir, cualquier intervención que se hiciera sobre el cuerpo del paciente sería claramente afectatoria de la autonomía personal y proyecto de vida, tal como fuera la apreciación inicial que se sostuvo en uno de los primeros casos judiciales que se invocaron en los estrados judiciales, el concepto de *consentimiento informado* en el ámbito de la relación clínica, como fuera el caso “Salgo” (6).

Reiteramos, entonces, que son dos actos independientes que enlazados por un tema nosográfico concreto se vinculan y habrán de conformar un todo, sólo en cuanto que cada uno de ellos haya sido cumplido en su realización completa e integral. Cuando se vuelve uno solo se llama *consentimiento informado*. Si acaso hubiera alguna falla en alguno de los dos actos, éstos no se fusio-

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Cfr. GRACIA, D., “Bioética clínica”, Ed. El Búho, Bogotá, 1998, t. II, ps. 61 y ss.

(2) En tal obra, es donde se lleva al grado extremo la medicalización de la vida; y es por ello que el médico *Knock* advierte que las “personas sanas son enfermos que se ignoran” (ROMAINS, J., “Knock o el Triunfo de la medicina”, Ed. Losada, Teatro, Buenos Aires, 1957).

(3) El poder médico justamente radica en la condición de que solo un determinado grupo profesional de

fine quien es enfermo o sano, con independencia que el sujeto se sienta o crea estar sano. *Vide* CANGUILHEM, G., “Lo normal y lo patológico”, Ed. Siglo XXI, México, 2009.

(4) Por paternalismo médico la definición que más se ha citado en el ámbito académico es la de Gerald Dworkin, quien dice que consiste en “la interferencia en la libertad de acción de una persona justificada por razones que se refieren exclusivamente al bienestar, el bien, la felicidad, las necesidades, los intereses o los valores de

la persona coaccionada”. Se advierte entonces que en un comportamiento paternalista aparecen dos elementos centrales: por un lado, la interferencia en la libertad de acción; y por el restante, una finalidad que se refiere al bienestar de la persona sobre quien se cumple la práctica (DWORKIN, G., “Paternalism”, en R. A. WASSERSTROM (ed.), *Morality and the Law*, Wadsworth Publishing Co., Belmont, 1971, ps. 107/126).

(5) Naturalmente que la bibliografía es vastísima a dicho respecto, pues por ello sólo apuntamos lo que en

nuestro parecer es quizás el mejor compendio que se ha logrado del tema y que no es una aplicación exclusiva ni jurídica, como, tampoco, bioética del tema, sino una buena mixtura de ambos aportes y que, por otro lado, es la forma adecuada de hacer los abordajes cuando de *consentimiento informado* se habla. A todo efecto entonces: SIMÓN, P., “El consentimiento informado”, Ed. Triacastela, Madrid, 2000.

(6) *Vide* “Salgo vs. Leland Stanford Jr. University Board of Trustees” en 1957, California Court of Appeals.

narían en uno solo, sino que existirían dos actos y naturalmente no habría tampoco consentimiento informado posible.

Huelga recordar que cuando el consentimiento no ha sido informado debidamente, en rigor de verdad lo que existe no es siquiera un asentimiento para una determinada práctica médica, sino que es pura parodia y no hace falta decir ante auditorio calificado que la parodia no genera derecho. Así de seria y compleja es la crisis por la falta de información adecuada, al menos ello así de contundente, cuando la materia es lo sanitario. El sistema jurídico no puede ser una parodia de un sistema jurídico en serio y este pronunciamiento se ocupa bien de marcarlo, por ello un observador que nada conozca de derecho, pero que sea suficientemente razonable, habrá de advertir el sesgo del mejor y preclaro sentido común que flota en toda la construcción sentencial.

Agregamos, por nuestra parte, que este es un aspecto que no debe ser rescatado como muy valioso en el pronunciamiento, puesto que no se puede dejar de señalar que los tiempos que corren han llevado a que algunos jueces, a los efectos de ocupar un pequeño espacio en las noticias de los periódicos, terminen dictando pronunciamientos con notables cuotas de extravagancia, que bien pueden hacer creer a juristas y no juristas que el Derecho es cosa lejana del sentido común; y si ello lo consolidan los jueces con sus sentencias, el futuro del Derecho es convertirse en una *Babel* que sólo será habilitada para los iniciados en prácticas de desarrollo extravagante. El Derecho no puede ignorar el sentido común (7); la sentencia se monta en dicho concepto y desde allí construye una tesis, pero su base de sustentación no es una abstracción teórica o doctrinaria, sino un dato de la realidad de las personas —mujeres en el caso— que deciden someterse a una intervención quirúrgica de ligadura tubárica. Sin sentido común, al final de cuentas, no hay Derecho posible ni sentencia justa alguna.

Hemos ya dicho en otros lugares, para concluir con este introito, que cuando la información no es la que debe ser —sino otra confusa, difusa, y puede que también resulte profusa— el consentimiento, lejos de ser “informado”, en el mejor de los supuestos —puesto que lo peor habrá de ser lo que hemos denominado en otro lugar la “parodia consentida”— bien podría ser nombrado como un “*consentimiento asustado*”. Y que por ciertos aspectos fácticos, quizás este caso integre dicha especie.

II. Acerca de la controversia de autos

Una mujer contrata un servicio profesional con su médico, para que en ocasión de realizarse la cesárea programada para dar alumbramiento a su tercer hijo procediera el médico a efectuar una correspondiente ligadura de trompas de Falopio en los términos que la ley 26.130 ha previsto como posible, sin por ello importar una mutilación penalmente perseguible. Concluido el alumbramiento, y debidamente asentado en la historia clínica que se ha procedido según lo solicitado por la mujer, se produce a los tres meses de aquella intervención un nuevo embarazo, que es lo que anima la acción civil por una mala práctica profesional cumplida por el médico, como también por daño moral y otro reclamamos.

El fallo de la primera instancia habrá de rechazar la demanda en todos sus térmi-

nos; el pronunciamiento de segunda instancia habrá de revocarlo parcialmente y por lo tanto, en parte se habrá de admitir la demanda. Los agravios bien ordenados por el Tribunal de Alzada tienen una lógica de buena factura, pues se reclama primero por no haber efectuado el médico interviniente la respectiva operación de seccionamiento y ligadura tubárica a la que se había comprometido; en segundo lugar, si acaso ella se hizo, pues queda claro que se realizó en una forma deficiente; y por último, que no se informó acaso del riesgo de que aun bien hecha la intervención, la mujer podía volver a quedar embarazada. En estos tres niveles flota la respuesta que es alcanzada por el Tribunal.

Recordemos entonces los extremos que el tribunal habrá de descartar como posibles núcleos causales de la maternidad en cuarta ocasión de la Señora V. Pues, por lo pronto, de la prueba colectada y cuidadosamente ponderada no surge que efectivamente no se hubiera cumplido con el seccionamiento y ligadura de trompas, pues el facultativo interviniente en la última cesárea sólo consigna lo que él hizo, guardando un notable silencio acerca de cuál era el estado anatómico del aparato reproductivo de la Señora V., y tampoco le fue requerida una testimonial que ayudara a una mejor clarificación del asunto.

Pues de dicho *corpus* probatorio, la Cámara con buen criterio entiende que no es posible concluir en que el médico demandado no haya cumplido con la intervención profesional tal como se le había requerido. De igual modo, del informe pericial que se ha presentado en juicio se ha podido conocer que estadísticamente está demostrado que existen circunstancias por las cuales en el método quirúrgico de la ligadura tubárica y el seccionamiento correspondiente, aun teniendo altas posibilidades de permitir la realización de un nuevo embarazo, existen casos en que ello se produce, con lo cual se habilita una vía de reflexión no del todo transitada, puesto que por lo general estas cuestiones concluyen en saber si la práctica médica de la intervención ha sido bien o mal hecha.

Aparece entonces en el escenario de la decisión judicial el inevitable elemento del azar que, como tal, juega un papel a veces definitorio en muchas de estas cuestiones sanitarias; mas que sea azar no significa que no haya podido ser evaluado como posible y, por lo tanto, el tribunal después de resolver si la praxis fue buena o mala, se ocupará del azar en la relación sanitaria, en particular si dicho álea fue, como tal, claramente informado a la persona o al no decirlo se le privó de una información relevante y determinante, cuya ausencia ha implicado una libertad incompleta; y por tanto *no libertad* para decidir como lo hiciera.

El tribunal, a la luz del cuerpo probatorio, habrá de descartar tanto la inexistencia de la práctica de seccionamiento y ligadura tubárica, y que, por lo tanto, tiene por cumplida la misma; como que también ha repelido que la nombrada se hubiera realizado defectuosamente. Por lo tanto la única conclusión válida es que se ha producido el embarazo por el fortuito destino de la naturaleza y tal como estadísticamente se ha recogido, según los registros que en autos se han acompañado por la vía pericial; ello es poco habitual pero no por ello imposible. La medicina de la evidencia brinda registros para ciertas comunidades, que ubican

dicha falla del tratamiento quirúrgico en un porcentaje aproximado de 0.017%.

De tal forma el camino a ser revisado se vincula sólo con el deber de informar, que el médico en apariencia ha incumplido en forma reiterada; y que es por donde el pronunciamiento hace gala en el análisis.

III. La información necesaria y la ocasión de su realización

Bien sabemos por legislación anterior a la ley 26.742 de los Derechos de los Pacientes, y por el mismo art. 59 del Cód. Civ. y Com., que el consentimiento informado para ser tal requiere de que la información que el paciente recibe sea completa, clara y comprensible; para que pueda autorizar la intervención invasiva sobre su propio cuerpo, sea como una terapia, una intervención o una cirugía propiamente.

En una manera un tanto más analítica y técnica, y por su supuesto no aplicable para todos los casos según la diversidad que en ellos pudiera haber, se podría decir que los criterios que debe satisfacer dicha información al paciente suponen los siguientes apartados: 1) Naturaleza y pronóstico de la enfermedad; 2) Naturaleza y objetivos de los diversos procedimientos diagnósticos o terapéuticos alternativos; 3) Riesgos y efectos secundarios de cada uno de ellos; 4) Beneficios esperados de cada uno de ellos; 5) Recomendación del profesional acerca de la que, a su juicio, constituye la mejor de las alternativas; 6) Información acerca de las posibilidades de rechazar todas las alternativas y de las consecuencias que ello tendrá; 7) Ofrecimiento a ampliar toda la información, si el paciente lo desea; 8) Información sobre la posibilidad de revocar el consentimiento cuando el paciente desee; y 9) Información sobre el objetivo del ofrecimiento de información y sobre la naturaleza del consentimiento que se está solicitando al paciente (8).

Otros autores, y con un criterio más operativo, han preferido seccionar los núcleos del deber de informar a los pacientes en cuatro regiones generales: 1) Acerca de la naturaleza y objetivo del procedimiento; 2) Los riesgos que el procedimiento lleva aparejado; 3) Los beneficios; y 4) Las alternativas u opciones al tratamiento (9).

En la tensión que se genera entre lo que se informa (y cómo se informa) y la decisión que se toma luego de recibida dicha información es en verdad donde se haya uno de los anclajes omnicomprendivos del auténtico respeto a la dignidad de las personas, toda vez que ello está pivoteando sobre la misma autonomía del sujeto, que con toda estatura moral es quien habilita o no a que otros, en este caso médicos clínicos o cirujanos, se ocupen de un problema sanitario que dicho sujeto tiene. Sin información no hay consentimiento y sin consentimiento no hay acción médica posible; sencillamente es así, más allá de los casos excepcionales que no hacen a la regla y donde el consentimiento no resulta necesario por la misma naturaleza aguda del cuadro clínico, más la ausencia de toda persona que pueda brindar a favor del lesionado inconsciente.

Naturalmente que el tránsito para una vigencia incondicionada y no manipulada del consentimiento informado pleno en nuestro país todavía se encuentra en curso de ejecución (10); pero no por ello se puede

ignorar que han sido notables los avances que se advierten en particular, si tendemos una mirada comparativa en América Latina y el Caribe donde la hegemonía de la decisión médica ejercitada en modo paternalista está fuera de toda discusión; y que ello cuando es ejercitado de esa manera, es innegable que hay una lesión a los proyectos autonómicos de las personas enfermas en función de la toma de decisiones que ellas brinden.

De todas maneras no se puede dejar de señalar que ciertamente el tema de la formación de los riesgos es uno de los más delicados, puesto que siempre son muy variados y de naturalezas fisiopáticas, a veces no posibles de ser previstos; y entonces es donde se pone en juego también la capacidad de discernimiento médico, para poder formular al paciente una configuración lo más real posible de ellos, pero sin convertir el nombrado discurso en una pieza académica donde lo que menos se logre sea comprender de cuáles se trata. Es cierto que es muy difícil afirmar de modo apodíctico cuáles riesgos se mencionan y cuáles no, mas los médicos saben que no son geómetras y que trabajan sobre una ciencia práctica que es dinámica, pero conocen acabadamente aquellos riesgos que son importantes de advertirse, sea porque son graves, prevalentes, o imposibilitantes, etc.

En alguna medida también se debe señalar que puede plantearse la discusión entre “información médica y consentimiento informado” bajo un sintagma diferente y que dijera: “paternalismo médico y autonomismo del paciente”, que, como tal, pone el problema no en su superficie inmediata, sino que lo edita desde los márgenes profundos desde donde se construye.

Para ello basta con advertir que en muchas ocasiones quien como médico ejerce paternalistamente la profesión tiene un fuerte desagrado en hacer un completo desarrollo de la información acerca de la terapia que se habrá de cumplir, como así también de los riesgos a los cuales se lo expone al paciente; y por lo general tampoco nada se informa respecto a procedimientos alternativos. Y ello ocurre de esta manera, porque es el propio médico quien conoce desde una función omnimoda y totalizante su disciplina y las prácticas que ejecuta, cómo son las cosas, así como lo que deberá hacer, si acaso algo en ese tránsito se produce de una forma no prevista.

Si el médico es quien “sabe” —dirá un paternalista duro—, ¿de qué vale que lo conozca también el paciente? Además, dichos médicos también tienen una clara idea acerca de que las personas, estando enfermas o menesterosas de salud, confían *a priori* en lo que el facultativo vaya a realizar; y por ello, lo único que hacen es subrogar al paciente porque está ínsita la facultad tácita que los pacientes creen existente para que se produzca. No dudamos nosotros que en muchos casos ello puede ocurrir y el paciente hace una entrega completa de su autonomía al médico; pero en la mayoría de los casos, si bien los pacientes consienten tácitamente una clara idea acerca de salud, en modo alguno impide ser debidamente informado (11).

