



Deuda externa, prestatarios y prestamistas, y ajustes estructurales a la luz del Derecho internacional de los derechos humanos

Rolando E. Gialdino

SUMARIO: I. Introducción.— II. Marco general.— III. Prestamistas y prestatarios.— IV. Efectos más allá de los DESC.— V. Conclusiones.

➔ La declaración “Deuda pública, medidas de austeridad y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, junto con los “Principios rectores sobre la deuda externa y los derechos humanos”, aprobados por el Consejo de Derechos Humanos, constituyen, dentro de un plexo normativo mayor, dos *instrumentos descolantes*, para encarrilar a los actores de los procesos de endeudamiento, y prevenir las graves y, en muchos casos, irreversibles consecuencias.

I. Introducción

“Todo Estado parte que aspire a recibir asistencia financiera debe tener presente que toda condición injustificable impuesta en la concesión de un préstamo que obligue al Estado a adoptar medidas regresivas en la esfera de los derechos económicos, sociales y culturales constituirá una violación del Pacto”. Afirmación sobresaliente del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), en el marco del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), expresada en su declaración “Deuda pública, medidas de aus-

teridad y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” (*Declaración*) (1). El motivo de ésta: las situaciones a las que el Comité DESC se enfrenta a menudo, en las que los Estados parte (PIDESC) no pueden cumplir su obligación de hacer plenamente efectivos los derechos enunciados en ese tratado, “por haber adoptado programas de consolidación fiscal, en particular programas de ajuste estructural o programas de austeridad, impuestos como condición para obtener préstamos” (§ 1). Programas, éstos, negociados entre los Estados interesados y los prestamistas, que pueden ser otros Estados o bien organizaciones internacionales o regionales, como el Fondo Monetario Internacional (FMI), bancos de desarrollo, p.ej., el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF) (2), bancos regionales de desarrollo u organizaciones de integración regional, como la Unión Europea (§ 1) y, agregaríamos, su “Troika” (Comisión Europea, Banco Central Europeo y FMI). El objetivo: “orientar a los Estados partes y a otros agentes sobre el alcance de sus obligaciones dimanantes del [PIDESC] en relación con el endeudamiento” (§ 3).

Hace ya algunos años, estudiamos las fuertes limitaciones y requerimientos que el Derecho internacional de los derechos humanos impone a los Estados respecto de sus políticas de ajuste estructural y endeudamiento externo, las cuales suelen producir serios y graves perjuicios en el goce de los derechos humanos de las personas sujetas a las jurisdicciones de aquéllos, y muy especialmente las de los sectores más vulnerables (3). También planteamos esta dramática situación desde otros foros (4). Esas páginas, si bien no

han perdido actualidad, ameritan ser *revisitadas* dada la persistencia creciente y continuada tanto de dichas políticas cuanto de sus agravantes secuelas para los derechos humanos (5). Máxime cuando, por estas mismas razones, el Derecho internacional general y el Derecho internacional de los derechos humanos, no han cesado de ocuparse (*rectius*: preocuparse) en las aludidas cuestiones, de lo cual es un dato significativo la *Declaración*. El presente estudio, pues debe ser entendido como *continuador y complementario* de los de 2003, que acabamos de recordar.

En tal sentido, volviendo sobre la mencionada preocupación, no es casual que el Consejo de Derechos Humanos (ONU) continúe renovando el *mandato*, creado en 2000, de un “Experto independiente sobre las consecuencias de la deuda externa y las obligaciones financieras internacionales conexas de los Estados para el pleno goce de todos los derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales” (Experto independiente). En la prórroga que dispuso en 2017, por un período de tres años, el citado Consejo reconoció, por un lado, que se acepta cada vez más que el aumento de la carga de la deuda de los países en desarrollo más endeudados y el excesivo costo del servicio que aparea es *insostenible* y constituye uno de los principales obstáculos para lograr avances en materia de desarrollo sostenible *centrado en las personas* y de *erradicación de la pobreza*. Y, por el otro, que los programas de reforma de ajuste estructural y los aspectos condicionantes de las políticas limitan el gasto público imponen topes máximos de gastos fijos y no conceden la debida atención a la prestación de servicios sociales, así como

que *únicamente algunos países* han logrado un mayor crecimiento sostenible con esos programas (6).

En la órbita del citado *mandato* tienen singular relevancia los “Principios rectores sobre la deuda externa y los derechos humanos”, elaborados oportunamente por el experto independiente Cephas Lumina, con el objetivo fundamental de equilibrar las obligaciones contractuales de los Estados deudores y acreedores derivadas de los acuerdos sobre la deuda externa, y las obligaciones jurídicas internacionales de los deudores y los acreedores de *respetar, proteger y ejercer* todos los derechos humanos, especialmente los derechos económicos, sociales y culturales (DESC). Su contribución normativa consiste en la “identificación de las normas básicas de derechos humanos en vigor aplicables a la deuda soberana y a las políticas conexas”, así como en el análisis pormenorizado de las consecuencias de esas normas (*principios rectores*) (7). Fueron aprobados por el Consejo de Derechos Humanos, no sin mostrar su preocupación “porque, a pesar de los repetidos reescalonamientos de la deuda, los países en desarrollo siguen pagando cada año más de lo que reciben, en realidad, en concepto de asistencia oficial para el desarrollo”; y afirmar “que la carga de la deuda agrava los numerosos problemas a que se enfrentan los países en desarrollo, contribuye a la extrema pobreza y representa un obstáculo para el desarrollo humano sostenible y es, por ende, un serio impedimento para la efectividad de todos los derechos humanos” (8). Es más, la propia *Declaración* ha señalado a la atención de los Estados los *Principios Rectores* (§ 11).

DOCTRINA. Deuda externa, prestatarios y prestamistas, y ajustes estructurales a la luz del Derecho internacional de los derechos humanos

Rolando E. Gialdino 1

NOTA A FALLO. Voluntariado social gratuito. Confirmación de la inaplicabilidad del Derecho del trabajo

Julián A. De Diego 7

JURISPRUDENCIA

RELACIÓN LABORAL. Voluntariado. Organización que depende de una entidad religiosa. Ausencia de valoración de las declaraciones testimoniales. Disidencia. *Writ of certiorari* (CS) 6

PERSONAL MILITAR. Gendarmería Nacional. Desempeño en una misión de paz ante la ONU. Reclamo de viáticos y gastos de traslados e instalación. Ley aplicable. Doctrina de la Corte Suprema. Disidencia (CS) 8

MALA PRAXIS MÉDICA. Elemento extraño olvidado en el interior del cuerpo. Daño moral. Procedencia. Responsabilidad del Estado por falta de servicio. Responsabilidad de instrumentadores quirúrgicos. Responsabilidad de los galenos (JContenciosoadministrativo y Trib. Nro. 15, Ciudad Autónoma de Buenos Aires) 9

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN. Principio *iura novit curia*. Daño moral por aplicación de norma declarada inconstitucional (CNFed. Contenciosoadministrativo) 9

DESPIDO INDIRECTO. Intimaciones. Silencio. Presunción (CNTrab.) 10

ALIMENTOS. Hijo mayor que se capacita. Rechazo del pedido de alimentos. Falta de prueba de la imposibilidad de trabajar. Requisitos de procedencia (ST Corrientes) 11

Muchos otros antecedentes podrían sumarse a esta cuenta, *inter alia*, (i) la Declaración del Milenio, de 2000, en la cual los Jefes de Estado y de Gobierno decidieron “abordar de manera global y eficaz los problemas de la deuda de los países de ingresos bajos y medios adoptando diversas medidas en los planos nacional e internacional para que su deuda sea sostenible a largo plazo” **(9)**; (ii) el Consenso de Monterrey, en cuanto subrayó la importancia “de restablecer la viabilidad financiera de los países en desarrollo con un nivel insostenible de endeudamiento”, a la par que llamó a “considerar activamente y sin tardanza medidas para el alivio de la deuda, incluso en los Clubes de París y Londres y otros foros pertinentes” **(10)**, no sin puntualizar que los “deudores y los acreedores deben compartir la responsabilidad de evitar y resolver situaciones en que el nivel de endeudamiento es insostenible” **(11)**. Sobre ello volverán los *Ppios. Rectores* **(12)**; (iii) los (nueve) “Principios Básicos sobre los Procesos de Reestructuración de la Deuda Soberana”, los cuales pasaron a integrar, como Anexo, la ley 27.207, que los declaró de “orden público” **(13)**. Se yuxtapone a todo este *corpus*, una extensa serie de referentes del propio Comité DESC, producidos en el cuadro de las *observaciones generales*, de las *observaciones finales* a los informes periódicos de los Estados, cuando no por otros medios, como la Carta abierta del Presidente, Comité DESC, del 16/05/2012, dirigida a los Estados parte en relación con la protección de los derechos consagrados en el Pacto en el contexto de la crisis económica y financiera, mencionada incluso en la *Declaración* (§ 4; *infra* 1, D).

Esta concurrencia, plenamente sinérgica, tiende en sustancia, en palabras de B. Ellmers, a “poner a las personas por encima de los servicios de la deuda” **(14)** o, en las de los *Ppios. Rectores*, a “garantizar la primacía de los derechos humanos” (Sección II y §§ 36 y 49). Cuanto más que los estudios realizados indican que las sumas que algunos países gastan cada año por concepto de servicio de la deuda son más elevadas que las que destinan para subvenir a las necesidades básicas de su población o para servicios públicos relacionados con los derechos humanos, como la educación y la atención de la salud **(15)**.