El autonomismo que los pacientes tienen, desde una mirada paternalista, es el que activan cuando firman el consentimiento informado pre-impreso, como fuera el que aquí estuvo en juego y del cual los médicos

{ NOTAS }

(7) “El discurso del método” de René Descartes comienza señalando: “Le bon sens est la chose du monde la mieux partagée...”. Para el tema, el ensayo de Juan PLANELLA GUILLE, “Ciencia y sentido común”, *Rev. De Fi-*

losofía, nro. 39, 1951, ps. 687/700).

(8) Vide SIMÓN, P., “El consentimiento informado”, Ed. Triacastela, Madrid, 2000, p. 229.

(9) Vide WIERZBA, S., “Disposiciones sobre la propia

salud en el Código Unificado. Consentimiento informado y directivas anticipadas”, 2015, en *Bioética en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Ed. Thomson Reuters - La Ley, Madrid, p. 211.

(10) Vide VIDAL Y BENITO, M., “La relación médico paciente. Bases para una comunicación a medida”, Ed. Lugar, Buenos Aires, 2010.

(11) Respecto al tema del *paternalismo* del cuidado, es

también saben, que las personas enfermas o sanas comprenden adecuadamente, salvo algunas excepciones. Y por ello, son dichos pacientes los que tienen que preguntar al médico las cosas que están en juego con una determinada intervención o terapéutica, aun cuando hubieran firmado el documento impreso y ratificado que han comprendido adecuadamente.

Pues con ello a la vista, queda por demás claro que todavía la práctica del paternalismo médico es muy fuerte y persistente (12); los médicos saben *a priori* que el paciente medio por muchas razones no comprende, salvo en lo más grave, lo que un consentimiento informado preimpreso puede indicar. Por ello es que, en el mejor de los casos, ese paciente le interroga al médico —si las condiciones y la oportunidad se lo permiten— acerca de una mayor información, la cual por lo general éste habrá de brindar y con ello dejará por demás clara una posición de dominancia en la relación médico-paciente, puesto que este último *per se* no se ha podido abastecer con sus propios recursos y comprensión.

Obvio es decir que la mencionada ausencia de información y el consentimiento entonces anulado por el sujeto fueron lo que otrora se denunciara en el Código de Nuremberg en 1947, luego fuera relacionado en la primera Declaración de Helsinki en 1963 por la Asociación Médica Americana, más modernamente reiterado en el Informe Belmont para los EE.UU. en el año 1978, y por último en las normas CIOMS en el año 2000. No cumplir con informar debidamente a un paciente sobre cierta cantidad de cuestiones es atentar contra la autonomía de las personas, puesto que sin una información completa, cualquier decisión que se tome en realidad lo que ha perdido es la objetividad de ser libre, porque quien no conoce plenamente algo no está en condiciones de evaluar debidamente las demás perspectivas cuya elección quedará al menos frustrada en alguna de sus vías.

El tribunal interviniente ha resuelto con corrección, entonces, que la práctica profesional se cumplió según la *lex artis* médica, pero a la vez también ha dicho que no se ha cumplido con lo que también la realización de una relación médico-paciente ha recogido como cauce general para todo tipo de tránsito sanitario, esto es, hacer una información completa y luego entonces aguardar a que sea consentida por el paciente. En realidad aquí es donde aparece el núcleo del pronunciamiento, puesto que se ha demostrado que la información brindada resultó defectuosa por la enumeración incompleta de un riesgo posible y relevante, aunque infrecuente.

Cuando se indica que los consentimientos informados preimpresos resuelven de una manera rutinizadora dicho momento de integración en la relación médico-paciente, es porque por defecto los mencionados instrumentos preimpresos son suministrados

en forma uniforme a todas las personas que tienen un mismo suceso nosológico; y tienen como debilidad que la generalidad puede ocultar o colocar en penumbra las particulares situaciones que pueden darse en algunos pacientes.

Por ello y, por lo general, dichos instrumentos previamente confeccionados y que el paciente generalmente rubrica con la firma, luego de leer que dice que ha entendido, cuando él mismo advierte que ello no es real, pero que por las inevitables condiciones de vulnerabilidad en la cual a veces están los pacientes se le impone seguir un juego de mentiras, que en algunas ocasiones se han pagado con la vida misma. Dichos instrumentos generalmente enumeran los procedimientos a ser cumplidos, los beneficios que se espera alcanzar con el resultado positivo de la práctica consentida, como así también qué grado de complicaciones se pueden presentar de futuro; y de ellas, con cuál nivel de frecuencia acontecen episodios riesgosos.

Cuando en el ámbito de la salud, y en especial de los temas del consentimiento informado, se menciona la frecuencia de las complicaciones futuras, naturalmente que no se podría enumerar su totalidad, que incluso hasta las cuestiones médicas simples son numerosas; y que, por ello, se apuntarán aquellas más frecuentes. Sin embargo cuando dichas complicaciones se leen en términos de riesgos posibles que se producen por la misma práctica médica, no se puede despreciar informar al paciente de los riesgos que, aunque pueden ser de baja frecuencia, si son ellos muy graves, es de buena práctica clínica exponerlos al paciente, no para alarmarlo, sino para informarlo y habilitar un camino en libertad.

Y ello es naturalmente lo que en autos no se ha cumplido debidamente, esto es, no se dio una información completa a la Sra. V., respecto a cierto riesgo que se asumía con la cirugía esterilizante; y que, en el caso, si bien era de una muy baja posibilidad que se materializara, pues era bueno decir que, de producirse, mostraba el fracaso completo de toda la intervención. El hecho de que sea tan severo ese resultado, de producirse, bien puede hacer concluir que siendo muy elevado el riesgo, aunque su prevalencia sea mínima, no se puede dejar de informar.

En la causa la prueba pericial señala, que resultados de la medicina de la evidencia han demostrado que es muy infrecuente, pero no por ello algo inexistente que, luego de una cirugía de ligadura de trompas aun bien realizada, se pueda producir una reconducción natural y, por lo tanto, habilitar un nuevo embarazo a la mujer. El riesgo entonces, de producirse en el caso que sea, es del 100% y por ello es que no puede dejar de explicarse adecuadamente.

En nuestro caso, el médico no ha dejado constancia alguna de que le hubiera infor-

mado a la Sra. V. que esa era una de las alternativas posibles. Esto es, que en determinadas circunstancias la intervención de cirugía tubárica y seccionamiento no sirve de nada y el riesgo del embarazo, que como tal es lo que con la intervención se quiere imposibilitar, se puede producir de igual modo. Es cierto que estadísticamente se produce en un porcentaje mínimo, pero siendo posible, y dada la gravedad que tiene, esto es, tornar fútil a la misma intervención quirúrgica que se hubiera cumplido, naturalmente no puede dejar de ser señalado con toda precisión por el médico.

Es cierto que es un riesgo alto con una prevalencia de aparición muy reducida, pero siendo tan gravoso su resultado, haber logrado un *consentimiento informado* con dicha carencia en la información suministrada es igual a haber engañado al paciente; y nunca será un consentimiento, que tiene como causa-fuente un engaño —por omisión de información— que podría ser el que justificara una práctica profesional.

Al haberse brindado una información que no ha sido completa, atento a que esto se produce sobre una cuestión central —aunque poco frecuente—, el consentimiento que al médico se le brindara para la intervención en realidad fue logrado con una cierta cuota de manipulación suya. Y si esa no fue la intención del profesional actuante, no es una cuestión que se deba discutir en el expediente, pues objetivamente el médico debió decir que con una escasa frecuencia, el resultado de la cirugía se torna igual a nada y la consecuencia es que se produzca todo lo contrario a lo que se puso en marcha con la mencionada práctica profesional: un nuevo embarazo.

Pues como se puede advertir, no se trata meramente de que no se informó de una posible cuestión de baja prevalencia, sino de que no se cumplió con hacerlo, cuando en rigor, de producirse ella, se convierte en el 100% del resultado inverso que la intervención había pretendido atender. Aquí se produce una muy interesante consideración —que corre por nuestra cuenta y no del fallo—, como es que si bien, por definición, todos sabemos que la obligación de curar que un médico asume, cuando su paciente le ha dado consentimiento para ello, es una obligación de medios, un médico no podría garantizar un resultado, salvo los casos en que por la doctrina se han ido perfilando como posibles.

Cuando la intervención del médico es una ligadura de trompas, lo que se tiene que cumplir es con un resultado en abstracto bastante delimitado, como es que la mujer no vuelva a concebir; mas como ello no se puede asegurar porque hay casos en donde, a pesar de la correcta intervención quirúrgica, el embarazo de todas maneras se podría producir, la calidad de la información vinculada a dicho punto se convierte en neurálgica y no dispensable. En el supuesto en estudio el médico que ha omitido infor-

mar que existen pocos o muy pocos casos en donde la operación es inane para el embarazo ha brindado sin lugar a dudas una información incompleta en la parte más sustancial de ella, puesto que no se le ha señalado a la Sra. V. que en unos pocos casos la misma cirugía —aunque bien hecha tal como ha quedado demostrado en autos que así sucedió— resulta inservible, porque se produce una recanalización natural y espontánea de las trompas o bien se produce la formación de una fístula que permite el paso de las gametas masculinas.

Dicha información, por ser de tanta importancia el médico no ha podido dejar de brindarla al paciente y no haberlo hecho de esa manera ha importado la fuente de un daño extrapatrimonial resarcible bajo el *nomen iuris* de daño moral producido por la afectación a la misma autonomía personal de la mujer que no quería tener un nuevo embarazo, ya que no se le informó adecuadamente que el método que se estaba utilizando para dicho resultado no era infalible. Posiblemente si lo hubiera conocido, podría haber tomado algún otro recaudo, que sin embargo no le fue posible cumplir por la mencionada desinformación recibida.

En realidad la decisión de operarse la Sra. V. ha sido un acto para el cual no se le hizo conocer la totalidad de perspectivas posibles y riesgos que con la intervención quirúrgica se asumían. A ello agregamos que es bueno también recordar que siendo una cuestión tan sencilla de explicar lo que como efecto no deseado se podía producir luego de la cirugía, no cabe bajo ninguna alternativa posible admitir alguna situación que pueda ser considerada como eximente de dicha carga informativa.

Ese será finalmente el desarrollo que el pronunciamiento en su parte central habrá de ir delimitando exitosamente; y si bien se hacen algunos excursos en temas poco frecuentados en la práctica judicial corriente y generados en la discusión de Derecho comparado, a los efectos de encontrar en dónde radica el daño que la Sra. V. ha sufrido, pues luego de descartar que sea el nacimiento de una nueva criatura —conocido en la teoría norteamericana como “la anticoncepción fallida”—, focalizándolo en la afectación a su mismo proyecto de vida en función de la falta de información que la Sra. V. recibiera de su médico, el facultativo aparece condenado a pagar un monto dinerario por el daño moral que le ha causado dicho estado de ignorancia a la actora y producido por la falta de información suficiente del médico interviniente.

Sólo, reiteramos, un fallo que permite un ejercicio de *paideia* judicial apreciable y, de nuevo, un llamado de atención a algunos médicos por sus comportamientos parterneralistas extremos. ●

Cita on line: AR/DOC/728/2018

{ NOTAS }

la tesis que particularmente hemos dedicado nuestros últimos estudios de investigación. Ellos han seguido en especial la línea reflexiva desde la filosofía de la medicina

producida por Tauber, entre otros. *Vide* TAUBER, Alfred, “Confesiones de un médico. Un ensayo filosófico”, Ed. Triacastela, 2011; también CASADO DA ROCHA,

A. (ed.), “Autonomía con otros. Ensayos sobre bioética”, Ed. Plaza y Valdez, Madrid, 2014.

(12) *Vide* nuestro libro en prensa intitulado “El pa-

teralismo médico como ejercicio del cuidado médico. Aportes desde la teoría del consentimiento informado”, Ed. Advocatus, Córdoba.

JURISPRUDENCIA

Procedimiento tributario

Fiscalización y verificación de contribuyentes. Período fiscal no incluido en el orden de intervención. Sentencia que

declara la nulidad parcial de las resoluciones determinativas. Arbitrariedad. Alcances de la nulidad procesal declarada en sede penal. Valor de cosa juzgada. Límites. Disidencia.

Hechos: El Tribunal Fiscal de la Nación declaró la nulidad parcial de las resolu-

ciones determinativas del Impuesto a las Ganancias y del Impuesto sobre los Bienes Personales, debido a que la orden de intervención no incluyó uno de los períodos fiscales que, con posterioridad, fue objeto de fiscalización y comprendido en la determinación de oficio. Para ello, tuvo en consideración la declaración de nulidad que

en el mismo sentido había dispuesto la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán en una causa penal. Deducido recurso de apelación, la Cámara, por mayoría, lo admitió.

1.- La declaración de nulidad parcial de las resoluciones determinativas del Im-

puesto a las Ganancias y del Impuesto sobre los Bienes Personales, dispuesta con base en la falta de inclusión de un período fiscal en la orden de intervención que dio inicio al procedimiento de fiscalización, resulta arbitraria, en la medida en que de las constancias de autos resulta que el contribuyente tenía pleno conocimiento de que estaba siendo investigado por el cumplimiento de las obligaciones correspondientes a dicho período.[1]

2. - La nulidad procesal dispuesta por la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán —en el marco de la investigación de un delito penal tributario— no tiene el valor propio de la cosa juzgada con respecto al procedimiento de fiscalización y de determinación de oficio —respecto del período fiscal 2002—, ya que lo resuelto en sede penal se circunscribe a la evaluación de un planteo de nulidad procesal respecto a la facultad con la que cuenta el Fisco para formular denuncia por períodos fiscales no incluidos en la orden de intervención que dio inicio al procedimiento de fiscalización, mas no constituye en modo alguno un pronunciamiento respecto de la constatación del “elemento objetivo de punibilidad” ni la evaluación del monto para aplicar la ley penal tributaria.
3. - Una razonable interpretación de lo establecido en el art. 20 de la ley 24.769, vigente al momento de los hechos, conduce a concluir que el alcance de la cosa juzgada se limita a las conclusiones que el juez penal pueda adoptar en lo relativo a los hechos que se le someten a su conocimiento a modo de evitar que se dicten sentencias contradictorias en el sentido de que afirmen o nieguen, simultáneamente, la existencia de los mismos hechos.[2]
4. - La pretensión del Fisco nacional frente a las nulidades parciales de las resoluciones de la AFIP-DGI ya fueron resueltas por sentencia firme que pasó en autoridad de cosa juzgada, lo que impide que la materia sea nuevamente sometida a decisión judicial (del voto en disidencia del Dr. Gallegos Fedriani).

120.958 — CNFed. Contenciosoadministrativo, sala V, 26/12/2017. - Ansonnaud, Ricardo Sixto c. Dirección General Impositiva s/ recurso directo de organismo externo.

[Cita on line: AR/JUR/97313/2017]

CONTEXTOS DEL FALLO

Jurisprudencia vinculada

[1] En sentido contrario. Entre otros: Tribunal Fiscal de la Nación, sala A, “Ansonnaud, Ricardo Sixto s/ recurso de apelación”, 12/08/2016, AR/JUR/92953/2016

Ver también. Entre otros: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo Federal, sala III, “Otto, Héctor Emilio c. Dirección General Impositiva s/ recurso directo de organismo externo”, 24/11/2016, AR/JUR/87471/2016; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo Federal, sala III, “Servicios Paraná S.R.L. c. Dirección General Impositiva s/ recurso directo de organismo externo”, 07/05/2015, AR/JUR/23949/2015.

[2] Ver también. Entre otros: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo Federal, sala IV, “Siner SA c. Dirección General Impositiva s/ recurso directo de organismo externo”, 13/09/2016, AR/JUR/62359/2016; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo Federal, sala IV, “Rossini, Carlos Alberto (TF 26.472-I) c. Dirección General Impositiva s/ recurso directo de organismo externo”, 21/04/2015, AR/JUR/8677/2015.

COSTAS

Sin costas, atento al modo en que se resuelve.

2ª Instancia. — Buenos Aires, diciembre 26 de 2017.

El doctor *Alemaný* dijo:

I. Que, a fs. 407/414, el Tribunal Fiscal de la Nación, por mayoría, y en cuanto aquí interesa, hizo lugar parcialmente al planteo de la parte actora, y declaró la nulidad parcial de las resoluciones Nros. 76 y 77 de 2006, en lo relativo al Impuesto a las Ganancias y al Impuesto sobre los Bienes Personales correspondientes al período fiscal 2002, con costas.

Al respecto puso de manifiesto que, en el marco de la causa penal caratulada “Ansonnaud, Ricardo Sixto s/ P.S.I. Inf. art. 10, ley 24.769”, expediente N° 52.492, el 18 de noviembre de 2010, la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán había declarado la nulidad de la inspección y de las determinaciones de oficio correspondientes al Impuesto a las Ganancias y al Impuesto sobre los Bienes Personales contenidas en las Resoluciones Nros. 76 y 77 del año 2006, respecto de los períodos fiscales que no habían sido autorizados en la Orden de Intervención N° 21.515/5. Reseñó que en dicho pronunciamiento se había indicado que en la orden de intervención referida, del 5 de diciembre de 2003, se había ordenado verificar el cumplimiento de las obligaciones fiscales del contribuyente respecto del Impuesto al Valor Agregado de los períodos fiscales enero de 2001 a octubre de 2003 y, del Impuesto a las Ganancias y el Impuesto sobre los Bienes Personales correspondientes a los períodos fiscales 2000 a 2001; mientras que, en las resoluciones Nros. 76 y 77 del año 2006, relativas a estos dos últimos impuestos también había sido incluido el período fiscal 2002, no mencionado en la orden de intervención.

Refirió que, por tales razones, la Cámara Federal de Tucumán había concluido que la verificación y fiscalización habían excedido el objeto fijado en la mencionada Orden de Intervención N° 21.515/5 y por tanto correspondía declarar “...parcialmente la nulidad de la inspección y de las determinaciones de oficio Nros. 76 y 77 de 2006, por los períodos fiscales que no fueron autorizados por la Orden de Intervención N° 21.515/5, debiendo la AFIP querellante adecuar la denuncia a los períodos 2000/2001 respecto al Impuesto a las Ganancias y a los Bienes Personales”.

Con base en lo resuelto por la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán y teniendo en cuenta lo dispuesto en la Instrucción General AFIP N° 136/98 el Tribunal Fiscal, por mayoría concluyó que el contribuyente no había tenido la posibilidad de ejercer debidamente sus derechos por cuanto el ente recaudador había actuado por fuera de lo que le permite la ley. Por ello, y en consonancia con lo resuelto por la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán, declaró la nulidad parcial de las resoluciones Nros. 76 y 77 del año 2006, relativas al Impuesto a las Ganancias y al Impuesto sobre los Bienes Personales del período fiscal 2002.

Asimismo, citó el precedente de la Sala III de esta Cámara caratulado: “Servicios Paraná SRL c. DGI s/ recurso directo de organismo externo”, del 7 de mayo de 2015 en el que se sostuvo que “...el hecho de que, con posterioridad, en el informe final de inspección, se precisen los períodos comprendidos, no subsana el vicio”, de la fiscalización practicada sobre conceptos no autorizados en la orden de intervención respectiva.

II. Que, contra ese pronunciamiento, el Fisco apeló y expresó agravios a fs. 434/439, los que fueron replicados por el contribuyente a fs. 444/448 vta.

Se agravia de lo resuelto por el Tribunal Fiscal con respecto a que la falta de mención del período fiscal 2002 en la Orden de Intervención N° 21.515/5, que dio inicio a la inspección, constituye razón suficiente para declarar la nulidad de la determinación del Impuesto a las Ganancias y del Impuesto sobre los Bienes Personales de ese ejercicio.

En tal sentido, manifiesta que el procedimiento de determinación de oficio se inicia con la vista al contribuyente previsto en el artículo 17 de la ley 11.683 y; además, sostiene que la orden de intervención, en todo caso, constituye un acto preparatorio, interno de la administración, que no causa estado, de manera tal que no puede existir una nulidad dispuesta en base a ella que conlleve la declaración de nulidad de todo el procedimiento.

Manifiesta que el supuesto vicio que se alega no afectó en modo alguno el derecho de defensa del contribuyente, de manera tal que la nulidad, decidida por el Tribunal Fiscal, sin afectación de ningún derecho constitucional de la parte actora, no cumple con ninguna finalidad concreta y equivale a declarar la nulidad por la nulidad misma, criterio unánimemente rechazado por la jurisprudencia y la doctrina.

Cita fragmentos del voto de la disidencia (cfr. fs. 413/414) de los cuales resulta que “...la O.I. [constituye] un acto interno del Organismo recaudador, no crea derecho alguno a favor de los contribuyentes más [aún] cuando, en el caso, la recurrente fue debidamente notificada, y a su vez, tomó pleno conocimiento de lo requerido por el Fisco Nacional”.

Asimismo, se refiere a las facultades de fiscalización con las que cuenta la Administración Federal, de conformidad con lo establecido en los artículos 33 y 35 de la ley 11.683, e invoca la jurisprudencia de diversas Salas de esta Cámara, en las que se resolvió dejar sin efecto las declaraciones de nulidad fundadas en circunstancias análogas a las que se verifican en la presente causa. Particularmente, refiere al precedente de esta Sala caratulado: “Carradori, Santiago Walter (TF 28.626-I) c. DGI”, expediente N° 11.299/2013, del 29 de abril de 2014.

Por otra parte, considera que la mayoría del Tribunal Fiscal interpreta la Instrucción General AFIP N° 136/98 con un alcance desmedido y, en tal sentido, cita lo resuelto por la Sala D de ese mismo Tribunal en la causa “Europa SRL s/ recurso de apelación —Impuesto a las Ganancias”, del 20 de agosto de 2014, en la que se sostuvo que “...las instrucciones son actos administrativos emitidos por la administración pública tendientes a regular su propia organización y funcionamiento interno y como tal no producen efectos con relación a los administrados dado, que agotan su eficacia dentro de la esfera de la AFIP y por lo tanto no pueden ser opuestas por el contribuyente como sustento de sus pretensiones (...), a lo que cabe agregar que el acto administrativo emitido al margen de instrucciones, circulares, etc. es válido puesto que el no cumplimiento de estos no vicia el acto, todo ello sin perjuicio de la sanción disciplinaria que corresponda aplicarle al respectivo funcionario...”.

En conclusión, considera que no es válida la declaración de nulidad *so pretexto* de que la orden de intervención no incluyó uno de los períodos fiscales que, con posterioridad, fue objeto de fiscalización y comprendido en la determinación de oficio, procedi-

miento que fue cumplido en debida forma, y en el que el administrado tuvo en todo momento pleno conocimiento respecto de los impuestos y los períodos comprendidos en él, de manera tal que pudo ejercer sin limitaciones su derecho de defensa.

III. Que, de manera preliminar, cabe aclarar que, a contrario de lo sostenido por el Tribunal Fiscal, la nulidad procesal dispuesta por la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán en el marco de la causa caratulada “Ansonnaud Ricardo Sixto s/ P.S.I. Inf. art. 10, ley 24.769” únicamente pudo tener efecto respecto de la instrucción de la causa penal respectiva, es decir, el alcance de ordenar al Fisco que readequara los términos de su denuncia penal a los períodos 2000 y 2001, en lo relativo a los eventuales delitos que se pudieran haber cometido con relación con las determinaciones del Impuesto a las Ganancias y del Impuesto sobre los Bienes Personales de tales períodos. Sin embargo, no puede afirmarse válidamente que esa resolución pueda tener el valor propio de la cosa juzgada con respecto al procedimiento de fiscalización y de determinación de oficio que se juzga en la presente causa, respecto del período fiscal 2002. Ello es así porque lo resuelto en sede penal se circunscribe a la evaluación de un planteo de nulidad procesal respecto a la facultad con la que cuenta el Fisco para formular denuncia por períodos fiscales no incluidos en la orden de intervención que dio inicio al procedimiento de fiscalización, mas no constituye en modo alguno un pronunciamiento respecto a la constatación del “elemento objetivo de punibilidad” ni la evaluación del monto para aplicar la ley penal tributaria. Una razonable interpretación de lo establecido en el artículo 20 de la ley 24.769, vigente al momento de los hechos, conduce a concluir que el alcance de la cosa juzgada se limita a las conclusiones que el juez penal pueda adoptar en lo relativo a los hechos que se le someten a su conocimiento a modo de evitar que se dicten sentencias contradictorias en el sentido de que afirmen o nieguen, simultáneamente, la existencia de los mismos hechos. No existen en la causa “hechos probados en sede penal”, ya que no existió pronunciamiento en lo relativo a esos aspectos y por ende no hay “cosa juzgada”, salvo respecto de lo que ese Tribunal penal “juzgó” y, al respecto, cabe destacar que no se juzgó nunca el fondo del asunto, ni tampoco los hechos que sustentan la determinación de oficio, de manera tal que lo resuelto en sede penal tiene un alcance procesal limitado a esa causa penal y al ámbito de conocimiento de los jueces que intervinieron en ella.

Que, sobre el particular, es menester señalar que en reiterados pronunciamientos el Tribunal Fiscal ha expresado que el objetivo de su creación, materializado por medio de la ley 15.265, publicada en el Boletín Oficial el 27 de enero de 1960, fue el de reconocer a los contribuyentes la posibilidad de impugnar en sede administrativa, y con efecto suspensivo, los actos administrativos relacionados con la determinación de tributos, intereses y multas de manera tal de “...no subordinarlo a normas o directrices de superioridad jerárquica alguna, a petición del presunto lesionado por la pretensión administrativa y al cabo de un proceso de conocimiento que reconoce iguales derechos a la administración y al particular en cuanto a la defensa y prueba de sus pretensiones” (cfr. Tribunal Fiscal de la Nación, Sala A, en la causa “Eurnekian, Eduardo s/ apelación - Impuesto al Valor Agregado y sus acumulados”, del 27 de septiembre de 2010 y “Trinity Snow SA c. DGI s/ recurso de apelación”, del 28 de abril de 2012, y sus citas entre otros).

En tal sentido, cabe tener presente que en lo atinente a la interpretación del artículo 20

de la ley 24.769, se ha sostenido que es necesario establecer un claro deslinde entre las atribuciones de la justicia penal, la administrativa y la contencioso-administrativa, y que es de competencia exclusiva de la justicia penal establecer si hubo o no delito en orden a las figuras establecidas en la ley penal tributaria, pero como regla la competencia para determinar la subsunción de los hechos en la legislación fiscal corresponde al organismo administrativo recaudador, al Tribunal Fiscal de la Nación y, a esta Cámara [cfr. Tribunal Fiscal de la Nación, Sala A, en la causa "Hernanco SA c. DGI", del 2 de marzo de 2005 y "Trinity Snow SA c. DGI s/ recurso de apelación", del 28 de abril de 2012 y esta Sala en los autos "Scotland SRL (TF 24.617-I) c. DGI", expediente N° 43.136/2011, del 27 de junio de 2013, entre otros].

Por su parte, y en cuanto interesa en estos autos, la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán, en el marco de la causa referida en los párrafos precedentes, expresamente manifestó que correspondía a los fines de ese proceso "revocar la resolución de fecha 14 de octubre de 2008, declarando parcialmente la nulidad de la inspección y de las determinaciones de oficio Nros. 76 y 77, por los períodos fiscales que no fueron autorizados por la Orden de Intervención N° 25.515/5, debiendo la AFIP querellante adecuar la denuncia a los períodos 2000/2001 respecto al Impuesto a las Ganancias y a los Bienes Personales", de manera que no excede el ámbito de ese proceso.

Lo afirmado no se contrapone a la lógica definida en el artículo 20 de la ley 24.769, ya que no existen riesgos de que se dicten dos sentencias en las que los mismos hechos existan o dejen de existir para los órganos del Estado, ni que éstos en buena fe afirmen y nieguen simultáneamente al contribuyente su condición de tal, la materialización de los hechos imposables, o la cuantía de lo que adeuda, ya que, como se expresó en los párrafos precedentes, la nulidad procesal dispuesta en sede penal únicamente tuvo el sentido de vedar al organismo fiscal la posibilidad de que prospere su denuncia fiscal por la presunta comisión del delito de evasión en lo relativo al Impuesto a las Ganancias y al Impuesto sobre los Bienes Personales del período fiscal 2002, mas no implica que la procedencia de tales determinaciones pueda ser analizada desde una óptica estrictamente tributaria, en el marco de la presente causa [cfr. esta Sala, en la causa N° 27.060/06, caratulada "Agroferia SRL (TF 20.436-I) c. D.G.I.", del 15 de julio de 2008].