El plan a seguir, en buena medida, será el trazado por la *Declaración*. Comenzaremos por un marco general **[1]**, para pasar, después, a los protagonistas: prestatarios y prestamistas **[2]**. Finalmente, tras un breve señalamiento en orden a que, por su vastedad, la problemática en juego trasciende el terreno de los DESC **[3]**, formularemos algunas conclusiones **[4]**. Nuestro *corpus* principal, no exclusivo, estará compuesto, ciertamente, por la *Declaración* y los *Ppios. Rectores*, a los que agregaremos el esclarecedor último informe anual del Experto independiente, Juan P. Bohoslavsky, transmitido al Consejo de Derechos Humanos (ONU): *Informe* **(16)**. Adelantamos una de sus conclusiones: “...ni las enseñanzas extraídas de las medidas de respuesta a crisis anteriores, sobre la importancia de proteger el gasto social, ni el creciente énfasis en el papel crucial de los derechos humanos para mejorar los resultados del desarrollo parecen haber influido de manera suficientemente explícita en el análisis o la estructuración de las medidas de respuesta de los Gobiernos y las instituciones financieras internacionales a la reciente crisis financiera” (§ 72, en negrita en el original). Si algo revela la formulación de las políticas económicas adoptadas —insiste— es una arraigada desatención estructural a los derechos humanos, una protección insuficiente de los más vulnerables y una falta de atención a la participación, las consultas, la transparencia y la rendición de cuentas (ídem).

Mas, previamente, recordemos, por un lado, que el Comité DESC resulta, con arreglo a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), el “intérprete más autorizado del PIDESC en el plano internacional” **(17)**. Y, por el otro, que los informes de los Relatores Especiales en derechos humanos, ONU, han sido invocados por dicha Corte **(18)**.

II. Marco general

A. No hay dudas, para el Comité DESC, que la adopción de programas de consolidación fiscal puede ser necesaria para hacer efectivos los DESC. Sin embargo, aclara, si esos programas se aplican sin *respetar plenamente* las normas de derechos humanos

y sin tener en cuenta las *obligaciones* de los Estados para con los titulares de derechos, “pueden menoscabar una serie de derechos protegidos por el [PIDESC]” (§ 2). Entre estos, precisa (ídem), los que corren “mayor peligro” son: los derechos laborales, especialmente el derecho a trabajar (art. 6º), el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, en particular el derecho a un salario equitativo y a una remuneración mínima que proporcione a los trabajadores condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias (art. 7º); el derecho a la negociación colectiva (art. 8º); el derecho a la seguridad social, incluidas las prestaciones de desempleo, la asistencia social y las pensiones de vejez (arts. 9º y 11); el derecho a un nivel de vida adecuado, que incluye el derecho a la alimentación y el derecho a la vivienda (art. 11); el derecho a la salud, y el acceso a servicios adecuados de atención de la salud (art. 12), y el derecho a la educación (arts. 13 y 14) **(19)**.

Sea oportuna, pues, la *reafirmación* del Consejo de Derechos Humanos: “el ejercicio de los derechos fundamentales de la población de los países deudores a la alimentación, la vivienda, el vestido, el empleo, la educación, los servicios de salud y un medio ambiente saludable no puede subordinarse a la aplicación de políticas de ajuste estructural, programas de crecimiento y reformas económicas adoptadas a raíz de la deuda” **(20)**.

B. Ahora bien, en orden a los dos primeros conjuntos de derechos antes mencionados (arts. 6º y 7º), conviene subrayar que, por lo general, “las crisis financieras no son el resultado de una regulación excesiva del trabajo, por lo que la desregulación laboral no ayuda a superarlas. De hecho, las reformas laborales convencionales adoptadas en los últimos años en el marco de políticas de austeridad no parecen haber ayudado a los países a recuperarse ni han permitido reinstaurar un acceso al empleo equivalente al de antes de la crisis. En lugar de ello, han socavado los derechos laborales y otros derechos sociales consagrados en el derecho internacional. Por consiguiente, ya es hora de cuestionar la idea imperante de que la desregulación de los mercados de trabajo es una respuesta

adecuada y legítima a las crisis financieras” (*Informe*, § 57).

Súmesese a lo anterior, que una pesquisa sobre Argentina, Brasil y México, publicada por la Organización Internacional del Trabajo, invalida el “argumento simplista” para el cual el relajamiento de las condiciones de los contratos de trabajo y de los despidos sería suficiente para mejorar el empleo **(21)**. Mas, sobre las falacias que encubren dicho argumento, y las graves violaciones de derechos humanos que acarrea, ya nos hemos detenido recientemente **(22)**.

C. Los argentinos, entre otros muchos pueblos devastados por la recetas de política macroeconómica tradicionales: liberalización del mercado y ajuste estructural, no debemos olvidar que, ya para 1999, el Comité DESC, aun cuando reconoció las dificultades que padecía para entonces la economía de nuestro país, no dejó por ello de advertir que “la ejecución del programa de ajuste estructural ha menoscabado el disfrute de los [DESC], en particular en el caso de los grupos desfavorecidos”, y de poner de manifiesto, entre muchas otras censuras: (i) “la altísima tasa de desempleo [...] (casi el 15%) y en particular la gran cantidad de nuevos pobres, que son quienes tradicionalmente constituían las clases medias”, (ii) el gran número de trabajadores del sector no estructurado de la economía, (iii) que “las medidas adoptadas para promover la creación de empleos no han garantizado [los DESC]”, (iv) que “las prestaciones de desempleo sólo benefician a un 6% de los desempleados”, (v) que las reformas legislativas “tienden a aumentar la precariedad de la relación laboral” **(23)**.

D. Abundan otro ejemplos, y más recientes. Sin desconocer el contexto de la crisis económica y financiera de España, el Comité DESC, al examinar el quinto informe periódico de ese país (2012), expresó “su preocupación por la reducción de los niveles de protección efectiva de los derechos consagrados en el [PIDESC] que ha resultado de las medidas de austeridad adoptadas [...] perjudicando de forma desproporcionada al disfrute de sus derechos por las personas y los grupos desfavorecidos y marginados”, y

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) E/C.12/2016/1, 2016, § 4. La cita de párrafos (§) referirá a la *Declaración*, salvo indicación en contrario.

(2) El BIRF, fundado en 1944 para ayudar a la reconstrucción de Europa después de la Segunda Guerra Mundial, conforma, junto con la Asociación Internacional de Fomento, el Banco Mundial (<http://www.bancomundial.org/es/who-we-are/ibrd>).

(3) GIALDINO, Rolando E., “Derechos Humanos y Deuda Externa”, en LA LEY, 2003-E, p. 1468.

(4) GIALDINO, Rolando E., “Droits de l’homme et dette extérieure”, en Rev. *Droits fondamentaux*, enero/diciembre 2003, p. 93, www.droits-fondamentaux.org.

(5) *Vid.* GIULIANO, Héctor, “La deuda pública”, en *La Defensa*, nro. 17, marzo 2018, <http://www.ladefensa.com.ar/la-deuda-publica-en-2016.-por-hector-giuliano.html>. Según el INDEC, la deuda externa argentina a valor nominal, expresada en dólares, pasó de 181.170 millones a fines de 2016, a 232.952 millones, a fines de 2017, incrementándose así en 51.782 millones (https://www.indec.gob.ar/uploads/informesdeprensa/bal_03_18.pdf [rec. 26/03/2018]).

(6) Resolución 34/3, 23/03/2017, considerandos y § 2. El *experto independiente*, desde 2014, es el argentino Juan Pablo Bohoslavsky. Para el historial de este Mandato: [http://www.ohchr.org/EN/Issues/ Development/IEDebt/Pages/ Overview.aspx](http://www.ohchr.org/EN/Issues/Development/IEDebt/Pages/Overview.aspx).

(7) A/HRC/20/23, 2011, § 17, y Anexo, § 2; los *Ppios. Rectores* figuran en el Anexo. Para estos últimos, “por deuda externa (o deuda exterior) se entiende una obligación (incluida una obligación monetaria), creada en el marco de un arreglo contractual, y contraída por un Estado con un prestamista no residente —que puede ser una institución financiera internacional, un prestamista bilateral o multilateral, una institución financiera privada o un tenedor de bonos—, o sujeta a leyes extranjeras.

La deuda externa comprende: i) los préstamos, es decir, los fondos anticipados al deudor por el prestamista en el entendimiento de que el prestatario se compromete a devolver los fondos (incluidos los depósitos, bonos, obligaciones, préstamos comerciales o créditos compradores) en el futuro; y ii) los créditos de proveedores, es decir, los contratos por los que el proveedor permite al cliente aplazar el pago hasta una fecha posterior a la de entrega de las mercaderías o prestación de los servicios. La suma de las deudas externas pendientes de un Estado constituye el volumen de la deuda externa” (§ 4).

(8) Resolución 20/10, 05/07/2012, considerandos.

(9) § 16; *vid.* asimismo § 15. La Declaración del Milenio fue aprobada por la Asamblea General, ONU, resolución 55/2, 08/09/2000. “Para poder avanzar, deberíamos redefinir la sostenibilidad de la deuda como el nivel de deuda que permite a un país lograr los objetivos de desarrollo del Milenio y llegar a 2015 sin que aumente su relación de endeudamiento” (Un concepto más amplio de la libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos. Informe del Secretario General [ONU], A/59/2005, 2005, § 54).

(10) Bien que pretendiendo abogar por soluciones durables a las dificultades de los países endeudados, el Club de París funciona según una lógica puramente financiera, que impide alcanzar ese objetivo. Las reestructuraciones de deuda del Club tienden únicamente a restablecer la solvencia de los países para asegurar el recupero de los créditos, haciendo sus deudas sostenibles desde el punto de vista de los reembolsos y sin tener en cuenta el respeto de los derechos humanos o las condiciones de vida de las poblaciones. Sólo la capacidad de pago de los deudores es considerada. Simple agencia de recupero de fondos, el Club, por lo demás, está gestionado por el Ministerio de Finanzas francés, y no por los de Asuntos Exteriores o de Cooperación. Su objetivo

es la salvaguarda del capital prestado y, sobre todo, el mantenimiento de la apertura de los mercados del Sur para las exportaciones a crédito, en función de los intereses geoestratégicos del momento (*Plateforme d’action et d’information sur la dette des pays du sud*, “Le Club de Paris: 60 ans d’illégitimité, d’insoutenabilité, d’injustice et d’opacité”, 03/06/2016, <http://dette-developpement.org/Le-Club-de-Paris-60-ans-d-illegitimite-d-insoutenabilite-d-injustice-et-d> [rec. 26/03/2018])

(11) §§ 47 y 48. El Consenso de Monterrey fue aprobado por la Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo, Monterrey, México, 2002, A/CONF.198/3. En 2008 la Conferencia internacional de seguimiento sobre la financiación para el desarrollo encargada de examinar la aplicación del Consenso de Monterrey, produjo la Declaración de Doha, que reafirmó plenamente dicho Consenso, y advirtió: “[s]e han logrado avances en algunas esferas pero la desigualdad ha aumentado” (A/CONF.212/L.1/Rev.1, anexo, § 2/3; sobre deuda externa: §§ 56/77). En cuanto al seguimiento de los citados Consenso y Declaración: A/64/322, 2009, y A/65/293, 2010.