Al respecto, cabe advertir que en el caso no se trata del supuesto en el que el juez con competencia en lo penal, en su sentencia, afirma o niega la existencia de un hecho que el juez con competencia en materia tributaria niega o, respectivamente afirma, es decir no existe posibilidad de una eventual contradicción en cuanto a los hechos declarados en la sentencia penal, sino con respecto a la inteligencia y alcances de la ley impositiva en cuestiones ajenas a la materia penal [cfr. esta Sala, causa "Agroferia SRL (TF 20.436-I) c. D.G.I." expte. 27.060/2006].

IV. Que, por otra parte, corresponde examinar si, tal como sostiene el Fisco, resulta arbitraria la declaración de nulidad parcial de las resoluciones Nros. 76 y 77 de 2006 dispuesta con base en la falta de inclusión del período fiscal 2002 en la orden de intervención que dio inicio al procedimiento de fiscalización, en la medida en que, a su entender, de las constancias de autos resulta que el contribuyente tenía pleno conocimiento de que estaba siendo investigado por el cumplimiento de las obligaciones correspondientes a dicho período.

En tal sentido, corresponde señalar que esta Sala ha sostenido que no corresponde declarar la nulidad del procedimiento de fiscalización y, por ende, de la determinación contenida en la resolución apelada, exclusivamente con fundamento en que no se habría incluido alguno de los períodos que fuera objeto de fiscalización si de las constancias de la causa resulta, de modo inequívoco, que el contribuyente tuvo conocimiento, mediante los requerimientos formulados en el curso de la investigación o bien por haberse incluido la totalidad de los períodos fiscales al correrse la vista prevista en el artículo 17 de la ley 11.683, de todos los períodos fiscales en cuestión, y pudo ejercer plenamente su derecho de defensa [cfr. esta Sala V, en la causa "Carradori, Santiago Walter (TF 28.626-I) c. DGI", expediente N° 11.299/2013, del 29 de abril de 2014].

Al respecto, cabe señalar que lo establecido en la Instrucción General N° 136/98 con respecto a la imposibilidad de dar inicio al procedimiento de fiscalización sin contar con la previa Orden de Intervención, válidamente dictada por la Jefatura de la División de Fiscalización Externa, tiene por finalidad evitar las inspecciones y ajustes discrecionales por parte de cualquier agente de la Administración Federal de Ingresos Públicos. En el caso, la Orden de Intervención n° 21.515/5 fue dictada por la Jefa de la División Revisión y Recursos de la Dirección Regional de Tucumán, quien instruyó a la Jefatura de la División Fiscalización Externa, fijada en esa instrucción general como competente para notificar al contribuyente del inicio de la inspección, sin perjuicio de que omitió indicar que debía incluir en la fiscalización al referido ejercicio fiscal 2002, respecto del Impuesto a las Ganancias y del Impuesto sobre los Bienes Personales. Ahora bien, y sin perjuicio de ello, cabe destacar que el Jefe de la División Fiscalización Externa, sujeto competente para hacer saber al contribuyente el inicio de la inspección (cfr. Díaz, Vicente Oscar, "Fuentes del Derecho de Procedimiento de la Inspección", artículo publicado por la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Buenos Aires) lo notificó de dicha circunstancia, es decir, de que sería inspeccionado también por el período fiscal 2002, y le hizo saber además quién sería el inspector a cargo y el supervisor actuante (cfr. fs. 2 y 6/10 de las actuaciones administrativas).

Por otra parte, la propia Jefa de la División Revisión y Recursos de la Dirección Regional de Tucumán, al intervenir en el procedimiento de determinación de oficio convalidó lo actuado por el organismo recaudador respecto de ese mismo ejercicio, al correr vista al administrado por el período cuestionado y asimismo al dictar los actos administrativos de determinación de oficio recurridos (resoluciones Nros. 76 y 77 de 2006), que, por otra parte, se refieren al ejercicio fiscal inmediatamente posterior a aquellos mencionados en esa orden de intervención, no a un ejercicio previo; máxime cuando del relato surge que el contribuyente en diciembre de 2003 todavía no había presentado las declaraciones juradas correspondientes al 2001 y 2002.

V. Que, en efecto, de las constancias de las actuaciones administrativas, a fs. 1 del Cuerpo I de Impuesto a las Ganancias, obra agregada la Orden de Intervención N° 21.515/5, del 1 de diciembre de 2003, mediante la cual la Jefa de la División Revisión y Recursos de la Dirección Regional de Tucumán instruyó a la División Fiscalización Externa para que "...verifique el cumplimiento que el contribuyente ha dado a las disposiciones sobre el (los) Impuesto (s) al Valor Agregado, Ganancias y Bienes Personales en el (los) año (s): IVA: 10/2001 a la fecha - GAN/BP: 2000/2001".

Ahora bien, a fs. 2, obra el Formulario F. 8000 del 5 de diciembre de 2003, suscripto por el Jefe de la División Fiscalización de la Dirección Regional de Tucumán, juntamente con el Inspector y el Supervisor de esa Dirección Regional, mediante el cual se le notificó al contribuyente el inicio de las tareas de inspección, quiénes serían los encargados de llevarla a cabo y; además, se especificó que la misma comprendería "... las obligaciones y períodos que se detallan a continuación: Imp. a las Ganancias y Bs. Personales P.F. 2000 a 2002; IVA períodos 10/01 a 10/03, Reg. Nac. Seg. Soc. 01/01 a 10/03".

Ese mismo día se le hizo entrega al contribuyente de varios Formularios F. 8600/I mediante los cuales se le requería que aporte "...Planilla conteniendo información referida a la totalidad de Deudas con persona física y con entidades financieras, por los períodos fiscales 2000, 2001 y 2002", "...fotocopia de los papeles de trabajo relacionados con la determinación de los valores incorporados en los formularios de declaración jurada presentadas por el Impuesto a las Ganancias y Ganancia Mínima Presunta correspondientes a los períodos fiscales 2000, 2001, y 2002, debiendo poner a disposición del actuante toda información que avale lo informado, para su verificación", "...planilla conteniendo información referida al total de pagos en efectivo efectuados por todo concepto. La información solicitada corresponde a los períodos: 01/00 a 12/00, 01/01 a 12/01, 01/02 a 12/02...", "...una planilla conteniendo información referida a la totalidad de cuentas en entidades financieras (Cta. Cte. - Caja de Ahorros) (...) La información solicitada corresponde a los períodos: 01/00 a 12/00, 01/01 a 12/01, 01/02 a 12/02 y 01/03 a 12/03..." y "...los comprobantes de pagos en el Régimen Nacional de Seguridad Social como Trabajador Autónomo, por los períodos 01/00 a 10/03" (cfr. fs. 6/10 de las actuaciones administrativas).

Con relación a tales requerimientos, el contribuyente se presentó el 22 de diciembre de 2003 y solicitó una prórroga a fin de cumplir con lo solicitado (cfr. fs. 18). Acompañó los papeles de trabajo correspondientes a la Declaración Jurada del Impuesto a las Ganancias por el período fiscal 2000 e indicó que aún no había presentado las Declaraciones Juradas de ese impuesto, correspondientes a los períodos fiscales 2001 y 2002 (cfr. fs. 21), y adjuntó copia de los pagos de autónomos realizados por el período 01/00 a 10/03 (cfr. fs. 24).

Posteriormente, el 12 de febrero de 2004 se le dirigieron nuevos requerimientos a fin de que acompañara "...planilla conteniendo información referida a la totalidad de ingresos (...) la totalidad de las participaciones en sociedades (...) los períodos fiscales solicitados: 2000 a 2002", "...copia de las declaraciones juradas presentadas (DDJJ IVA, DDJJ Imp. a las Ganancias y DDJJ sobre los Bienes Personales) (...) La información y documentación solicitada corresponde al período: 01/01 a 01/03", "...planilla conteniendo información referida a la totalidad de las deudas con personas físicas y con entidades financieras por los períodos fiscales 2000, 2001 y 2002" (cfr. fs. 42, 47/48. El destacado no es del original).

Todas las presentaciones realizadas por el contribuyente a efectos de cumplir con los requerimientos precedentemente referidos incluyeron la información y documentación relativa a varios períodos fiscales, incluido el período fiscal 2002, por lo que no es posible afirmar válidamente que el contribuyente desconocía que estaba siendo investigado por ese período fiscal, respecto del que reconoció no haber presentado aún la declaración jurada.

Por otra parte, a fs. 108 del Cuerpo "Impuesto al Valor Agregado", a fs. 83 del Cuerpo "Bienes Personales" y a fs. 388 del Cuerpo "Impuesto a las Ganancias II" la Jefa de la División Revisión y Recursos de la Dirección Regional Tucumán corrió vista al contribuyente, en los términos del artículo 17 de la ley 11.683, y dio inicio al procedimiento de determinación de oficio por los períodos fiscales octubre de 2001 a octubre de 2003, respecto del Impuesto al Valor Agregado y; por los períodos fiscales 2000, 2001 y 2002, respecto del Impuesto sobre los Bienes Personales y el Impuesto a las Ganancias. Asimismo, en todos los casos el contribuyente ejerció su derecho de defensa y contestó las vistas conferidas respecto a todos los períodos referidos (cfr. fs. 108/120 del Cuerpo "Impuesto al Valor Agregado", fs. 93/100 del Cuerpo "Bienes Personales" y fs. 408/429 del Cuerpo "Impuesto a las Ganancias III").

En tales condiciones, y teniendo en cuenta que la notificación del inicio de la fiscalización fue realizada por el Jefe de la División Fiscalización Externa, tal como requiere la Instrucción General N° 136/98 y considerando asimismo que desde dicho momento el contribuyente tuvo conocimiento de que se encontraba bajo fiscalización tributaria y que, en particular se lo inspeccionaba por las obligaciones correspondientes a los períodos fiscales 2000, 2001 y 2002, no puede sostenerse que el procedimiento resultó nulo ya que no se advierte la afectación del derecho de defensa del contribuyente y dicha solución implicaría declarar la nulidad por la nulidad misma.

VI. Que, por todo lo expuesto, asiste la razón al Fisco en cuanto a que no cabe sostener que las resoluciones Nros. 76 y 77 de 2006, mediante las cuales se determinaron el Impuesto a las Ganancias y el Impuesto sobre los Bienes Personales correspondientes a período 2002 son nulas, por la única razón de que ese período no había sido incluido de manera expresa en la Orden de Intervención N° 21.515/5.

En consecuencia, corresponde hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por el Fisco, revocar la sentencia del Tribunal Fiscal en cuanto declaró parcialmente nulas las resoluciones Nros. 76 y 77 de 2006 y, de conformidad con lo establecido en el artículo 86, inciso b), apartado 1), de la ley 11.683, corresponde reenviar la causa al Tribunal Fiscal para que se pronuncie sobre el fondo de la cuestión, es decir, respecto a la determinación del Impuesto a las Ganancias y al Impuesto sobre los Bienes Personales correspondientes al período fiscal 2002, pues tales aspectos no fueron tratados en la sentencia de fs. 407/414, apelada ante esta instancia [cfr. causa "Search SA (TF 22.576-I) c. D.G.I.", expediente n° 37.573/2007, del 6 de marzo de 2008, causa N° 27.060/06 "Agroferia SRL (TF 20.436-I) c. D.G.I.", expediente n° 27.060/06 del 15 de julio de 2008, "Scotland SRL (TF 24.617-I) c. DGI", expte. N° 43.136/2011, del 27 de junio de 2013 y "Solicon SA (TF 34.201-I) c. DGI", expte. N° 112/13, del 30 de abril de 2013].

Al respecto cabe tener en cuenta que, según lo establecido en el artículo 164 de la ley 11.683, el Tribunal Fiscal tiene amplias facultades para establecer la verdad de los hechos controvertidos con independencia de lo alegado por las partes, así como para determinar el tributo o fijar las bases precisas para su determinación.

Por todo lo expuesto, voto por: 1) Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por el Fisco, dejar sin efecto la sentencia apelada en cuanto fue materia de agravios y reenviar la causa para que el Tribunal Fiscal se pronuncie nuevamente, de conformidad a lo indicado en el presente fallo. Sin costas, atento al modo en que se resuel-

ve (artículo 68, segundo párrafo del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

El doctor *Gallegos Fedriani* dijo:

I. Que respecto de los presupuestos fácticos me remito al voto anterior, sin coincidir en la solución dada a la cuestión.

II. Que, en efecto, entiendo conforme al dictamen del Sr. Fiscal General de fs. 466/467 que la pretensión del Fisco Nacional referente a las nulidades parciales de las resoluciones de la AFIP-DGI ya fueron resueltas por sentencia firme que paso en autoridad de cosa juzgada, lo que impide que la materia sea nuevamente sometida a decisión judicial.

III. Que, como lo sostiene el Sr. Fiscal General a fs. 466 vta. y 467: "...la Corte Suprema tiene dicho que el respeto a la cosa juzgada es uno de los pilares fundamentales sobre los que se asienta nuestro régimen constitucional y por ello, no es susceptible de alteración ni aun por vía de la invocación de leyes de orden público ya que la estabilidad de las sentencias, en la medida que constituye un presupuesto ineludible de seguridad jurídica, es también exigencia del orden público con jerarquía superior (Fallos 338: 599)". En ese sentido, de las constancias de la causa surge que la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán, *in re*, "Ansonaud Ricardo Sixto s/ P.S.I. inf. art. 10, ley 24.769 - Expte. 52.492", en la sentencia del 18 de noviembre de 2010 (cuyas copias certificadas se encuentran agregadas a fs. 170/175 vta.) declaró la nulidad de las Resoluciones Nros. 75 y 76 del 2006, por los períodos fiscales que no fueron autorizados por la Orden de Intervención, esto es, el período 2002 (ver copia de aclaratoria obrante a fs. 255 y vta.). El contribuyente a fs. 256 señaló que ese decisorio se encontraba "firme y pasad(o) en autoridad de cosa juzgada", cuestión que no fue controvertida por la AFIP (ver contestación del traslado de fs. 350 y las presentaciones de fs. 395/399 y 434/439).

IV. Que por lo antes expuesto y las razones concordantes del voto mayoritario del Tribunal Fiscal de la Nación, corresponde confirmar el decisorio de fs. 407/414, en cuanto ha sido materia de agravio específico del Fisco Nacional, con costas a su cargo (art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Así voto.