(12) “Los acreedores y los deudores comparten la responsabilidad de evitar y resolver las situaciones de deuda insostenible” (§ 23, c.cita del § 47, Consenso de Monterrey). Y agregan: la responsabilidad mutua de los acreedores y los deudores por sus decisiones “es un requisito importante para el establecimiento de un sistema financiero mundial equitativo” (§ 24).

(13) Los citados *Principios Básicos* fueron adoptados por la Asamblea General, ONU, resolución 63/319, 10/09/2015.

(14) ELLMERS, Bodo, “The evolving nature of developing country debt and solutions for change”, European Network on Debt and Development (Eurodad), 2016, p. 20.

(15) Informe del experto independiente [...] Cephas Lumina, A/HRC/11/10, 2009, § 24.

(16) A/HRC/37/54, 2017. En este documento aborda la formulación de unos principios rectores para evaluar el impacto de las políticas de reforma económica en los derechos humanos.

(17) “Asociación de Trabajadores del Estado s/ acción de inconstitucionalidad”, 18/06/2013, Fallos 3361:672, § 7 y su cita.

(18) V.gr. “Uriarte, Rodolfo M. y otro c. Consejo de la Magistratura de la Nación”, 04/11/2015, Fallos 338:1216, §§ 16, 17 y 22.

(19) Todo ello, por lo pronto, en oposición con buena parte de los diecisiete objetivos de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, adoptada por Asamblea General, ONU, resolución 70/1, 25/09/2015.

(20) Consecuencias de la deuda externa y las obligaciones financieras internacionales conexas de los Estados para el pleno goce de todos los derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales, resolución 23/11, 13/06/2013, § 23.

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

(22) GIALDINO, Rolando E., “La superación de la crisis requiere la desregulación del trabajo’: una falacia empírica y violatoria del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, a ser publicado en *La causa laboral*, 2018, nro. 70.

(23) *Observaciones finales: Argentina*, 1999, E/C.12/1/Add.38, §§ 10 y 12/16. Este antecedente, aunque a otros efectos (seguridad y salud en el trabajo), ha sido reiteradamente citado por la Corte Suprema, desde el caso *Aquino*, de 2004 (Fallos 327:3677, § 8).

le indicó evitar cualquier *retroceso* en el ámbito del empleo, incluyendo la protección de los derechos laborales de los trabajadores. Observó, además: que “el 21,8% de la población vive aún por debajo del umbral de la pobreza y que en el contexto de la crisis económica y financiera, se ha incrementado considerablemente el índice de personas en riesgo de pobreza (arts. 9º y 11)” (24). Más aún; durante el actual proceso de examen del sexto informe periódico de España, los miembros del Comité DESC mostraron un interés considerable en las medidas de austeridad que aquélla había adoptado para hacer frente a las crisis económicas y financieras, preguntando en qué medida el PIDESC y la carta del Comité de mayo de 2012 (*supra* introducción) estaban siendo considerados, particularmente en términos de la proporcionalidad, el carácter temporal y el levantamiento de las medidas de austeridad (25).

A su turno, los profundos aprietos económicos y financieros que sufría Grecia, tampoco impidieron que el Comité DESC, en 2015, recordara a aquélla “su obligación, prevista en el Pacto, de respetar, proteger y hacer efectivos los [DESC] de manera progresiva, utilizando al máximo los recursos de que disponga”, y le recomendara, *inter alia*, (i) corregir la reestructuración del sistema de seguridad social, que se llevó a cabo a raíz de la adopción de medidas de austeridad y provocó recortes drásticos en los beneficios de la seguridad social y restricciones en las prestaciones y las condiciones, máxime cuando la cobertura y las prestaciones actuales no resultan suficientes para garantizar unas condiciones de vida decentes para los beneficiarios y sus familias ni respetan el art. 9º, PIDESC, y (ii) tomar “las medidas necesarias para que todos los trabajadores perciban un salario mínimo que les permita gozar de unas condiciones de vida decentes para ellos y sus familias, y que este salario se revise y ajuste periódicamente” (26). En análogo sentido, respecto de crisis económicas, medidas de austeridad y reducción de DESC, pueden agregarse otros numerosos testimonios críticos análogos del Comité DESC en el visitado terreno de las observaciones finales a los informes de los Estados parte (27).

E. La investigación sobre la experiencia europea no es más alentadora, pero sí elocuente: a pesar de algunos indicios de recuperación económica, los resultados globales de las políticas de crisis han sido decepcionantes: cinco años después del estallido de la crisis, Europa no ha logrado volver a un sólido camino de crecimiento. El problema de la pobreza puede empeorar en el futuro así como la alta tasa de desempleo, especialmente entre los trabajado-

res jóvenes; asimismo, el aumento de formas atípicas de empleo y los cambios en los sistemas de pensiones alimentarán la pobreza en la tercera edad en una escala sin precedentes. Sin embargo, las élites políticas de Bruselas y Frankfurt no se han sentido impresionadas por el pobre resultado de sus terapias y, en todo caso, piden más que menos *neoliberalismo*. En resumen, la convergencia inducida por la crisis puede no poner fin a la diversidad institucional en Europa —no menos importante debido a la continua resistencia a la reestructuración neoliberal— pero, ciertamente, hace que las variedades europeas de capitalismo se vean más como variedades de neoliberalismo (28). La reacción de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa se ha hecho escuchar ante un liberalismo económico que consideró “desenfrenado”, recomendando a los Estados realizar una reorientación de los programas de austeridad actuales, para poner fin a la tónica casi exclusiva puesta sobre la reducción del gasto en materia social, como las jubilaciones, los servicios sociales o las prestaciones familiares (29).

F. Para colmo de males, el mencionado “mayor peligro” (A) suele estar acompañado de un fuerte efecto *discriminador*: a. las supresiones de puestos de trabajo, la congelación de los salarios mínimos y los recortes de prestaciones de asistencia social *afectan de manera desproporcionada* a las *familias de bajos ingresos*, especialmente aquellas con hijos, y los trabajadores menos cualificados (discriminación por motivos de origen social o posición económica, PIDESC, art. 2º.2; § 2); b. la reducción de las prestaciones de los servicios públicos y el establecimiento o incremento de las cuotas o tarifas que pagan los usuarios en esferas tales como el cuidado de niños, la educación preescolar, los servicios públicos o los servicios de apoyo a la familia *afectan desproporcionadamente* a las *mujeres*, por lo que pueden constituir un retroceso en términos de igualdad de género (idem, arts. 3º y 10; § 2). El objetivo, por lo contrario, es “evitar que las mujeres sigan empobreciéndose” (*Ppios. Rectores*, § 14).

G. Efectos todos discriminadores, por cierto, pero no menos violatorios del *principio de justicia social*, agregaríamos (30). Mayormente cuando, por un lado, si algo suponen las políticas de ajuste, es que los esfuerzos por proteger los DESC más fundamentales adquieran “una urgencia mayor, no menor”, según lo enseñan el Comité DESC, la Corte Suprema y el *Informe* (§ 14) (31). Y, por el otro, numerosos órganos de la ONU y organismos de derechos humanos han llegado a la conclusión de que las crisis financieras amenazan el gasto público en un amplio abanico de servi-

cios de bienestar social precisamente *donde y cuando más se los necesita*. Las medidas de austeridad han contribuido a *prolongar* la crisis económica y han supuesto una *amenaza* para los derechos humanos *mayor* que la que planteaba la propia crisis (*Informe*, § 23 y sus citas), sobre todo cuando acostumbran basarse en un “diagnóstico excesivamente simplificado o engañoso, en particular uno que echa la culpa de la crisis económica a un gasto público excesivo” (idem, § 7).

H. Sin embargo, observa el *Informe*, siete de las medidas más comunes en este ámbito son: a. los recortes del gasto público que afectan a esferas con repercusiones en los derechos humanos, como la sanidad pública, la seguridad social y la educación; b. las reformas fiscales regresivas; c. los recortes y topes de la masa salarial y la reducción de puestos en el sector público; d. la reforma de las jubilaciones y pensiones; e. la racionalización y otras medidas que afectan a las redes de protección social; f. la privatización de los servicios y proveedores públicos y la introducción de tarifas para los usuarios, y g. la reducción de las subvenciones para alimentos, energía y demás que influyen en el precio de bienes y servicios esenciales como los alimentos, la calefacción y la vivienda (§ 20). Esto ocurre, precisamente, cuando el objetivo de las reformas debería consistir en reforzar los sistemas de protección social, introducir ajustes en ellos y corregir sus carencias, mas no en desmantelar ni socavar dichos sistemas (*Informe*, § 74).

Y una mayor desigualdad, por lo pronto, dificulta el desarrollo, cuando no, causa, lisa y llanamente, *subdesarrollo* (32). A cualquier evento, queden asentadas tres circunstancias: a. “el objetivo constitucional reside en el ‘desarrollo humano’; y, si de progreso económico se tratara, su tutor es la ‘justicia social’ ([CN] art. 75.19)” (33), cuando más que el respeto de los derechos humanos y el crecimiento económico socialmente inclusivo no están necesariamente reñidos, como sostiene la opinión popular, sino que pueden reforzarse mutuamente (*Informe*, § 33); b. el respeto y la protección de los derechos humanos es menos una consecuencia del desarrollo que su *prerrequisito* (34), y c. la justificación de las medidas de austeridad a corto plazo atendiendo a los resultados positivos que darán a largo plazo carece de pruebas empíricas que la respalden, perjudicando a las personas de manera irreversible (idem, § 24). Las tres censuras echan luz sobre un repetido embeleco: el llamado *efecto derrame*.

Con acierto, entonces, se expresa A. Eide: las consecuencias de la pobreza hacen raíz

en una sociedad y pueden desquiciarla, pues cuando la pobreza se vuelve un rasgo permanente, genera sus propios patrones culturales, tanto en los que la sufren como en los que escapan a sus garras. En tales situaciones, los grupos privilegiados caen en una generalizada indiferencia hacia la pobreza de los otros. Y es precisamente la ideología neoliberal la que proporciona a los primeros una serie de supuestos para justificar la prioridad de los principios del mercado por sobre los derechos humanos, favoreciendo, en particular, un mercado de operaciones irrestricto por sobre los DESC. Esta ideología incluye una vaga e inverificable suposición de que, en definitiva y después de un tiempo, también se producirán beneficios para los pobres actuales. Mas ningún fundamento empírico sustenta esa suposición (35).

I. Asimismo, cuando un país depende en gran medida de la exportación de productos básicos primarios, la liberalización progresiva del comercio exige que se reduzcan o eliminen los aranceles a la exportación, con lo cual puede surgir la necesidad de cubrir el déficit fiscal resultante con un aumento de los préstamos, incrementando la carga de la deuda de ese país. Dicha liberalización, además de no generar el crecimiento económico y el desarrollo previstos en muchos países pobres fuertemente endeudados, ha repercutido negativamente en la realización de los derechos humanos, en particular los DESC y el derecho al desarrollo (36).

III. Prestamistas y prestatarios

Los *Ppios. Rectores* quizás resuman, en su § 6, el esquema general de obligaciones: “... todos los Estados, tanto si actúan individual como colectivamente (así como cuando lo hacen por conducto de organizaciones internacionales y regionales de las que son miembros), tienen la obligación de respetar, proteger y realizar los derechos humanos. Los Estados deben asegurarse de que ninguna de sus actividades relacionadas con las decisiones acerca de la concesión y solicitud de préstamos, las de las instituciones internacionales o nacionales, públicas o privadas a las que pertenezcan o en las que tengan intereses, la negociación y aplicación de acuerdos sobre préstamos y otros instrumentos de deuda, la utilización de los fondos, los pagos de deuda, la renegociación y reestructuración de la deuda externa y, en su caso, el alivio de la deuda, irá en detrimento de esas obligaciones”.

Este enunciado adelanta el examen a seguir: por un lado, Estados prestatarios [1]; por el otro, prestamistas [2].

{ NOTAS }

(24) *Observaciones finales: España*, E/C.12/ESP/CO/5, §§ 8, 12 y 16. “Las últimas reformas neo-liberales en España [2012] han facilitado el aumento de la jerarquía de las formas de gobierno dentro de las empresas y un claro triunfo de la facultad unilateral de modificar las condiciones de trabajo, pero no han logrado resolver el persistente alto desempleo en el país” (Chacartegui, Chelo, “Austerity measures and the regression of social rights: the recessionary effect in the right to dignity”, Universidad Pompeu Fabra, p. 8, citas omitidas, https://www.upf.edu/documents/3298481/3410076/2013-LLRNConf_Chacartegui.pdf/427cbe0a-196c-46e7-bf39-466fb09b3a9e, rec. 02/04/2018).

(25) Committee on Economic, Social and Cultural Rights considers the report of Spain, Ginebra, 22/03/2018, <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=22888&LangID=E> (rec. 06/04/2018).

(26) *Observaciones finales: Grecia*, 2015, E/C.12/GRC/CO/2, §§ 8, 20 y 23/24. *Vid.* Gialdino, Rolando E., “El salario mínimo como garantía del derecho humano a vivir en dignidad”, en LA LEY, 2016-A, p. 2877.

(27) V.gr. *Observaciones finales: Italia*, 2015, E/C.12/ITA/CO/5, §§ 8/9; *Sudán*, 2015, E/C.12/SDN/CO/2, § 17; *Irlanda*, 2015, E/C.12/IRL/CO/3, § 11. Preocupan al Comité DESC, con cita del art. 9º, PIDESC: a. “los recortes

introducidos por el Estado parte en las prestaciones de la seguridad social en el marco de su programa de medidas de austeridad, a pesar de la afirmación del Estado de que algunos de esos recortes son de carácter temporal y serán retirados”; b. “que la suspensión de ciertas prestaciones sociales sea el resultado de un enfoque de la protección basado en la satisfacción de las necesidades materiales, caracterizado por estrictos criterios de admisibilidad, un bajísimo nivel de ingresos como condición de acceso a las prestaciones y la insuficiente cuantía de estas, en contravención del art. 9º del Pacto”; c. “que los recortes, por ejemplo los que se aplican a las prestaciones no contributivas destinadas a familias de muy bajos ingresos con hijos, tengan incidencias muy negativas en las condiciones de vida”, y d. “que la idoneidad de las medidas se haya evaluado recurriendo principalmente a datos estadísticos sin desglosar, los que no proporcionan indicaciones claras sobre los efectos de los recortes en los grupos vulnerables” (*Observaciones finales: República Checa*, 2014, E/C.12/CZE/CO/2, § 14).

(28) HERMANN, Christoph, “Structural Adjustment and Neoliberal Convergence in Labour Markets and Welfare: The Impact of the Crisis and Austerity Measures on European Economic and Social Models”, en *Competition and Change*, 2014, vol. 18, nro. 2, ps. 126/127. *Vid. Informe*, § 53.

(29) Resolución 1884 (2012), *Mesures d’austérité. Un danger pour la démocratie et les droits sociaux*, 26/06/2012. Con invocación de este instrumento, la citada Asamblea Parlamentaria dictó la resolución 1946 (2013), *L’égalité de l’accès aux soins de santé*, 26/06/2013. Asimismo, resoluciones: 2033 (2015), *Protection du droit de négociation collective, y compris le droit de grève*, 28/01/2015; y 2068 (2015), *Vers un nouveau modèle social européen*, 25/06/2015.

(30) *Vid.* GIALDINO, Rolando E., “Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Principios, Fuentes, Interpretación y Obligaciones”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, p. 85 y ss., c. cita, *inter alia*, del Comité DESC y de jurisprudencia de la Corte Suprema. Los Estados deberían analizar las políticas y los programas, incluidos los relacionados con la deuda externa, la estabilidad macroeconómica, la reforma estructural y las inversiones, en lo que respecta a sus efectos en la pobreza y la desigualdad, el desarrollo social y el goce de los derechos humanos, así como sus consecuencias en materia de género, y ajustarlos, según proceda, a fin de promover una distribución más equitativa y no discriminatoria de los beneficios del crecimiento y los servicios (*Ppios. Rectores*, § 12).

(31) Comité DESC, Observación general 2. Medidas internacionales de asistencia técnica (art. 22 del Pacto),

1990, § 9; CSJN, “Asociación de Trabajadores del Estado...”, cit. n. 17, § 11.

(32) EASTERLY, William, “Inequality does cause underdevelopment: Insights from a new instrument”, en *Journal of Development Economics*, 2007, nro. 84, p. 775. *Vid. Informe*, §§ 33/34.

(33) CS, “Silva, Facundo J. c. Unilever de Argentina SA”, 18/12/2007, Fallos 330:5435, § 8; “Asociación de Trabajadores del Estado...”, cit. n. 17, § 9 y sus citas.

(34) “Torrillo, Atilio A. y otro c. Gulf Oil Argentina SA y otro”, 31/03/2009, Fallos 332:709, § 7.

(35) EIDE, Asbjørn, “Obstacles and Goals to Be Pursued”, en *Economic, Social and Cultural Rights* (EIDE, A.; KRAUSE, C., y ROSAS, A., eds.), Dordrecht/Boston/Londres, M. Nijhoff, 2001, p. 558.

(36) Informe del experto independiente [...], A/65/260, 2010, §§ 23 y 24. Preocupa al Comité DESC “que la recaudación fiscal y el gasto social sean muy bajos para el nivel de desarrollo del Estado parte y que el sistema tributario no tenga ninguna capacidad para reducir el alto índice de desigualdad, debido a que reposa esencialmente en impuestos indirectos y reconoce numerosas exenciones injustificadas” (*Observaciones finales: República Dominicana*, 2016, E/C.12/DOM/CO/4, § 17).

III.1 Estados prestatarios

A. Hemos señalado en el comienzo de la introducción que “...todo Estado parte que aspire a recibir asistencia financiera debe tener presente que toda condición injustificable impuesta en la concesión de un préstamo que obligue al Estado a adoptar *medidas regresivas* en la esfera de los [DESC] constituirá una violación del [PIDESC]” (§ 4, itálicas agregadas; *vid.* asimismo: *infra* 2.3, B, y *Ppios. rectores*, §§ 15/16) **(37)**. Con ello, entre otras consecuencias, el Comité DESC reafirma sus numerosos antecedentes en la materia, al paso que refuerza lo que para la Corte Suprema resulta un principio constitucional “arquitectónico”: *principio de progresividad*, el cual ha aplicado, en más de una oportunidad, fundamentalmente para ejercer el control de constitucionalidad y el de convencionalidad en materia de DESC, con resultados desfavorables para las medidas gubernamentales puestas en cuestión **(38)**. Un caso paradigmático para nuestro asunto, por lo que es de reiterada cita en este estudio, resultó *Asociación de Trabajadores del Estado s/ acción de inconstitucionalidad*, en el que invalidó, *inter alia*, por *regresiva*, una rebaja salarial, dispuesta por las autoridades mediante la invocación de una *emergencia general* **(39)**. Este doble control se explica por cuanto el principio de progresividad no sólo deriva de cuerpos legales de procedencia internacional (PIDESC, art. 2º.1; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 26), sino también de la propia Constitución Nacional **(40)**. Consideremos, además, que sobre las medidas regresivas pesa una “fuerte presunción” de ser contrarias al PIDESC **(41)**.