El doctor *Treacy* adhiere en lo sustancial al voto del doctor *Alemaný*.

En virtud del resultado que informa el acuerdo que antecede, se resuelve: 1) Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por el Fisco, dejar sin efecto la sentencia apelada en cuanto fue materia de agravios y reenviar la causa para que el Tribunal Fiscal se pronuncie nuevamente, de conformidad a lo indicado en el presente fallo. Sin costas, atento al modo en que se resuelve (artículo 68, segundo párrafo del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Regístrese, notifíquese y devuélvase. — *Jorge F. Alemaný*. — *Guillermo F. Treacy*. — *Pablo Gallegos Fedriani* (en disidencia).

Honorarios del abogado en sede penal

Ley aplicable. Entrada en vigencia de la ley 27.423. Procesos en curso.

Hechos: La abogada de una persona imputada por un delito apeló la resolución regulatoria de sus emolumentos. La Cámara los elevó.

La norma que se debe aplicar para regular los honorarios de la abogada recurrente es la ya modificada ley 21.839, dado que si bien el artículo 64 de la nueva ley 27.423 establece que entrará en vigencia a partir de su publicación y se aplicará a los procesos en curso en los que no existiera regulación firme de honorarios, lo cierto es que dicha disposición ha sido observada por el Poder Ejecutivo Nacional mediante el art. 7° del dec. 1077/2017 por considerar que la aplicación retroactiva de la norma sancionada podía afectar derechos adquiridos, debido a que los honorarios profesionales se devengan por etapas.

120.959 — CNCrim. y Correc., sala VII, 01/03/2018. - A., S. M.

[Cita on line: AR/JUR/191/2018]

2ª Instancia. — Buenos Aires, marzo 1 de 2018.

Vistos:

El interlocutorio obrante a fs. 7/8 y su aclaratoria de fs. 13, que regula en la suma de pesos ... (\$...) los honorarios profesionales de la doctora V. F. B., por su labor en la anterior instancia como abogada defensora de S. M. A., fue recurrido en apelación por la aludida letrada, quien los consideró bajos (fs. 17).

Principia señalar que durante la tramitación de este incidente se sancionó y promulgó la Ley 27.423 de Honorarios Profesionales de Abogados, Procuradores y Auxiliares de la Justicia Nacional y Federal, que derogó la ley 21.839 y su modificatoria por ley 24.432 (artículo 65, ley 27.423), de modo que corresponde determinar cuál es el ordenamiento aplicable, con mayor razón cuando en la resolución recurrida se evaluaron además las pautas y valores orientativos establecidos en el "Protocolo para la regulación de honorarios en sede penal" elaborado por la Comisión de Honorarios del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal.

En ese sentido, si bien el artículo 64 de la nueva ley establece que "La presente ley entrará en vigencia a partir de su publicación y se aplicará a los procesos en curso en los que no existiera regulación firme de honorarios", dicha disposición ha sido observada por el Poder Ejecutivo Nacional mediante el artículo 7°, del Decreto 1077/2017 (del 22 de diciembre de 2017), considerando que "...la aplicación [retroactiva] de la norma sancionada... puede afectar derechos adquiridos, debido a que los honorarios profesionales se devengan por etapas...Que asimismo, debe evitarse que la aplicación del nuevo régimen legal pueda eventualmente afectar el normal funcionamiento del sistema de administración de justicia y el ejercicio de la abogacía. Que, además, lo prescripto implicaría una aplicación retroactiva de la norma, pretendiendo regir etapas concluidas durante la vigencia de una norma por una ley sancionada con posterioridad a su cierre...".

Se considera entonces que corresponde examinar la cuestión a la luz de la ley 21.839 (y su modificatoria 24.432).

En ese marco, para evaluar la actuación de la doctora V. F. B. se pondera la designación y aceptación del cargo (fs. 43/47 y 50); el descargo obrante a fs. 43/47; la asistencia a la declaración testimonial de M. Á. G. (fs. 53) y la presentación de los escritos glosados a fs. 52 y 61.

Tales actividades profesionales son analizadas en función del resultado favorable

obtenido en el proceso —se arribó al sobreseimiento de su asistida (ver fs. 55/57)— con la apreciación de la sencillez del asunto, la gravitación y mérito que tuvo la labor de la letrada y la calidad, eficacia y extensión del trabajo realizado, razones por las que se estima que los honorarios deben ser elevados a la suma de pesos ... (\$...), monto que luce consecuente con los parámetros fijados por el artículo 6° de la ley N° 21.839 y su modificatoria por ley 24.432, y las pautas y valores orientativos establecidos en el ya citado "Protocolo para la regulación de honorarios en sede penal" elaborado por la Comisión de Honorarios del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal.

En virtud de ello, el Tribunal resuelve: Elevar los honorarios profesionales de la doctora V. F. B. —regulados en el auto documentado a fs. 7/8 y su aclaratoria de fs. 13— a la suma de pesos ... (\$...). Notifíquese, devuélvase y sirva lo proveído de atenta nota. — *Mauro A. Divito*. — *Mariano A. Scotto*.

Recalificación del hecho

Sentencia definitiva o equiparable. Afectación del derecho de defensa en juicio.

Hechos: La Cámara recalificó el hecho atribuido al imputado y ordenó que el juez indague por el delito de coacciones previsto por el art. 149 bis del Cód. Penal. Su defensa solicitó que se case la decisión y se disponga el sobreseimiento de su asistido. El remedio intentado fue declarado inadmisibile.

1.- El recurso interpuesto contra la resolución que recalifica el hecho atribuido al imputado resulta inadmisibile, por no tratarse de una decisión definitiva ni equiparable a tal, como tampoco se evidencia una cuestión federal que habilite la instancia.

2.- El cambio de calificación efectuado por la Cámara respecto de los hechos atribuidos al imputado no afecta su derecho de defensa, pues la descripción del hecho y la calificación legal pueden experimentar precisiones durante la instrucción porque es una etapa netamente preparatoria; más aún si la defensa no señaló de manera concreta ninguna modificación sustancial de su situación procesal (del voto de la Dra. Ledesma).

120.960 — CFCasación Penal, sala II, 06/02/2018. - R., C. R. s/ recurso de casación.

[Cita on line: AR/JUR/638/2018]

Buenos Aires, febrero 6 de 2018.

La doctora *Ledesma* dijo:

I. Llega la causa a conocimiento de esta Alzada en virtud del recurso de casación interpuesto a fs. 31/36, por la defensa, contra la decisión de fecha 11 de mayo de 2016 (ver fs. 23/26) dictada por la Cámara Federal de Mendoza, que dispuso: "1°) Revocar la resolución de fs. 411/418; 2°) vuelvan los autos a origen a fin de que el Juez Instructor encuadre los hechos según lo manifestado en el presente, e indague por el delito previsto y reprimido en el art. 149 bis 2° párrafo del Código Penal; 3°) cumpla el Juez con lo expuesto en el considerando V".

El recurso de casación fue declarado inadmisibile, lo que motivó la presentación directa ante esta Cámara. Queja que fue

admitida a fs. 42 y la defensa mantuvo su recurso a fs. 47/54.

Finalmente, celebrada la audiencia el día 13 de diciembre de 2017 prevista por el art. 468 del ordenamiento ritual, la causa quedó en condiciones de ser resuelta.

II.a. La defensa interpuso recurso de casación por la vía que prevé el art. 456, incs. 1 y 2 del CPPN.

Luego de realizar una reseña de las actuaciones, sostuvo, en primer lugar, que la Cámara Federal al ordenar el cambio de calificación por el delito previsto en el artículo 149 bis, segundo párrafo, del CP, no advirtió que se encuentra prescripto, toda vez que el último hecho endilgado data del año 2011, y la indagatoria de diciembre de 2012 fue revocada y declarada nula, al ordenarse al juez inferior recalificar los hechos e indagar nuevamente al acusado.

Por otro lado, sostuvo que la indagatoria realizada por los art. 153, 153 bis y 157 bis del CP, se hizo en violación a lo dispuesto por el art. 73, inc. 2° del CP, porque al ser un delito de acción privada —violación de secretos— debió haberse realizado por el trámite de la querrela.

En otro orden, la defensa se agravió por cuanto considera que la Cámara de Apelaciones incurrió en una afectación del derecho al recurso y del principio de "reformatio in peius", toda vez que la Cámara anula la atribución de los delitos cuya pena es de seis meses a dos años de prisión, para recalificarlo por un delito que tiene como pena máxima 4 años, circunstancia que agrava sustancialmente su situación procesal.

Finalmente hizo reserva del caso federal.

b. A fs. 47/54, la defensa agregó que la resolución recurrida adolece de una clara y precisa indicación del hecho que se recalifica como coacción (art. 149 bis). Expresó que no constan las circunstancias de tiempo, lugar y modo, lo que implica una violación de las garantías de defensa y debido proceso.

Asimismo, señaló que conforme el principio de congruencia debe mediar una identidad inmutable entre el o los hechos informados en la indagatoria con aquellos por los cuales, luego se procesa, acusa y condena al imputado, estándole vedado al órgano jurisdiccional condenar por otros hechos.

Sostuvo que el derecho de defensa sólo puede ejercerse si el acusado conoce de qué tiene que defenderse y en este caso, la mera transcripción de los tipos penales no cubre la exigencia de suficiente imputación de los hechos.

Solicitó que se case el auto impugnado y se disponga el sobreseimiento de C. R. R., y, en subsidio, se declare la nulidad absoluta de la decisión.

c. El representante del Ministerio Público Fiscal se presentó a fs. 58/66 y consideró que corresponde rechazar el recurso de casación.

En primer lugar, sostuvo que la recalificación de los hechos investigados por parte de la Cámara no lesiona garantía constitucional alguna, pues la descripción del hecho puede ser precisada durante la instrucción que es netamente preparatoria y la calificación legal puede variar a lo largo del proceso.

Refirió que la Cámara no anuló —como interpreta la defensa— la imputación respecto de los delitos por los cuales fue procesado R. (153, 153 bis y 157, inciso 3° del CP), sino que ordenó que el juez instructor

encuadre los hechos a tenor del art. 149 bis, segundo párrafo del CP, e indague al nombrado para ese delito.

Señaló que la decisión de estas actuaciones no puede desatender lo establecido por la Convención de *Belém Do Pará*, en tanto los hechos investigados constituyen violencia contra la mujer.

Por otro lado, sostuvo que los delitos imputados en el auto de procesamiento, no son de acción privada sino de acción penal pública.

Efectuó un desarrollo doctrinal sobre la materia y concluyó que las conductas investigadas no constituyen violación de secretos en un banco de datos o archivo sino accesos no autorizados a sistemas (153 bis y 157 bis del CP), lo que es, en todo caso, “violación a la privacidad”, y en consecuencia queda alcanzada por el régimen del art. 71 del CP.

Finalmente adujo que el bien jurídico tutelado en los delitos en cuestión es la intimidad, que comprende dos facetas, como derecho a excluir a los terceros del ámbito privado y como derecho al control sobre la información y datos propios. 1

III. Con relación a las críticas efectuadas por la defensa respecto del cambio de calificación realizado por la Cámara, corresponde señalar que, el recurso no habrá de prosperar pues no se verifica en el caso ninguna afectación al derecho de defensa de R.

En efecto, tal como señaló el Fiscal General en esta instancia, la descripción del hecho y la calificación legal pueden experimentar precisiones durante la instrucción porque es una etapa netamente preparatoria.

Es que la fase central del proceso es el juicio oral y público, que constituye el momento de máxima garantía (por la contradicción, imparcialidad y publicidad que conlleva), y son precisamente los jueces del debate quienes están en mejores condiciones para determinar si se configuran los presupuestos legales de la acusación.

La etapa de instrucción, en cambio, es el momento en el cual se comienza a delinear la acusación que presentará el Ministerio Público Fiscal al momento de realizar el requerimiento de elevación a juicio. Por ello, hablamos de una etapa del proceso totalmente provisoria, que dependerá de la actuación del Fiscal durante la investigación.

En el presente caso, no se observa afectación alguna al imputado, toda vez que el cambio de calificación realizado por la Cámara de Apelaciones no tuvo un impacto directo en sus derechos. En efecto, la defensa no señaló de manera concreta ninguna modificación sustancial de su situación procesal. La mera alegación en abstracto de afectación a principios constitucionales, por un cambio de calificación, sin señalar menoscabo alguno en el ejercicio de sus derechos, me lleva a considerar que estamos frente a un agravio eventual.

Una interpretación distinta supondría exigir que las calificaciones legales durante la investigación se mantuvieran rígidas cuando precisamente la etapa preparatoria configura la fase para que la acusación determine los aspectos legales y sustantivos del caso; ello siempre con el debido resguardo del derecho de defensa, tal como ha quedado acreditado en el caso.

Máxime si tenemos en cuenta que el representante del Ministerio Público Fiscal, se presentó en esta etapa y mostró su interés por la continuación de la investigación tanto por el delito del art. 149 bis, 2° párrafo

del CP, como por los delitos por los que inicialmente fue indagado el acusado, los que, según su consideración, no constituyen “violación de secretos” sino accesos no autorizados a sistemas (153 bis y 157 bis del CP), lo que configura delitos de acción pública.

Se observa pues, que el representante de la vindicta pública puso expresamente de manifiesto las razones por las cuales corresponde sostener la imputación en los términos señalados.

Siendo así, y no observándose afectación alguna a los derechos de la defensa, entiendo que debe darse ocasión al titular de la acción penal de demostrar los presupuestos que invoca.

Por otro lado, la asistencia técnica se agravio de que la decisión en crisis adolece de una clara y precisa indicación del hecho que se recalifica como coacción, en desmedro de su derecho de defensa. Sin embargo, de la lectura de la decisión no se observan imprecisiones ni déficit en la descripción de los hechos. Por el contrario, la defensa no especifica qué circunstancias no fueron detalladas para afectar su derecho, lo que demuestra un mero disenso con la opinión de los magistrados. Cabe resaltar, incluso, que la Cámara solicitó al juez de instrucción la indagatoria por el delito del art. 149 bis, 2° párrafo del CP, de modo tal que será en esa oportunidad, que el acusado podrá objetar cualquier imprecisión sobre la descripción de los hechos y ejercer ampliamente su derecho de defensa, no advirtiéndose por el momento, afectación alguna.