B. De tal suerte, siguiendo el últimamente citado § 4, *Declaración*, la validez de las medidas regresivas queda condicionada a que su adopción resulte “inevitable”, para lo cual es perentorio que: a. sean “necesarias y proporcionadas”, en el sentido de que “la adopción de cualquier otra política o el hecho de no actuar resultaría más perjudicial para el ejercicio de los [DESC]”; b. se mantengan en vigor “únicamente en la medida de lo necesari-

rio”; c. no causen discriminación; d. mitiguen las desigualdades que pueden agudizarse en tiempos de crisis; e. garanticen que los derechos de los individuos y grupos desfavorecidos y marginados no se vean afectados de forma desproporcionada **(42)**. Se une a todo ello: f. no afectar el contenido “básico mínimo” de los derechos amparados por el PIDESC (§ 4; asimismo: *Ppios. Rectores*, §§ 19, 20 y 51; *Informe*, §§ 28/29). Destaquemos, en orden a esto último, la jurisprudencia de la Corte: “quienes tienen a su cargo la administración de los asuntos del Estado deben cumplir con la Constitución garantizando un contenido mínimo a los derechos fundamentales [...]” **(43)**. Y ello se impone, con mayor razón, en la medida en que dicho contenido, ese “núcleo duro” de todos y cada uno de los DESC, se emplaza, según lo hemos sostenido, en el encumbrado plano del *ius cogens* **(44)**.

Además, la eventual toma de estas medidas requiere estar precedida de un proceso de *evaluación exhaustiva* de sus *impactos* sobre los derechos humanos —aspecto en el cual es minucioso el *Informe* (§ 36 y ss.)— teniendo muy en cuenta las repercusiones *acumulativas*, proceso este en el que los interesados han de *participar de manera auténtica* **(45)**. Acentuamos dos datos: a. quienes asumen una parte desproporcionada de los costos de los ajustes suelen ser los grupos más desfavorecidos cuya voz y poder político son escasos, lo que hace *invisibles* tanto su situación como las consecuencias para sus derechos (*Informe*, § 7), y b. en los casos en que los Estados recurren a una combinación de medidas, lo cual es frecuente, las mencionadas repercusiones acumulativas son las que producen los efectos *más graves* (ídem, § 60).

Y así como la participación no es sólo un paso, sino una *piedra angular*, no destinada precisamente a legitimar proyectos; también resulta claro que la total independencia del equipo que lleve a cabo las *evaluaciones de impacto en los derechos humanos* es fundamental para la objetividad y validez general del mencionado proceso. Luego, si un gobierno decide llevar a cabo dichas evaluaciones respecto

de sus medidas de consolidación fiscal, debe garantizar que la labor del referido equipo esté aislada de las presiones políticas **(46)**.

C. En este orden de ideas, de conformidad con los *Ppios. Rectores*, el Estado prestatario debería: a. dotarse de un amplio marco jurídico e institucional que promueva y garantice la *transparencia* y la *rendición de cuentas* en la concertación y negociación de préstamos así como en los procesos de gestión de la deuda pública (§ 33); b. *fixar límites* para los préstamos internacionales por medio de leyes presupuestarias adecuadas, requiriendo, todo cambio de esos valores máximos, la aprobación del Parlamento o de otro órgano legislativo nacional democráticamente constituido (§ 34); realizar una *evaluación transparente y participativa* de las necesidades, como parte de su estrategia anual sobre la deuda, a fin de determinar si *verdaderamente* necesita obtener nuevos préstamos (§ 35) **(47)**. También le corresponde revisar sus políticas al término de los programas de asistencia financiera para mejorar el nivel de protección de los derechos del PIDESC en consonancia con los progresos logrados en el marco de la recuperación económica posterior a la crisis (*Declaración*, § 6).

Y, por lo demás, el Estado ha de asumir que las *corrientes financieras ilícitas* contribuyen a la acumulación de deuda insostenible al privarlo de ingresos fiscales internos, lo que puede obligarlo a recurrir a empréstitos externos **(48)**. El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en su comunicado de prensa relativo a la “Observación general 24 sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales”, del Comité DESC, expresa que este documento, a la luz de las prácticas reveladas por los *Panama papers* y las *filtraciones* provenientes de las *Bahamas* (*Bahamas Leaks*), subraya que los Estados deben garantizar que las estrategias corporativas no socaven sus esfuerzos para realizar plenamente los derechos establecidos en el PIDESC **(49)**.

D. Los *Ppios. Rectores* son categóricos, además, en cuanto a que la asunción de deuda externa sólo podría ser dispuesta con arreglo a “los requisitos formales y sustantivos establecidos en las leyes y reglamentos nacionales” aplicables (§ 45). Ello se corresponde con sus referencias, en el marco de los procesos nacionales de desarrollo independiente, a los “dirigentes legítimos del pueblo” (§§ 25 y 26) y con el hecho de que para determinar el supuesto carácter “odioso” o “ilegítimo” de ciertas deudas externas, ha de ser tenidos en cuenta, v.gr., la falta de consentimiento por parte de la población del Estado deudor y el conocimiento por el acreedor de esa circunstancia (§ 86; *vid. infra* 2.2, B) **(50)**. Puntualicemos, pues, que en virtud del derecho de los pueblos a la libre determinación, éstos establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural (PIDESC, art. 1º.1); y que el mentado derecho a la libre determinación se inscribe en el *ius cogens* **(51)**.

E. Quede en claro, desde luego, que resultaría inadmisible que el Estado prestatario eludiera sus obligaciones internacionales contraídas en virtud del PIDESC, transfiriendo ciertas competencias relacionadas con la temática de este último a la organización prestamista, de tal modo que ésta llevara a cabo un acto que, de ser realizado por el Estado parte, supondría una violación de dichas obligaciones **(52)**.

III.2. Prestamistas

A. Los prestamistas, conforme lo hemos adelantado en el primer párrafo de la introducción, pueden ser otros Estados o, como ocurre generalmente, organizaciones internacionales o regionales, v.gr., el FMI, el BIRF. A todo evento, y como ya lo enuncian los *Ppios. Rectores*, “...todos los Estados, tanto si actúan individual como colectivamente (así como cuando lo hacen por conducto de organizaciones internacionales y regionales de las que son miembros), tienen la obligación de respetar, proteger y realizar los derechos humanos” (§ 6), y cerciorarse de que el Estado prestatario

{ NOTAS }

(37) Constituye una violación de los DESC, por omisión, el hecho de que un Estado no tenga en cuenta sus obligaciones jurídicas internacionales en la esfera de los DESC cuando concierte acuerdos bilaterales o multilaterales con otros Estados, organizaciones internacionales o empresas multinacionales (Directrices de Maastricht sobre las Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1997, E/C.12/2000/1, § 15.j).

(38) Sobre el principio de progresividad en general, *vid.* GIALDINO, R. E., “Derecho Internacional...”, cit. nro. 30, p. 97 y ss. La jurisprudencia, dado que está conformada por medidas estatales (sentencias), también se encuentra sometida al principio de progresividad (ídem, ps. 111 y 565).

(39) Cit. nro. 17, § 9 y sus numerosas citas.

(40) El principio de progresividad, “que veda al legislador la posibilidad de adoptar medidas injustificadamente regresivas, no sólo es un principio arquitectónico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos sino también una regla que emerge de las disposiciones de nuestro propio texto constitucional en la materia” (CS, “Registro Nacional de Trabajadores Rurales y Empleadores c. Poder Ejecutivo Nacional y otro”, 24/11/20015, Fallos 338:1347, § 6 y sus citas).

(41) CS, “Asociación de Trabajadores del Estado...”, cit. nro. 17, § 9 y sus numerosas citas. En otras ocasiones hemos formulado críticas a los aspectos regresivos de la ley 26.773, de 2012, dictada, entre otros fines, so color de promover el empleo, mediante la desincentivación de otra falsedad: la “industria del juicio” en materia de accidentes y enfermedades laborales: GIALDINO, Rolando E., “Opción excluyente de la ley 26.773 y principios de progresividad y de opción preferencial”, en LA LEY, 2014-A, 702, y en *Derecho del Trabajo*, 2014, nro. 3, p. 729; e “Inconstitucionalidad de reformas a la ley de riesgos del trabajo. Una oportunidad perdida, una esperanza abierta”, en LA LEY, 2015-A, 210.

(42) Los Estados tienen la obligación: a. de evitar las medidas regresivas, es decir, toda acción deliberada que

tenga como efecto la obstaculización de los avances en los DESC y que, por tanto, dificulte la realización continua de esos derechos, y b. de asegurarse de que los derechos y obligaciones originados en la deuda externa, en particular la obligación de devolver la deuda externa, no lleven a la adopción deliberada de medidas regresivas (*Ppios. Rectores*, §§ 19 y 20; asimismo: § 51).

(43) “Unión de Usuarios y Consumidores c. EN-M. O. V. E. Inf.”, 24/06/2014, Fallos 337:790, § 8 y su cita. “Es un principio que todos los individuos tienen derechos fundamentales con un contenido mínimo para que puedan desplegar plenamente su valor eminente como agentes morales autónomos, que constituyen la base de la dignidad humana, y que esta Corte debe tutelar” (“Massa, Juan Agustín c. Poder Ejecutivo”, 27/12/2006, Fallos 329:5913, voto del juez Lorenzetti, § 29). Si bien “es un principio aceptado que los estados nacionales se encuentran obligados a cumplir de buena fe con los compromisos que contraen en materia de deuda pública”, también lo es que, “en situaciones de extrema necesidad o crisis institucionales gravísimas, dichas obligaciones no pueden ser cumplidas hasta el límite de suprimir servicios esenciales que afectarían derechos primarios de sus ciudadanos. Ello también ha sido plasmado en numerosos tratados internacionales, de rango constitucional, que obligan al Estado Nacional a cumplir con un standard [*sic*] mínimo de derechos humanos” (CS, “Galli, Hugo G. y otro c. PEN-ley 25.561-decs. 1570/2001 y 214/2002”, 05/04/2005, Fallos 328:690, votos de los jueces Zaffaroni y Lorenzetti, § 12).

(44) GIALDINO, R. E., “Derecho Internacional...”, cit. n. 30, p. 283.

(45) Comité DESC, *Observaciones finales: Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte*, 2016, E/C.12/GBR/CO/6, §§ 18/19; *Informe*, §§ 30 y 60; asimismo: § 78.i. Una forma más inclusiva de decidir qué formulación presupuestaria es apropiada en el contexto de un país específico, implicaría un proceso social de diálogo y negociación basado en una participación generalizada, en particular, de organi-

zaciones de las personas pobres, de las mujeres y de otros grupos sociales cuyos intereses pueden ser ignorados por enfoques no participativos o tradicionales para la elaboración de políticas macroeconómicas, a menos que estas surjan detrás de puertas cerradas (ELSON, Diane-CAGATAY, Nilufer, “The Social Content of Macroeconomic Policies”, en *World Development*, 2000, vol. 28, nro. 7, 1361). Asimismo: Principios rectores relativos a las evaluaciones de los efectos de los acuerdos de comercio e inversión en los derechos humanos, A/HRC/19/59/Add.5, 2011.

(46) Center for Economic and Social Rights (CESR), *Assessing Austerity. Monitoring the Human Rights Impacts of Fiscal Consolidation*, febrero/2018, ps. 34 y 35.

(47) “Incumbe [a] cada Estado prestatario demostrar que su decisión de solicitar un préstamo ha sido sometida a un detenido examen y es plenamente compatible con los principios fundamentales señalados en la sección II, particularmente la necesidad de asegurar la primacía de los derechos humanos” (*Ppios. Rectores*, § 35). El Consejo de Derechos Humanos “[d]estaca la necesidad de que sean los propios países quienes dirijan los programas de reforma económica adoptados a raíz de la deuda externa, y de que cualesquiera negociaciones y acuerdos de alivio de la deuda y nuevos acuerdos de préstamo se celebren y formulen con conocimiento público y con transparencia, que se establezcan marcos legislativos, arreglos institucionales y mecanismos de consulta para garantizar la participación efectiva de todos los sectores de la sociedad [...]” (resolución cit. nro. 20, § 18).

(48) Estudio final del Experto Independiente [...], A/HRC/31/61, 2017, §§ 2 y 32; “aun en el caso de que los fondos tengan un origen legítimo, su transferencia al extranjero en violación de la normativa tributaria u otras disposiciones de la legislación nacional los convertiría en ilícitos” (ídem, § 7).

(49) “Business and human rights: States’ duties don’t end at the national borders”, Ginebra, 23/06/2017.

(50) *Vid.* además: TAMEN, Anaís, “La doctrine de la dette ‘odieuse’ ou: l’utilisation du droit internatio-

nal dans les rapports de puissance”, 2003, <http://dette-developpement.org/IMG/pdf/ladoctrinede50be.pdf> (rec. 18/11/2016); y Plateforme d’action et d’information sur la dette des pays du Sud, “Dette odieuse. A qui a profité la dette des pays du Sud”, 2007.

(51) GROS ESPIELL, Héctor, “Self-determination and jus cogens”, en *UN Law / Fundamental Rights. Two Topics in International Law* (A. Cassese, ed.), Alphen aan den Rijn, Sijthoff & Noordhoff, 1979, p. 167. “La cooperación internacional en el desarrollo económico de los países en vías de desarrollo, ya sea que consista en inversión de capitales, públicos o privados, intercambio de bienes y servicios, asistencia técnica o intercambio de informaciones científicas, será de tal naturaleza que favorezca los intereses del desarrollo nacional independiente de esos países y se basará en el respeto de su soberanía sobre sus riquezas y recursos naturales [...] La violación de los derechos soberanos de los pueblos y naciones sobre sus riquezas y recursos naturales es contraria al espíritu y a los principios de la Carta de las Naciones Unidas y entorpece el desarrollo de la cooperación internacional y la preservación de la paz [...] Los acuerdos sobre inversiones extranjeras libremente concertados por Estados soberanos o entre ellos deberán cumplirse de buena fe; los Estados y las organizaciones internacionales deberán respetar estricta y escrupulosamente la soberanía de los pueblos y naciones sobre sus riquezas y recursos naturales de conformidad con la Carta y los principios contenidos en la presente resolución” (Asamblea General, ONU, resolución 1803 [XVII], Soberanía permanente sobre los recursos naturales, 14/12/1962, §§ 6/8).

(52) § 5, Con cita de “Artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales” (art. 61), elaborados por la Comisión de Derecho Internacional (ONU). La Asamblea General, ONU, tomó nota de estos Artículos, y los señaló a la atención de los gobiernos y las organizaciones internacionales (resolución 66/100, 09/12/2011). Sobre ello volvió, “una vez más”, en la resolución 69/26, 10/12/2014.

ha tomado una decisión informada de solicitar un préstamo y que será usado para un fin público (§ 38; asimismo: §§ 38 y 40).

B. Es preciso nunca olvidar que gran parte de la deuda externa de la Argentina se contrajo en circunstancias cuestionables, en particular durante el régimen militar de 1976 a 1983, y por lo tanto se puede considerar “execrable”. Durante ese período los bancos, las instituciones financieras internacionales y otros países siguieron prestando a la Argentina, apoyando indirectamente a un Gobierno ilegítimo que reprimía y hacía desaparecer a sus oponentes. Es importante que quienes prestaron a la dictadura militar acepten su parte de responsabilidad y adopten inmediatamente las medidas necesarias para condonar esa cuestionable deuda^[53]. Sin embargo, el rol de las instituciones financieras extranjeras y su posible complicidad corporativa por haber apoyado ese régimen dictatorial, cuyas masivas violaciones de derechos humanos eran ampliamente conocidas, es asunto que todavía permanece en espera^[54].

III.2.1 Organizaciones internacionales prestamistas

A. Estas organizaciones “tienen obligaciones en virtud del Derecho internacional general” (§ 7). Al igual que cualquier otro sujeto de Derecho internacional, insiste la *Declaración*, las instituciones financieras internacionales y demás organizaciones internacionales “debe(n) cumplir todas las obligaciones que le(s) impongan las normas generales de Derecho internacional, su instrumento constitutivo o los acuerdos internacionales en que sea(n) parte(s)” (ídem). Conforme lo indica en la nota al pie, el segmento últimamente entrecomillado responde al § 37 de la Opinión Consultiva pronunciada por la Corte Internacional de Justicia, *Interpretación del Acuerdo de 25/03/1951 entre la OMS y Egipto*. Sólo nos permitimos agregar que, previo a lo transcripto, La Haya advirtió que, tal como lo había subrayado en una de sus primeras opiniones consultivas, nada había en los caracteres de una organización internacional que justifique que sea considerada como una suerte de “super-Estado”^[55].

B. Con esta certera proclama, el Comité DESC sale al cruce, una vez más, de posturas como las adoptadas, en diversas oportunidades, por el FMI y el BIRF, en cuanto interpretan que los convenios constitutivos por los que fueron establecidos no los obligan “a incluir consideraciones de derechos humanos

en sus procesos de toma de decisiones” (§ 8). Sin embargo, responde el Comité DESC, “[a]l cumplir con su deber de respetar los derechos humanos de conformidad con el derecho internacional, las instituciones internacionales no están ejerciendo facultades que no tienen ni están teniendo en cuenta consideraciones que deberían obviar en virtud de sus estatutos; antes bien, es en el ejercicio de las facultades que les han delegado sus Estados miembros que deben abstenerse de adoptar medidas que puedan suponer violaciones de los derechos humanos” (ídem). “Es más —recalca— como organismos especializados de las Naciones Unidas, el FMI y el BIRF tienen la obligación de actuar con arreglo a los principios de la Carta de las Naciones Unidas, que establece la efectividad de los derechos humanos y las libertades fundamentales como uno de los propósitos de la Organización, que deben alcanzarse, en particular, por medio de la cooperación económica y social internacional”^[56]. En breve: dichas instituciones están obligadas “a respetar los derechos humanos, enumerados, en particular, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, que forman parte del Derecho internacional consuetudinario o de los principios generales del Derecho, ambos fuentes del Derecho internacional (§ 7; asimismo: *Ppios. Rectores*, § 9; *Informe*, § 27)^[57].

C. Es conveniente recordar, que en el curso del proceso que concluyó con las señaladas *Observaciones finales: Argentina*, 1999 (*supra* I, C), la propia delegación de nuestro país expresó ante el Comité DESC, que la flexibilidad laboral fue uno de los condicionamientos impuestos al Gobierno por el FMI^[58]. Y si bien éste lo ha confirmado, puso de manifiesto el reiterado compromiso de las autoridades argentinas con la reforma del mercado laboral, tanto en sus declaraciones públicas como en sus cartas de intención^[59].

Los condicionamientos no se producen sólo de manera abierta, como en el supuesto anterior. También lo hacen por medios sutiles, incluido, para el FMI, su labor de supervisión macroeconómica bilateral, en ejercicio del conocido art. IV de su Convenio Constitutivo, que ejerce cierta presión sobre los Estados, puesto que los inversores potenciales o existentes y los prestamistas bilaterales a menudo utilizan esos informes (*Informe*, § 13)^[60].

D. Una reciente *Carta abierta* dirigida por cuatro relatores especiales (ONU) y el presidente, Comité DESC, al FMI, ha recordado a éste sus deberes legales en materia de de-

rechos humanos, señalando, *inter alia*, que sus recomendaciones y políticas han llevado, en ocasiones, lamentablemente, a un *retroceso inadmisibles* de los DESC y al *aumento* de la *pobreza*, la *desigualdad* y la *inestabilidad social*. El enfoque general del FMI a las reformas de la *seguridad social*, observaron, suele poner los objetivos fiscales por encima del objetivo de garantizar el respeto por el derecho a la seguridad social como un derecho humano, tal como se establece en el Derecho internacional de los derechos humanos^[61].

E. Total: conforme lo manifiestan Louis Henkin y Christopher G. Weeramantry, aunque respecto de la Declaración Universal de Derechos Humanos, ésta no se dirige sólo a los gobiernos, sino a todo individuo; no excluye a nadie, a ninguna compañía, a ningún mercado, a ningún ciberespacio. La Declaración Universal se aplica a todos ellos^[62].

Por consiguiente, si el FMI va a seguir desempeñando un papel protagónico en la *gobernanza* económica internacional, debe estar integrada dentro de su mandato la rendición de cuentas en toda la gama de obligaciones en materia de derechos humanos, con primacía sobre cualquier otra consideración de política global^[63].