Finalmente, respecto del agravio vinculado con la prescripción de la acción, entiendo que, no ha existido ninguna declaración de nulidad de la indagatoria primigenia, como señala la defensa. Aquel acto procesal se realizó por el hecho como acontecimiento histórico, y eso es precisamente lo que suspendió la prescripción. La recalificación de los hechos y el requerimiento de indagar por esa nueva calificación penal, no modifica los efectos que surgieron de la primera indagatoria. Ello es así porque, como se expuso, las calificaciones jurídicas pueden sufrir modificaciones a lo largo de la instrucción, por ser una etapa netamente preparatoria, pero ello no implica la nulidad *per se* de la indagatoria por los hechos. Por ello, el agravio de la defensa sobre el punto, tampoco habrá de prosperar.

Por todo ello, y atento al interés manifestado por el Ministerio Público Fiscal, corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa, con costas.

Así es mi voto.

El doctor *Slokar* dijo:

Que, a mi ver, el recurso resulta inadmisibles por no tratarse de una decisión definitiva ni equiparable a tal, como tampoco se evidencia una cuestión federal que habilite la instancia en los términos del precedente de Fallos 328:1108.

Así voto.

La doctora *Figuroa* dijo:

Que en la medida que la resolución puesta en crisis no resulta, por su naturaleza ni por sus efectos, sentencia definitiva ni equiparable en los términos del art. 457 del Código Procesal Penal de la Nación, adhiero a la solución propuesta por el doctor *Slokar*, con costas.

Tal es mi voto.

Por ello, en mérito al resultado habido en la votación que antecede, el Tribunal, por

mayoría, resuelve: Declarar inadmisibles el recurso de casación interpuesto por la defensa particular de C. R. R., con costas (arts. 444, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación). Regístrese, notifíquese, comuníquese y remítase al origen, sirviendo la presente de atenta nota de envío. — *Angela E. Ledesma*. — *Alejandro W. Slokar*. — *Ana M. Figuroa*.

Concurso preventivo

Verificación de crédito a favor de la AFIP con carácter condicional. Eventual incumplimiento en el plan de facilidades de pago vigente. Pertinencia de su admisión en el pasivo verificado con independencia de la actual exigibilidad del crédito. Confirmación de sentencia.

Hechos: *El juez declaró verificado un crédito a favor de la AFIP con carácter condicional por la suma que resulte ante un eventual incumplimiento en el plan de facilidades de pago vigente. La Cámara confirmó el pronunciamiento.*

La sentencia que declaró verificado un crédito a favor de la AFIP con carácter condicional por la suma que resulta ante un eventual incumplimiento en el plan de facilidades de pago vigente debe confirmarse, puesto que, pese a encontrarse la deuda sujeta al referido plan, nada impide que pueda fallarse sobre la pertinencia de su admisión en el pasivo al tiempo de dictarse el pronunciamiento verificadorio, resultando ello independiente de su actual exigibilidad.

120.961 — CNCom., sala F, 19/12/2017. - Operadores Logísticos Asociados S.A. s/ concurso preventivo s/incidente de verificación de crédito.

[Cita on line: AR/JUR/91577/2017]

COSTAS

Se imponen a la vencida.

2ª Instancia. — Buenos Aires, diecinueve 19 de 2017.

Vistos: 1. Viene apelada por la AFIP, la sentencia de fs. 212/218 que declaró verificado un crédito en su favor por la suma que resulte ante un eventual incumplimiento en el plan de facilidades de pago, como crédito condicional; con costas a su cargo (fs. 219).

Juzgó el *a quo* que los rubros aquí reclamados se encuentran incluidos en el plan de facilidades (N° H136202) y que el deudor se encuentra al día con los pagos acogidos. Así entonces, admitió la verificación pretendida con carácter condicional, esto es, supeditado a la culminación exitosa del plan mediante el pago de todas las cuotas pendientes.

2. Los agravios vertidos en fs. 221/227 fueron contestados en fs. 229/230 por la concursada y en fs. 235 por la sindicatura.

La medida para mejor proveer dispuesta por los suscriptos en fs. 242, fue cumplimentada por la experta contable mediante la presentación que luce agregada en fs. 245/247.

3. Resulta prácticamente criterio uniforme en la totalidad de las Salas que integran este Tribunal, aquel que sostiene que los

procedimientos de determinación oficiosa —con base real o presunta— regulados por las leyes nacionales o provinciales, consentidas o agotadas las instancias de revisión previstas legalmente, configuran causa suficiente a los efectos de los arts. 32, 126 y 200 de la ley 24.522, en tanto no esté cuestionada la legalidad del procedimiento, la constitucionalidad de la ley que lo regula o la posibilidad de defensa por parte del fallido o del síndico, en su caso (esta Sala, 09/02/2010, “Compañía Argentina de Salud s/ conc. prev. s/ inc. revisión por AFIP”; Sala A, 30/10/2007, “American Falcon SA s/ quiebra s/ inc. de revisión por Fisco Nacional - DGI”; Sala B, 17/12/1995, “Clínica Rivadavia SA s/ quiebra s/ inc. de revisión por DGI”; Sala C, 29/12/1995, “Cristalerías El Cóndor SA s/ inc. de verificación por Fisco Nacional (DGI)”; Sala D, 05/10/2000, “Pan de Manteca SA s/ quiebra”; Sala E, 12/08/1998, “Quesoro SA s/ quiebra s/ inc. de verificación por MCBA”).

Sin embargo, dicha regla no puede ser tomada como un principio absoluto a partir del cual puedan llegar a justificarse situaciones en las cuales no se cumpla adecuadamente con las cargas mínimas exigidas por el ordenamiento concursal para admitir la incorporación de créditos a la masa pasiva de la concursada.

Efectivamente, los organismos públicos se encuentran, a estos efectos, en pie de igualdad con el resto de los acreedores, por lo que no sería legítimo admitir en su beneficio, distinciones o prerrogativas que la ley no establece y que conculcan —en definitiva— el principio de la *pars conditio creditorum*.

Asimismo, y por aplicación de lo normado por la LC 273, inc. 9, la carga de la prueba se rige por las normas comunes a la naturaleza del juicio de que se trate. Esto es que, a la luz de lo que dispone el CPR. 377, constituye carga de la incidentista acreditar el reclamo incoado —cfr. LCQ: 278—.

Por lo tanto, tal como se señalara precedentemente, aun cuando los certificados de deuda emanados de reparticiones oficiales, gozan de la presunción de legitimidad establecida por el art. 12 de la ley 19.549, ello no importa que se deba directa sumisión a sus constancias, si no se presenta una base documental y explicativa que permita seguir una secuencia lógica que culmine en los importes reclamados (CNCom. Sala B, “Feet Up SA s/ quiebra s/ inc. de revisión por AFIP”, del 28/12/2006).

En prieta síntesis, en procesos como el de la especie, es imperativo mencionar y probar la causa de la obligación, carga ésta que le compete al incidentista: es él quien debe acreditar en forma concreta y precisa la existencia y legitimidad de la acreencia que esgrime, por encima de la formalidad resultante de la documentación mencionada (Sala C, “Lecon s/ conc. prev. s/ inc. verificación por Casfec”, del 05/12/1990; dictamen fiscal N° 61.872; *id.*, Sala D, “Azúcares Lapataia SA s/ conc. prev. s/ inc. de revisión por la DGI” del 17/10/2000; *id.*, Sala E, “Instler SA s/ quiebra s/ incid. de verif. por M.C.B.A” del 28/08/1987, entre muchos otros).

4. Ahora bien, básicamente el argumento que esgrimió el ente recaudador estribó en que la deuda reclamada en el presente incidente de verificación se encuentra parcialmente incorporada en el plan H 136202 y no así su totalidad como fue decidido. Asimismo, se quejó de la imposición de las costas causídicas a su cargo.

Desde el marco conceptual adelantado, juzga este Tribunal que el pronunciamiento apelado ha de ser confirmado.

Es que, ha de ponderarse que en autos se ha llevado a cabo una pormenorizada pe-

ricia contable (v. fs. 148/152), habiendo la experta contestado las observaciones de la incidentista y de la deudora formuladas en fs. 191/192 y fs. 194 respectivamente (v. fs. 196/197), a lo que debe adicionarse el tenor del informe efectuado por el órgano sindical en fs. 206/209; todo lo cual despejó suficientemente las cuestiones planteadas. Sumado ello, a lo explicitado por la perita contadora en función de la medida previa dispuesta por este Tribunal en fs. 242, lo que sella la suerte adversa del recurso introducido.

Así, de la documentación acompañada por la AFIP y de las constancias que surgen de la causa, no existen elementos que permitan desechar las conclusiones a las que arribaron la perita interviniente en autos y el funcionario sindical, resultando satisfactorias las explicaciones vertidas en torno de la forma en que se quedó definida la cuestión.

En efecto, cada uno de los rubros cuya verificación aquí se solicitó se encuentran incluidos en el Plan de Facilidades N° 136202 vigente y que la deudora se encuentra actualmente abonando, por lo que el agravio de la acreedora carece de sustento alguno. En todo caso, frente al cuadro fáctico planteado la exigencia probatoria debió ceñirse y extremarse a despejar cualquier posibilidad de duda, lo cual no ha quedado cumplido en el *sub examine*.

Asimismo, resultó acertado la admisión del crédito con “carácter eventual”, puesto que pese a encontrarse la deuda sujeta al referido plan, nada impide que pueda fallarse sobre la pertinencia de su admisión en el pasivo al tiempo de dictarse el pronunciamiento verificatorio —cítase a modo de ejemplo el crédito que tuviera que abonar una empresa de seguros de acontecer el siniestro contratado—; resultando ello independiente de la actual exigibilidad del mismo.

Esto es, en el *sub lite*, la verificación del crédito en el pasivo se encuentra plenamente justificada para la eventualidad de que la deudora no cancele la acreencia en la forma pactada; el ente recaudador resulta, así, titular de un crédito condicional, también sometido a la carga verificatoria, aun cuando todavía no se encuentre expedida su percepción por vía concursal (ley 24.522:32) y que se encuentra destinada a proteger al acreedor eventual.

5. En cuanto a las costas, estima esta Sala que tratándose el presente de un incidente de verificación de crédito que resultó objetivamente tardío, debe la insinuante soportar las costas del presente, no siendo óbice para la aplicación de tal principio las diligencias administrativas y liquidaciones que debió realizar y que según la acreedora justifican la demora; ni tampoco, el hecho de ser ésta una repartición oficial (este Tribunal, Sala C, “Marquie Vaplas SA s/ quiebra s/ inc. de verificación por AFIP DGI”, del 10/10/2006; esta Sala “Cía. Exportadora Argentina SA s/ Quiebra s/ Inc. de verificación por AFIP-DGI”, del 30/03/2010).

Es que, debió la incidentista adoptar las medidas pertinentes para interponer tempestivamente su petición verificatoria, en tanto conocía la carga cuya observancia le incumbía (LC: 32 y conc.).

Por ello, el recurso de apelación interpuesto será rechazado.

Corolario de lo expuesto, se resuelve: Confirmar la decisión apelada, con costas a la vencida (CPr.: 68). Notifíquese (Ley N° 26.685, Ac. CSJN N° 31/2011 art. 1° y N° 3/2015). Fecho, devuélvase a la instancia de grado. Hágase saber la presente decisión a la Secretaría de Comunicación y Gobierno Abierto (cfr. Ley N° 26.856, art. 1°;

Ac. CSJN N° 15/13, N° 24/13 y N° 42/15). Firman solo los suscriptos por encontrarse vacante la vocalía N° 17 (art. 109 del Reglamento para la Justicia Nacional). — *Alejandra N. Tevez.* — *Rafael F. Barreiro.*

Obligación alimentaria de los abuelos

Incumplimiento del progenitor. Cuestionamiento de ambas partes con relación al monto de la cuota.

Hechos: La Cámara confirmó la sentencia que estableció la obligación de la abuela paterna de una niña de abonar una cuota alimentaria ante el incumplimiento del progenitor.

La sentencia que estableció la obligación alimentaria de la abuela paterna de una niña, que consiste en abonar el 10 % de su jubilación, ante el incumplimiento de la obligación en cabeza del padre debe ser confirmada, pues resulta una decisión adecuada, atento a la situación económica de la demandada, los gastos y erogaciones de la alimentada en orden a su edad y nivel de relación.

120.962 — CNCiv., sala F, 26/12/2017. - R., D. A. y otro c. Q., M. R. s/ alimentos.

[Cita on line: AR/JUR/95915/2017]

! COSTAS

Ambas instancias: a cargo de la demandada atento la naturaleza de la obligación y por resultar vencida.

2ª Instancia. — Buenos Aires, diciembre 26 de 2017.

Considerando: I. Estos autos para resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes y por el Sr. Defensor de Menores contra el pronunciamiento de fs. 131/133 por medio de la cual el señor juez *a quo* fijó la cuota alimentaria que la abuela debe abonar a favor de la alimentada en el 10 % de sus haberes. Los memoriales se encuentran agregados a fs. 138/140 y a fs. 149/150, este último contestado a fs. 152/155. La Sra. Defensora de Menores de Cámara mantuvo el recurso y lo fundó a fs. 161/163, el que no fue contestado.

Al iniciar estos actuados la actora solicitó que se establezca a cargo de la abuela paterna una cuota alimentaria a favor de su nieta de actualmente 11 años de edad. Líquida gastos que calcula en \$ 10.160 mensuales a septiembre de 2016. Expuso que la niña, con la que convive, concurre a la escuela N° 25 del G.C.B.A. y que en el juicio de alimentos contra el progenitor se ha establecido una cuota a su cargo de \$ 4.500 mensuales, la que se encuentra firme, pero que no es cumplida.

Dice que la abuela percibe un beneficio previsional de la ANSeS.

A su vez, la demandada expresó que su hijo —progenitor de su nieta consiguió un trabajo estable y que estaría en condiciones de cumplir su cuota alimentaria. Que desde los últimos dos años hace tratamiento para la drogadicción y que ahora le permiten salidas diarias y que puede trabajar. Dice que ella para poder cubrir sus tratamientos, internación y medicación pidió préstamos y está endeudada. Además, expone que se

encuentra a su cargo su propia hija de 14 años. Ofrece extender su obra social a su nieta.

El día 14 de marzo de 2017 se dictó sentencia que hizo lugar a la demanda y fijó en el 10 % de los haberes de la abuela paterna la cuota definitiva a favor de la alimentada (según fs. 131/133).

III. Ambas partes y el Sr. Defensor de Menores se agravian del monto establecido en concepto de cuota alimentaria, la accionada por considerarlo excesivo, mientras que la actora y el Ministerio Pupilar insuficiente para cubrir las necesidades de la niña.