III.2.2 Estados miembros de organizaciones internacionales

A. Respecto de los Estados parte que toman decisiones en calidad de miembros de instituciones financieras internacionales o de otras organizaciones internacionales, la *Declaración* les recuerda que “no pueden ignorar sus obligaciones de derechos humanos cuando actúan en esa calidad” (§ 9)^[64]. Por esta vía el Comité DESC volverá sobre diversos antecedentes propios, pero, quizás, con mayor énfasis: dichos Estados, en cuanto deleguen facultades al FMI o a otros organismos y permitan que se ejerzan sin asegurarse de que no vulneran los derechos humanos, “estarán infringiendo sus obligaciones” (ídem). Otro tanto ocurriría, “si ejercieran su derecho de voto en esos organismos sin tomar en consideración los derechos humanos” (ídem).

B. El hecho de que obrasen de plena conformidad con las reglas de la organización tampoco los eximiría de su responsabilidad (§ 9). A este fin la *Declaración* cita, de los ya mencionados “Artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales”, el art. 58.2 y su comentario. Añadamos, por tanto, de nuestro lado, que ese precepto, inti-

tulado “...ayuda o asistencia prestada por un Estado en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito por una organización internacional”, expresa en su inc. 2º: “...un hecho de un Estado miembro de una organización internacional realizado de conformidad con las reglas de la organización no genera por sí solo la responsabilidad internacional de ese Estado con arreglo a lo dispuesto en el presente artículo”. Mas, conforme lo advierte su comentario, el hecho de que un Estado no incurra *per se* en responsabilidad internacional en la circunstancia indicada, “no significa que, en tal caso, el Estado sería libre de hacer caso omiso de sus obligaciones internacionales. Estas obligaciones podrían muy bien abarcar el comportamiento de un Estado cuando actúa en el marco de una organización internacional. Si un Estado violara una obligación internacional en esta condición, la responsabilidad internacional del Estado no se derivaría del presente artículo sino de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”^[65].

C. En todo caso, la *Declaración* no dejó de poner de relieve que las mismas obligaciones rigen “para los Estados que no son partes en el Pacto, en virtud del Derecho de los derechos humanos como parte del Derecho internacional general” (§ 9).

D. El que hemos dado en llamar *principio de fraternidad* entre los Estados encuentra, en este terreno, una plena aplicación^[66]. Sobre todo cuando, lejos de ser un espacio técnico donde una burocracia neutral vela por la estabilidad del sistema monetario internacional, “en el FMI realmente existente unos pocos países ejercen una fuerte influencia a favor de sus intereses y los de sus empresas y bancos, en desmedro del internacionalismo cooperativo proclamado. Esta capacidad de afectar las políticas del FMI, el contenido de sus programas y las acciones de los gobiernos que utilizan sus recursos, se expresa en varias instancias, como la formación de la agenda del organismo —de qué se habla y cómo—, la selección de sus autoridades y personal jerárquico, los sesgos de sus enfoques teóricos y aplicados, sus recomendaciones y decisiones, y también en las condiciones de los acuerdos con sus miembros”^[67].

III.2.3 Estados prestamistas

A. No hay dudas, y la *Declaración* lo admite, que es legítimo que los Estados que cooperan a nivel internacional otorgando préstamos “esperen y traten de asegurarse de que los Es-

{ NOTAS }

[53] Informe del Experto Independiente [...] Cephas Lumina. Misión a la Argentina (18 a 29/11/2013), A/HRC/25/50/Add.3, 2014, resumen. La expresión “execrable” del texto en castellano, corresponde a *odious*, en el original, en inglés.

[54] Vid. BOHOSLAVSKY, Juan P.—OPGENHAFFEN, Veerle, “Pasado y presente de la complicidad corporativa: responsabilidad bancaria por financiamiento de la dictadura militar argentina”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 2009, nro. 8, p. 241. Vid. sobre la complicidad referida en el texto, en general: *Report on financial complicity: lending to States engaged in gross human rights violations*, A/HRC/28/59, 2014.

[55] *Interprétation de l'accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Égypte / Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt*, opinión consultiva, 20/12/1980, Recueil / Reports 1980, § 37. La opinión consultiva referida como antecedente es *Reparations for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Reports 1949, p. 179. Vid. Brölmann, Catherine, “Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt, Advisory Opinion, [1980] ICJ Rep. 73”, en *Judicial Decisions on the Law of International Organizations* (C. Ryngaert et al., eds.), Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 253.

[56] § 8, Con cita de la Carta, ONU, arts. 1.3, 55.c, 57 y 63; y de la resolución 124 (II), Asamblea General, ONU, 15/11/1947, por la que se aprueban los acuerdos con el BIRF y el FMI. En sentido análogo: *Ppios. Rectores*, §§ 21/22.

[57] El FMI continúa imponiendo condiciones problemáticas en sus préstamos, especialmente sugiriendo reformas en áreas económicas sensibles. El Banco Mundial continúa tomando decisiones sobre préstamos con base en las evaluaciones hechas por sus países ricos, dominando la agenda económica de los países receptores (STICHELHANS, Tiago, *How international financial institutions and donors influence economic policies in developing countries*, European Network on Debt and Development [Eurodad], 2016, p. 19). En un reciente informe del Banco Mundial se destaca que la mayor parte del asesoramiento prestado a los países pobres durante los últimos decenios —incluido el del Banco Mundial— se ha concentrado en las ventajas de participar en la economía mundial. Sin embargo, los mercados mundiales distan de ser equitativos y las normas que regulan su funcionamiento producen un efecto desproporcionadamente negativo en los países en desarrollo. Esas normas son el resultado de complejos procesos de negociación en los que los países en desarrollo tienen un menor protagonismo (Informe, cit. nro. 15, § 26, nota 9).

[58] “Since labour flexibility was one of the conditionalities imposed on the Government by the International Monetary Fund (IMF), the Committee might wish to inform IMF of its concerns in that regard” (18/11/1999, E/C.12/1999/SR.34/Add.1, § 32).

[59] “The IMF and Argentina, 1991-2001”, Independent Evaluation Office—FMI, Washington, 2004, esp. ps. 31/32; asimismo: ps. 36 y 65/66.

[60] “La reforma de las instituciones del mercado laboral contribuiría a reducir la informalidad, promover la igualdad de género y lograr que los frutos de un crecimiento más vigoroso se distribuyan con más equidad. La flexibilización de la jornada laboral y la adopción de políticas laborales activas pueden contribuir a aumentar las posibilidades de empleo para todos los trabajadores” (FMI, “El personal técnico del FMI concluye la misión del art. IV con Argentina correspondiente a 2017”, comunicado de prensa nro. 17/431, 10/11/2017, <https://www.imf.org/es/News/Articles/2017/11/10/pr17431-imf-staff-completes-2017-article-iv-mission-to-argentina>, rec. 28/03/2018). “Los directores [FMI] indicaron que es esencial reducir el gasto público, sobre todo en los ámbitos en que dicho gasto ha aumentado rápidamente en los últimos años, en particular salarios, pensiones y transferencias sociales. No obstante, hicieron hincapié en la importancia de mitigar el impacto del reequilibrio fiscal en los segmentos más vulnerables de la población” (ídem, “El Directorio Ejecutivo del FMI concluye la Consulta del art. IV con Argentina correspondiente a 2017”, comunicado de prensa, nro. 17/524, 29/12/2017, <http://www.imf.org/es/news/articles/2017/12/29/pr17524-imf-executive-board-concludes-2017-article-iv-consultation-with-argentina>, rec. 28/03/2018). Vid. texto *supra* I, A.

[61] 21/12/2017, http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Development/IEDebt/Open_Letter_IMF_21Dec2017.pdf (rec. 24/03/2018). Vid. la breve y elusiva respuesta, suscripta por Christine LAGARDE:

http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Development/IEDebt/310118_IMF_response_open_letterSocialProtection.pdf (ídem).

[62] “Keynote Addresses”, en *Brooklyn Journal of International Law*, 1999, vol. 25, nro. 1, ps. 24/25.

[63] SAIZ, Ignacio, “Rights in Recession? Challenges for Economic and Social Rights Enforcement in Times of Crisis”, en *Journal of Human Rights Practice*, 2009, vol. I, nro. 2, p. 290.

[64] “Los Estados tienen el deber de cooperar mutuamente para lograr el desarrollo y eliminar los obstáculos al desarrollo [y] deben realizar sus derechos y sus deberes de modo que promuevan un nuevo orden económico internacional basado en la igualdad soberana, la interdependencia, el interés común y la cooperación entre todos los Estados, y que fomenten la observancia y el disfrute de los derechos humanos” (Declaración sobre el derecho al desarrollo, Asamblea General, ONU, resolución 41/128, 04/12/1986).

[65] Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 63º período de sesiones, Responsabilidad de las organizaciones internacionales, A/66/10, cap. V, p. 108, § 5. Vid. *infra* nro. 68.

[66] Vid. GIALDINO, R. E., “Derecho Internacional...”, cit. nro. 30, p. 46.

[67] BRENTA, Noemí, “El rol del FMI en la deuda externa argentina”, <http://www.vocesnenelfenix.com/content/el-rol-del-fmi-en-la-deuda-externa-argentina> (rec. 26/03/2018).

tados prestatarios reembolsen de buena fe los préstamos y reúnan ciertas condiciones que garanticen el reembolso” (§ 10). “Sin embargo —prosigue— todos los Estados, sean o no partes en el Pacto, que coaccionen a otros Estados para que violen sus obligaciones dimanantes del Pacto o de otras normas de derecho internacional son responsables de ese acto en virtud del derecho internacional” (ídem). Invoca la *Declaración* nuevamente, para fundarse, los ya mentados “Artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”, art. 18 (ídem) (68).

B. Asimismo, todos los Estados deben asegurarse, tanto al conceder préstamos bilaterales cuanto en su calidad de miembros de organizaciones internacionales que prestan asistencia financiera, de que no imponen obligaciones a los Estados prestatarios que los induzcan a adoptar *medidas regresivas* en violación de sus obligaciones contraídas en virtud del PIDESC (§ 10).

III.2.4 Empresas privadas

A. Las empresas privadas tienen la obligación de respetar los derechos humanos internacionales, lo cual conlleva el deber de abstenerse de formular, adoptar, financiar y aplicar políticas y programas que directa o indirectamente obstaculicen el disfrute de los derechos humanos. Con este señalamiento, los *Ppios. Rectores* remiten a los “Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para ‘proteger, respetar y remediar’”, los cuales, junto con otros instrumentos análogos, hemos estudiado en un trabajo anterior (69), que revisitamos recientemente (70).