La actora alega que el padre, obligado principal, no paga ni su deuda ni su cuota alimentaria y se encuentra viviendo con la abuela, aquí demandada. Se agravia por el 10 % del haber —que alcanza a \$ 19.330,18— fijado como cuota, lo que representaría \$ 1.933 por mes, que solo cubriría el 20 % de los gastos liquidados de la niña, que no fueran cuestionados por la obligada.

Por su parte la alimentante se queja por considerar que su situación económica se encuentra extremadamente comprometida por los préstamos que le descuentan y que, de cumplir la cuota, su propia hija menor comenzaría a pasar necesidades.

La obligación alimentaria derivada del parentesco involucra un conjunto de medios materiales necesarios para procurar el mantenimiento de un decoroso nivel de vida que trasunta principios de solidaridad familiar. A su vez, el art. 541 del Cód. Civ. y Com. de la Nación exige que se tenga en cuenta las posibilidades económicas de la alimentante; es decir, que la requerida se encuentre en condiciones de prestar alimentos.

En el juicio de alimentos promovido por la actora contra el progenitor, se condenó a éste a abonar \$ 4.500 mensuales. A cuyo respecto, expresa a fs. 126/127 el Sr. Defensor de Menores que de las constancias de la causa conexas N° 19.034/16/1 sobre ejecución de alimentos surge su incumplimiento.

Surge también de la causa que el haber mensual de la abuela paterna en febrero de 2017 alcanzó la suma de \$ 19.330,18. Sin embargo, nada se menciona respecto a la capacitación e ingresos de la madre actora.

No escapa a este Tribunal las dificultades propias de la demandada quien percibe una jubilación y que tendría a su cargo a una hija menor de edad, por lo que, a los fines de atender también a las necesidades mínimas indispensables de su nieta de once años, considera razonable la solución dada por el juez de grado en el particular.

Por ello, teniendo en consideración los elementos probatorios arrojados en autos que dan cuenta de la situación económica de la demandada, los gastos y erogaciones de la alimentada en orden a su edad y nivel de relación, este Tribunal entiende que la cuota alimentaria establecida en la instancia de grado resulta en principio adecuada.

IV. En cuanto al agravio de la demandada respecto a la imposición de las costas, toda vez que se trata de una mera desconformidad que no cumple con la exigencia establecida por el art. 265 del Código Procesal de suministrar fundamentos que den sustento a su planteo, no se le hará lugar (conf. CNCiv., esta Sala, febrero 14/1985, LA LEY, 1985-C, 644, 36.876-S).

Por todo lo expuesto, se resuelve: Confirmar el decisorio de fs. 131/133. Con costas de ambas instancias a cargo de la demandada atento la naturaleza de la obligación

y por resultar sustancialmente vencida (arts. 68 y 69 del Código Procesal). Regístrese, notifíquese y a la Sra. Defensora de Menores de Cámara y, oportunamente, devuélvase. — *José L. Galmarini.* — *Eduardo A. Zannoni.* — *Fernando Posse Saguier.*

Peajes

Planteo de nulidad de resoluciones. Aumento de la tarifa. Deber de realizar audiencia pública. Homologación de acuerdo. Planteo que deviene abstracto.

Hechos: El Defensor del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires promovió acción de amparo contra este Estado, solicitando la nulidad de las resoluciones 78/2017 y 79/2017 —modificada por resolución 82/2017—, dictadas por el Ministro de Infraestructura y Servicios Públicos local, por medio de las cuales se estableció un incremento de los valores de los peajes correspondientes al Sistema Vial integrado del Atlántico y de la Autopista La Plata-Buenos Aires. Denuncia la omisión en celebrar audiencia pública. La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires declaró abstracta la cuestión traída a su conocimiento.

1.- El planteo de nulidad de las resoluciones 78/2017 y 79/2017 —modificada por resolución 82/2017—, dictadas por el Ministro de Infraestructura y Servicios Públicos local, por medio de las cuales se estableció un incremento de los valores de los peajes devino abstracto, atento a la homologación del acuerdo celebrado entre ese Ministerio y el Defensor del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires, con intervención de la Fiscalía de Estado local y Autopistas de Buenos Aires SA, con fundamento en que demora en la aplicación de los nuevos cuadros tarifarios generaría para la empresa la imposibilidad de realizar las obras que tiene comprometidas en sus contratos de concesión y prestar en condiciones adecuadas los servicios asociados a la seguridad de la circulación.

2.- La celebración de audiencias públicas como medio de brindar a usuarios y consumidores protección de sus intereses económicos e información adecuada y veraz antes de aprobarse nuevos cuadros tarifarios —en el caso, el costo del peaje— constituye un requisito que, por principio, no puede ser subsanado *ex post*.

120.963 — SC Buenos Aires, 13/12/2017. - Defensor del Pueblo de la Provincia de Bs. As. c. Fisco de la Prov. de Bs. As. y ot. s/ amparo. - Recurso Extr. Inapl. de Ley.

[Cita on line: AR/JUR/90761/2017]

La Plata, diciembre 13 de 2017.

Los doctores *Kogan, Pettigiani, Negri, Soria* y *Genoud* dijeron:

I. El Defensor del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires, por apoderado, promovió acción de amparo, ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 25 de La Plata, contra la Provincia de Buenos Aires, solicitando la nulidad de las resoluciones 78/2017 y 79/2017 modificadas por resolución 82/2017, ambas dictadas por el señor Ministro de Infraestructura y Servicios Públicos de la Provincia de Buenos Aires, que establecieron un incremento de los valores de los peajes correspondientes al Sistema Vial integrado del Atlántico

y de la Autopista La Plata-Buenos Aires (v. fs. 92/124).

Solicitó en su escrito inicial la citación de la firma Autopistas de Buenos Aires SA —AUBASA—, en calidad de tercero en los términos del art. 94 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, por ser la empresa concesionaria de las rutas que conforman los corredores viales mencionados.

Alegó en sustento de su petición: a) la omisión en celebrar una audiencia pública y/o mecanismo de participación previo a disponer el aumento de los valores del peaje; b) afectación de los intereses económicos de los usuarios de las vías de comunicación concesionadas y c) que los actos administrativos que dispusieron los incrementos carecen de motivación y finalidad.

En un capítulo aparte reclamó el dictado de una medida cautelar y solicitó se ordene suspender la ejecución de las resoluciones 78/2017 y 79/2017, modificada por resolución 82/2017 (v. fs. 448 vta./451).

Expresó que la verosimilitud del derecho se desprende del hecho de que la demandada no respetó el derecho a la información pública en forma previa a la toma de decisión del incremento tarifario y en el resguardo de los intereses económicos de los usuarios, con fundamento en los arts. 42, 75 inc. 22 de la Constitución nacional, 38 de su par provincial, tratados internacionales sobre derechos humanos —arts. 13 de la CADH, 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Declaración Universal de Derechos Humanos— y leyes provinciales 13.133, 13.569 y 14.105, esta última aplicable al Corredor Vial del Atlántico.

En cuanto al peligro en la demora, alegó que la carencia de aquella información afectó los intereses económicos de los usuarios, cuyos aumentos se aplicaron una vez que las resoluciones impugnadas se publicaron en el Boletín Oficial.

II. El titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 25 del Departamento Judicial La Plata, concedió la medida cautelar peticionada (v. fs. 532/533).

En consecuencia, ordenó a la Provincia de Buenos Aires —Ministerio de Infraestructura y Servicios Públicos— y a la empresa Autopistas de Buenos Aires SA a suspender la aplicación de las resoluciones impugnadas y que en forma inmediata procedan al cobro del peaje de acuerdo a los valores y categorías existentes con anterioridad a la aplicación de aquéllos actos hasta tanto se dicte sentencia definitiva en las presentes actuaciones.

Puntualizó que el vínculo entre el usuario y el concesionario vial constituye una relación de consumo en el marco de un servicio público concesionado, por lo que le resulta aplicable la legislación consumeril —arts. 3 inc. “e”, 10 y concs., ley provincial 13.133; 1 y sgtes.—, ley nacional 24.240, texto según ley 26.361.

Destacó la relevancia del principio pro consumidor y que los arts. 42 Constitución nacional, 38 de su par provincial, 4 de la ley nacional 24.240 —texto según ley 26.361—, 2 y 18 de la ley provincial 13.133, establecen el deber de información para con el usuario o consumidor, quedando comprendido el mismo en la expresión “brindar un apropiado servicio al usuario” utilizada en el art. 2 primer párrafo *in fine* de la ley 14.105 aplicable al Corredor Vial Integrado del Atlántico.

Sostuvo que la normativa constitucional y la legislación indicada precedentemente exigen el cumplimiento de aquel deber

y que la ley provincial 13.569 no impone la obligación para este caso de la fijación de audiencias públicas, quedando a criterio de la autoridad convocante la elección del mecanismo a utilizar para garantizar el derecho de información y participación.

Indicó que el procedimiento de audiencia pública es el más idóneo para permitir una amplia convocatoria de los usuarios y un debate de todos los sujetos involucrados.

Con base en tales fundamentos, consideró cumplidos los requisitos de procedencia de la medida cautelar requerida, por lo que ordenó suspender los efectos de las decisiones cuestionadas.

III. Apelada la sentencia por Fiscalía de Estado y por AUBASA, la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en La Plata, por mayoría, hizo lugar parcialmente a los recursos deducidos y, en consecuencia, limitó la medida cautelar otorgada por el señor juez de primera instancia hasta la realización de las audiencias públicas convocadas por la Administración para los días 3 y 5 de mayo de 2017 (v. fs. 589/596).

Para así decidir, entendió que la tutela se mantendrá hasta tanto se sustancie un procedimiento administrativo que permitiera la participación e información adecuada del colectivo alcanzado por el incremento del peaje y restantes sujetos interesados, en virtud de que la medida precautoria tiende a preservar el objeto litigioso que radica en esencia en el núcleo de la cuestión ventilada en la instancia cautelar.

Consideró que no cabe prescindir de la actual plataforma fáctica y jurídica conforme los arts. 163, inc. 6°, segundo párrafo del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y 25 de la ley 13.928, conformado por los hechos denunciados ante el citado órgano judicial y la documental agregada.

Sostuvo que con posterioridad al pronunciamiento que concedió la medida cautelar se produjo la convocatoria a audiencias públicas realizadas por la Administración para los días 3 y 5 de mayo de 2017 —esta última luego modificada para el día 10 de mayo—, mediante resoluciones 309/2017, 310/2017 y 320/2017, como ámbito de participación ciudadana e información pública sobre las nuevas tarifas derivadas de los actos administrativos impugnados en autos, circunstancia que incide en la pérdida de virtualidad de la materia debatida.

Analizó la extensión temporal del despacho precautorio y consideró que correspondía, sobre la base de numerosos precedentes, limitar la medida cautelar hasta tanto sean realizadas las audiencias públicas, en virtud de que por ese llamamiento efectuado, la administración admitió y encauzó el trámite vinculado a la aprobación de las tarifas, a un ámbito de información y participación de los consumidores y demás entidades o sujetos interesados.

Interpretó que el llamamiento a aquel mecanismo no implicaba incumplimiento de la medida cautelar como lo alegaba el recurrente, toda vez que la provisoriedad de las medidas precautorias impidió entender que pudieran verse modificadas las situaciones que rodeaban el caso y que la competencia administrativa ejercida en ese sentido con las citaciones aludidas no entorpecían la disputa entre las partes y no fue limitada por el despacho cautelar.

Entendió que no cabe admitir el argumento del accionante relativo a que la convocatoria no se condice con los términos de la tutela otorgada, en virtud de que ese obrar de la administración *a priori* resultaba ajustado a la sentencia de primera ins-

tancia en la medida que brinda participación ciudadana e información acerca de los nuevos valores.

En otro orden el Tribunal de Alzada no admitió la censura efectuada por el amparista en torno a que cuanto pueda ocurrir en el marco de las audiencias públicas no era útil para obstar su desarrollo ni permitía anticipar opinión acerca de cuanto de aquéllas pudiera resultar, en virtud de que la obligatoriedad o no de ellas era un asunto a debatirse y dilucidarse en la sentencia.

III. Disconforme con el mentado pronunciamiento, el señor Defensor del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley o doctrina legal (v. fs. 390/414).

Denegada su concesión por el Tribunal de Alzada (v. fs. 416/417) motivó la presentación de la consecuente queja ante esta Corte (v. fs. 626/635 vta.).

III. 1. Con posterioridad a ello, en el marco del legajo de copias —art. 250 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación—, agregado a estos autos, y estando en trámite por ante el magistrado de grado, Fiscalía de Estado acompaña los expedientes administrativos N° 2400-3354/17 y 2400-3355/17. Indica que del primero de ellos surgen las constancias relativas a la audiencia pública celebrada el día 10 de mayo de 2017, en razón de la readecuación tarifaria prevista para el corredor Autovía del Mar - Sistema Vial Integrado del Atlántico y del segundo la información respecto a la celebrada el día 3 de mayo de 2017 con relación a la Autopistas de Buenos Aires (v. fs. 505).

III.2. Este Tribunal, por resolución de fecha 12/07/2017, hizo lugar a la queja impetrada y concedió el recurso de inaplicabilidad de ley o doctrina legal deducido oportunamente por el Defensor del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires (v. fs. 637/638 vta.).

El recurrente denuncia que la Cámara vulneró los arts. 42 de la Constitución nacional y 38 de su par provincial; los tratados internacionales sobre derechos humanos que reconocen el derecho de acceso a la información pública —arts. 13 inc. 1° de la Convención Americana de Derechos Humanos, 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Declaración Universal de los Derechos Humanos—; 10 de la ley 13.133, 2 primer párrafo *in fine* de la ley 14.105, específica para el Corredor Vial Integrado del Atlántico en cuanto no se brinda un apropiado servicio al usuario; 4 de la ley 24.240; 279 del Cód. Civil y Comercial; 103 del decreto ley 7647/1970 y 9 de la ley provincial 13.569.

Alega que el pronunciamiento impugnado viola la doctrina legal sentada en las causas A. 72.408, “Negrelli”, sent. del 05/12/2014 en la cual esta Corte sostuvo que la participación de los usuarios es en la toma de decisión y debe ser previa a ella y no posterior y B. 65.834, “DE.U.CO.”, sent. del 07/03/2007 en la cual si bien este Tribunal no señaló específicamente el carácter vinculante de las audiencias públicas, sostuvo que el mecanismo de información y participación debe ser previo y eficaz.

También denuncia vulneración de la doctrina emergente de las causas B. 49.208 “Horcada”, sentencia de fecha 5 de julio de 1988 y B. 48.840 “Moyano”, sentencia de fecha 31 de agosto de 1989 entre otras, referidas a la motivación del acto administrativo y la concurrencia al principio de congruencia.

Por último, acusa que la sentencia de la Cámara incurre en absurdo por contradicción ya que por un lado considera que la

sujeción del procedimiento administrativo sea o no vinculante se halla alcanzada por su inherente carácter previo como garantía de cuanto se decida en aquél y por el otro entiende que por ese llamamiento la administración ha admitido y encauzado el trámite vinculado a la aprobación de tarifas a aplicarse a un ámbito de información y participación de usuarios y consumidores.

En otro orden, alega que el Tribunal de Alzada vulneró el principio de congruencia al omitir pronunciarse sobre el interés económico de los usuarios invocado en la demanda y considerado en el pronunciamiento de primera instancia, por lo que incurre en un error *in iudicando*, configurativo del absurdo.

Aduce que acotar los alcances de la medida cautelar únicamente a la omisión en convocar a audiencia pública, no se condice con el fallo de primera instancia y el proveído de concesión del recurso de apelación que no perdieron de vista el interés económico de los usuarios, por lo que la Cámara incumplió con el art. 168 segundo párrafo de la Constitución provincial.

IV. Encontrándose el expediente con el llamado de autos para resolver el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto, las partes acompañan un acuerdo, solicitan su homologación y que se declare abstracta la cuestión litigiosa (v. fs. 646/683).

Al advertirse que el convenio no estaba suscripto por la Subsecretaría Administrativa del Ministerio de Infraestructura y que, a su vez, no estaba acreditada la representación de esta funcionaria como para, llegado el caso, celebrar un acto semejante, se intimó a la subsanación de ese defecto y a que se acompañen los instrumentos que acrediten que contaba con facultades suficientes como para realizarlo (fs. 684).

Ante ello, se presentó nuevamente el acuerdo, esta vez rubricado por la mencionada subsecretaría (fs. 691), oportunidad en la que se acompañó copia de la resolución N° 663-E/2017, firmada digitalmente por el Ministro de Infraestructura de la Provincia de Buenos Aires, por medio de la cual se encomienda a la Subsecretaría Administrativa la representación del Ministerio en la firma del acuerdo extrajudicial con la Defensoría del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires, en estos autos (fs. 688).

Así las cosas, se pasaron los autos al acuerdo (fs. 693), en el que el Tribunal, teniendo en consideración lo dispuesto por las leyes 24.240 (art. 54) y 13.133 (art. 27) y el hecho de que la controversia versa sobre derechos de incidencia colectiva, confirió vista al señor Procurador General, por el término de cinco días, a efectos de que se expida respecto de la adecuada consideración de los intereses de los usuarios afectados en el acuerdo acompañado (fs. 694).

IV.1. A fs. 696 dictaminó el señor Procurador General, quien luego de recordar jurisprudencia de esta Corte y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación acerca de las cuestiones abstractas, manifestó que “... atendiendo a la satisfacción de la pretensión, entiendo que V.E. podría declarar abstracta la cuestión promovida (Arts. 54, Ley N° 24.240; 27 de la Ley N° 13.133 y 21 inciso 7, Ley N° 14.442)”. En sustancia ello implica que para el titular del Ministerio público no hay mérito para continuar la pretensión colectiva incoada en autos.

IV.2. El acuerdo cuya homologación requieren las partes fue suscripto el 22 de noviembre entre el Ministerio de Infraestructura y Servicios Públicos de la Provincia de Buenos Aires y el Defensor del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires, con

intervención de la Fiscalía de Estado de la Provincia de Buenos Aires y Autopistas de Buenos Aires SA (AUBASA).

De sus considerandos surge —en lo que aquí interesa— “...- Que la demora en la aplicación de los nuevos cuadros tarifarios genera para AUBASA la imposibilidad de realizar las obras que tiene comprometidas en sus contratos de concesión y prestar en condiciones adecuadas los servicios asociados a la seguridad de la circulación, por lo que se acaba afectando a los propios usuarios...- Que las Partes entienden que corresponde alcanzar acuerdos que permitan asegurar a los usuarios de la red vial a cargo de AUBASA condiciones apropiadas de circulación y que las tarifas de peaje resulten razonables y ajustadas a los servicios que reciben de la empresa concesionaria...”.

El acuerdo celebrado se sujetó a las siguientes cláusulas:

“Primera. Con carácter previo a la celebración de las audiencias públicas que con-

voque en los términos de la ley 13.569 para la aprobación de las adecuaciones tarifarias, tanto ordinarias como extraordinarias, que correspondan según los contratos de concesión de AUBASA de la Autopista Buenos Aires-La Plata y del Sistema Vial Integrado del Atlántico, el Ministerio se compromete a proporcionar al Defensor del Pueblo, con no menos de cuarenta y ocho (48) horas de anticipación, los antecedentes que sustenten la procedencia de tales revisiones y la demás información pertinente que éste solicite.

Segunda. Adicionalmente y considerando las observaciones formuladas con especial interés por el Defensor del Pueblo en las audiencias públicas mediante Resoluciones MI 310 y 320/2017, cuyos informes elaborados por la Unidad de Análisis Regulatorio del Ministerio se agregan al presente como Anexo I, el Ministerio y AUBASA asumen el compromiso de incluir entre las exenciones y abonos ya previstas en el Contrato de Concesión del SVIA, exenciones del ciento por ciento (100%) de la tarifa vigente para

los residentes de los municipios de Municipio de la Costa, Pinamar, Villa Gesell, General Lavalle, General Madariaga y Mar Chiquita en los peajes de La Huella (km. 240 de la RP11), General Madariaga (km. 28 de la RP74) y Mar Chiquita (Km. 243 de la RP11), y abonos con descuento equivalente al noventa y cinco por ciento (95%) para los vecinos del Municipio de Dolores en las mismas estaciones de peaje. El trámite para acceder a la bonificación deberá ser sencillo, de manera tal que con la sola acreditación de la residencia en algunas de las ciudades arriba mencionadas le sea concedido al solicitante el beneficio.

Asimismo, respecto a la Autopista Buenos Aires-La Plata, AUBASA se compromete a entregar a la Defensoría del Pueblo un listado de las obras a desarrollar en la traza de la autopista.

Tercera. En los términos del presente, las Partes prestan conformidad a la aplicación inmediata de los cuadros tarifarios aprobados por las Resoluciones MI 78 y 79/2017 suspendidas por la medida cautelar referida en los considerandos del presente, junto con las exenciones comprometidas en la cláusula Segunda, y solicitan que se declaren abstractas las Actuaciones.

Cuarta. Las partes presentarán el presente acuerdo para su homologación judicial, prestando conformidad a la imposición de costas en el orden causado...”.

De acuerdo a las circunstancias del caso, teniendo en consideración el tácito desistimiento de la pretensión articulada por parte del actor, lo dictaminado en el mismo sentido abdicativo por el señor Procurador General, en atención a la variación general de precios ocurrida desde la fecha en que se suspendieron los efectos de las resoluciones impugnadas y al contenido del acuerdo antes transcrito, en el cual se destaca el compromiso asumido en la cláusula Primera en punto a la celebración de audiencias públicas y la entrega de información adecuada antes de la aprobación de cualquier futura adecuación tarifaria,

como así también la ampliación de las exenciones existentes, no se advierten razones que impidan aprobarlo, motivo por el cual corresponde su homologación (arts. 25, ley 13.928, 162, 308 y 309, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

Ello, sin perjuicio de dejar establecido que la celebración de audiencias públicas como medio de brindar a usuarios y consumidores protección de sus intereses económicos e información adecuada y veraz antes de aprobarse nuevos cuadros tarifarios (arts. 42, CN y 38, CP; doc. causa A 72.408, “Negrelli”, sent. del 03/12/2014) constituye un requisito que, por principio, no puede ser subsanado *ex post* (arg. doc. causa B 59.986, “Caselli”, sent. del 16/02/2005)

Además, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 54 de la ley 24.240 —texto según ley 26.361 y 27 de la ley 13.133—, debe dejarse a salvo la posibilidad de que los consumidores o usuarios individuales que así lo deseen se aparten de los términos del convenio y accionar en consecuencia en defensa de sus derechos o intereses.

Por ello, la Suprema Corte de Justicia, oído el señor Procurador General resuelve: Por los fundamentos expuestos en el acuerdo que antecede, se homologa judicialmente el acuerdo al que arribaran las partes, declarándose que en su virtud la cuestión a decidir en este juicio se ha tornado abstracta (arts. 25, ley 13.928; 162, 163 inc. 6, 2da. parte, 308 y 309, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Estando involucrados en el caso derechos de incidencia colectiva, se deja a salvo la posibilidad de que los consumidores o usuarios individuales que así lo deseen se aparten de los términos del convenio para hacer valer sus derechos o intereses (arts. 54, ley 24.240 —texto según ley 26.361 y 27—, ley 13.133). Las costas se imponen en el orden causado, de acuerdo a lo estipulado por las partes (art. 73, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Regístrese junto con una copia del convenio, notifíquese y devuélvase. — *Hilda Kogan*. — *Eduardo J. Pettigiani*. — *Héctor Negri*. — *Daniel F. Soria*. — *Luis E. Genoud*.

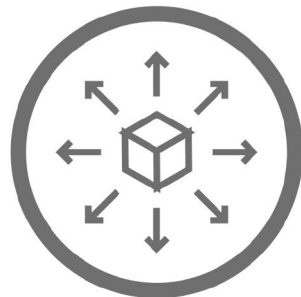


THOMSON REUTERS
LA LEY

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
o llámenos al **0810 222 5253**

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



the answer company™
THOMSON REUTERS®

EDICTOS

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nº 3, a cargo del Dr. Roberto R. Torti, Secretaría Nº 5, a mi cargo, sito en Libertad 731, piso 4º, de esta Ciudad, hace saber que la Sra. ZEPUR DISHCHEKIAN, D.N.I. Nº 93.867.473, de nacionalidad siria ha solicitado la declaración de la “Ciudadanía Argentina”. Cualquier persona que conozca algún impedimento para la concesión de dicho beneficio podrá hacerlo saber a través del Ministerio Público, dentro del plazo de quince días. Publíquese por dos días en “LA LEY”.

Buenos Aires, 16 de marzo de 2018
Ana María Álvarez, sec. fed.
LA LEY: I. 16/04/18 V. 17/04/18

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nº 5, Secretaría Nº 10, sito en Libertad 731, piso 10, de Capital Federal, hace saber que CASTELLANOS HERNÁNDEZ, JAVIER ALEXANDER, con D.N.I. Nº 95.419.082, de nacionalidad venezolana y de ocupación ingeniero electrónico, ha iniciado los trámites tendientes a la obtención de la Ciudadanía Argentina. Cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que pudiere obstar a dicha concesión, deberá hacer saber su oposición fundada al Juzgado. Publíquese por dos veces, en el lapso de quince días, en “LA LEY”.

Buenos Aires, 7 de marzo de 2018
M. Andrea Salamendy, sec.
LA LEY: I. 16/04/18 V. 16/04/18

El Juzgado Federal Civil y Comercial Nº 1, Secretaría Nº 1 de la Capital Federal, hace saber que JIKUNZHENG, de nacionalidad chino, DNI 92.882.178, ha solicitado la concesión de la Ciudadanía Argentina. Se deja constancia que deberán publicarse por 2 (dos) veces dentro del plazo de quince días en el Diario LA LEY.

Buenos Aires, 16 de mayo de 2017
Ana Laura Bruno, sec.
LA LEY: I. 10/04/18 V. 10/04/18

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nº 10, Secretaría Nº 20, sito en Libertad 731, piso 9º, de esta Ciudad, informa que el Sr. JAVIER EDUARDO SALMON ARTEAGA, de nacionalidad ecuatoriana, con D.N.I. Nº 94.164.416, ha iniciado los trámites tendientes a obtener la ciudadanía argentina. Por ello cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que estimara podría obstar a dicha concesión, deberá hacerlo saber a este Juzgado. Publíquese por dos días en LA LEY.

Buenos Aires, 1 de noviembre de 2017
Matías M. Abraham, sec. int.
LA LEY: I. 09/04/18 V. 10/04/18

El Juzgado Nacional de 1º Instancia en lo Civil Nº 3, de Capital Federal, a cargo del Dr. Cecinini Eduardo E., Secretaría Única a cargo del Dr. Gonzalo García Minzoni, sito en la calle Talcahuano 550, Piso 6º, CABA, en los autos “ABREU MARÍA MAGALI c/ CARRERA ÁNGELA LEONOR Y OTROS s/ DAÑOS Y PERJUICIOS” (Expte. 22.762/2015), cita a

la Sra. CARRERA ÁNGELA LEONOR, para que dentro del plazo de diez días comparezca a tomar la intervención que le corresponda en autos, bajo apercibimiento de designarse al Defensor Oficial para que lo represente en juicio. Publíquense edictos por dos días en el diario La Ley.

Buenos Aires, 14 de marzo de 2018
Gonzalo García Minzoni, sec.
LA LEY: I. 09/04/18 V. 10/04/18

El Juzgado Nacional Civil Nº 69, a cargo de la Dra. Laura I. González, Secretaría Única, sito en Av. De Los Inmigrantes 1950, PB, en autos caratulados “BARESI, OSCAR JOSÉ s/SUCESIÓN AB INTESTATO”, Exp. Nº 87381/2015, cita y emplaza a los herederos y acreedores de OSCAR JOSÉ BARESI por el plazo de treinta días a los efectos de hacer valer sus derechos. Publíquese por un día en el diario La Ley.

Buenos Aires, 7 de febrero de 2008
María Laura Prada Errecart, sec. int.
LA LEY: I. 05/04/18 V. 05/04/18

El Juzgado Federal Civil y Comercial Nº 1, Secretaría Nº 1 de la Capital Federal, hace saber que JIKUNZHENG, de nacionalidad chino, DNI 92.882.178, ha solicitado la concesión de la Ciudadanía Argentina. Se deja constancia que deberán publicarse por 2 (dos) veces dentro del plazo de quince días en el Diario LA LEY.

Buenos Aires, 16 de mayo de 2017
Ana Laura Bruno, sec.
LA LEY: I. 03/04/18 V. 03/04/18