B. Expresa J.P. Bohoslavsky, que las empresas de negocios financieros, incluidos los fondos de cobertura o los llamados “fondos buitres”, se encuentran “obligados a respetar los derechos humanos y deberían ejercer la debida diligencia en materia de derechos humanos para identificar, prevenir, mitigar y dar cuenta de los impactos negativos sobre los

mismos, tal como se indica en los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos (en particular los Principios 11, 12, 13, 15, 17)”. Sin embargo —concluye— no parece que las firmas financieras activas en el mercado secundario de deuda, o los tribunales que han sido llamados a encontrar soluciones justas a los conflictos de deuda, hayan considerado plenamente las implicancias de dichos Principios para sus transacciones o su jurisprudencia (71). Al respecto, el caso “NML Capital, Ltd. v. Republic of Argentina”, fallado en dos instancias por los tribunales de Nueva York (EE.UU.), ha implicado un cambio radical de la tradicional inejecutabilidad de los contratos de deuda soberana en favor del extremo opuesto, mediante una ambiciosa interpretación de la cláusula *pari passu*, originando un “mal derecho” (*bad law*) (72). Acotemos, entonces, que la ley 26.984 (Pago Soberano. Reestructuración de Deuda), de 2014, consideró que las “órdenes judiciales dictadas por la Corte de Distrito Sur de la Ciudad de Nueva York [...] resultaban de imposible cumplimiento, y violatorias tanto de la soberanía e inmunidades de la República Argentina como de los derechos de terceros” (art. 2º). Empero, fue derogada en marzo de 2016 por la ley 27.249, que facultó al Poder Ejecutivo nacional para continuar las negociaciones con dicho fondo y realizar todos aquellos actos necesarios para su conclusión, lo cual, según el investigador Martín Guzmán y el Premio Nobel de Economía Joseph E. Stiglitz, fue una noticia excelente para un grupo pequeño de inversionistas bien conectados y terrible para el resto del mundo, sobre todo para los países que enfrentan sus propias crisis de deuda (73).

C. Ahora bien, los *Ppios. Rectores* también establecen que el deber de asistencia y cooperación internacionales, obliga a los Estados a velar por que las actividades “de sus residentes y empresas, no violen los derechos humanos de las personas de otros países” (§ 22; *vid. Declaración*, § 11). La cuestión remite a la llamada *responsabilidad extraterritorial* de los Estados, que estudiamos en el contexto del Protocolo Facultativo, PIDESC, con base, *inter alia*, en diversos antecedentes del propio

Comité DESC y en los Principios de Maastricht sobre las Obligaciones Extraterritoriales de los Estados (74), temática que hemos retomado en un reciente trabajo, con motivo de la ya mencionada “Observación general 24” del citado Comité (*supra* n. 70).

IV. Efectos más allá de los DESC

Con frecuencia, suele considerarse que las medidas de austeridad sólo afectan los DESC. Aun cuando ello sería *per se* suficientemente grave, es notorio que sus consecuencias también se proyectan sobre los derechos políticos y civiles. Baste recordar, a este fin, el consolidado principio de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos (75). El *Informe* señala al respecto, v.gr., los perjuicios al acceso a la justicia, al derecho a la participación, a la libertad de expresión, de reunión y de asociación; el empeoramiento de las condiciones de detención y encarcelamiento, y el aumento de suicidios (§ 5). En muchos Estados los efectos de las políticas de austeridad generaron protestas y disturbios, a los que, en numerosos casos, los agentes de las fuerzas del orden han respondido haciendo un uso desproporcionado de la fuerza contra los manifestantes, con las consiguientes violaciones de los derechos a la participación, a la libertad de expresión, de reunión y de asociación (ídem, § 40) (76). El Comité DESC lo ha puntualizado respecto de nuestro país (77).

V. Conclusiones

El peso de la deuda externa y los servicios que implica han resultado, para los Estados altamente endeudados, un factor desencadenante de *programas de ajuste estructural* o *programas de austeridad*, que suelen llevarlos al *incumplimiento de las obligaciones internacionales* que han asumido y a la *violación de un amplio abanico de derechos económicos, sociales y culturales* (también civiles y políticos), muchos de los cuales, como el derecho al trabajo, a la salud, a la alimentación y a la vivienda, corren el *mayor peligro*. Todo ello sumado a las secuelas *discriminadoras*.

La declaración “Deuda pública, medidas de austeridad y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, junto con los “Principios rectores sobre la deuda externa y los derechos humanos”, aprobados por el Consejo de Derechos Humanos, constituyen, dentro de un plexo normativo mayor, dos *instrumentos descoltantes* para encarrilar a los actores de los procesos de endeudamiento y prevenir las graves y, en muchos casos, irreversibles consecuencias antedichas.

Ambos instrumentos, a los que se suma el *Informe* del experto independiente, Juan P. Bohoslavsky (2017), se dirigen, de consuno, con fundamento en el Derecho internacional general y el Derecho internacional de los derechos humanos, tanto a los *Estados prestatarios* cuanto a los *prestamistas*, que pueden ser otros Estados o bien organizaciones internacionales o regionales, como el Fondo Monetario Internacional, bancos de desarrollo, como el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, bancos regionales de desarrollo u organizaciones de integración regional, como la Unión Europea. Precisan y aclaran, sobre las bases preceptivas indicadas, las *obligaciones internacionales de unos y otros*, en materia de *respeto, protección y realización* de los derechos humanos. Y reafirman, entre otras circunstancias, por un lado, *el principio de progresividad*, advirtiendo que la validez de las medidas regresivas queda condicionada a que su adopción resulte *inevitable*, para lo cual deben observarse rigurosos requerimientos y, por el otro, la prohibición absoluta de afectar el contenido *básico mínimo* de los derechos.

El objetivo final, en suma, es más que relevante: poner a las personas por encima de los servicios de la deuda y garantizar la primacía de los derechos humanos. ●

Cita on line: AR/DOC/978/2018

{ NOTAS }

(68) El art. 18 cit. expresa: “[e]l Estado que coacciona a otro para que cometa un hecho es internacionalmente responsable por este hecho si: a) El hecho, de no mediar coacción, constituiría un hecho internacionalmente ilícito del Estado coaccionado; y b) El Estado coaccionante actúa conociendo las circunstancias del hecho”. Los mencionados “Artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”, fueron elaborados por la Comisión de Derecho Internacional. De estos, la Asamblea General, ONU, tomó nota, y los señaló a la atención de los gobiernos, sin perjuicio de la cuestión de su futura aprobación o de otro tipo de medida, según corresponda (resolución 56/83, “Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”, 12/12/2001). Asimismo: ídem, resoluciones 59/35 (02/12/2004), 62/61 (06/12/2007), 65/19 (06/12/2010), y 68/104 (16/12/2013); en esta última, reconoce que hay cada vez más decisiones de cortes, tribunales y otros órganos internacionales que refieren a dichos artículos.

(69) GIALDINO, Rolando E., “Estados, empresas y derechos humanos”, en LA LEY, 2012-C, 902. Los *Ppios*

Rectores, según lo indican, “deberían considerarse complemento de otras iniciativas como los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos” (§ 17).

(70) GIALDINO, Rolando E., “Estados, empresas y derechos humanos: una revisita con motivo de la Observación general 24 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, 2018, en prensa.

(71) BOHOSLAVSKY, Juan Pablo, “Endeudamiento soberano y derechos humanos. Desafíos actuales (II)”, *Diario DPI Administrativo*, <http://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2014/12/Administrativo-Doctrina-2014-12-23.pdf> (rec. 21/03/2018). Para el Consejo de Derechos Humanos “las actividades de los fondos oportunistas ponen de relieve algunos de los problemas del sistema financiero mundial y son una muestra del carácter injusto del sistema actual”; por ende, “exhorta a los Estados a adoptar medidas para luchar contra esos fondos oportunistas” (resolución cit. nro. 8, § 13; asimismo: resolución cit. nro. 6, § 6).

(72) SAMPLES, Tim R., “Rogue Trends in Sovereign Debt: Argentina, Vulture Funds, and *Pari Passu* Under

New York Law”, en *Northwestern Journal of International Law & Business*, 2014, vol. 35, nro. 1, p. 49. Aun cuando —añade— determinadas salvedades del fallo de la alzada, Segundo Circuito (Nueva York, 2012), provean fundamentos para una aplicación estrecha de este precedente. La Suprema Corte estadounidense denegó el pedido de revisión planteado por Argentina en torno de la interpretación dada por este fallo a la cláusula *pari passu*.

(73) “How Hedge Funds Held Argentina for Ransom”, *The New York Times*, 01/04/2016, <https://www8.gsb.columbia.edu/faculty/jstiglitz/sites/jstiglitz/files/How%20Hedge%20Funds%20Held%20Argentina%20for%20Ransom%20-%20The%20New%20York%20Times.pdf> (rec. 25/03/2018).

(74) GIALDINO, Rolando E., “Reconocimiento internacional de la justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, en LA LEY, 2016-E, esp. VI.

(75) *Vid.* GIALDINO, R. E., “Derecho Internacional...”, cit. nro. 30, ps. 64 y ss.

(76) *Vid.* GIALDINO, Rolando E.: “Derecho de reunión en el Derecho Internacional de los Derechos Huma-

nos”, en LA LEY, 2016-C, 1149; y “Protesta social y derecho de reunión en clave del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en *La Defensa*, mayo/2017, nro. 7, <http://www.ladefensa.com.ar/La%20Defensa%207/index.php>.

(77) “[...] expresa preocupación por los casos en que los agentes y fuerzas de seguridad, tanto públicos como privados, han recurrido a represalias y a un uso desproporcionado de la fuerza contra personas que participaban en actividades de defensa de los [DESC], particularmente en el contexto de conflictos de tierras”, e “insta al Estado parte a proteger a los activistas sociales y a los defensores de los derechos humanos de toda forma de intimidación, amenaza y, especialmente, uso desproporcionado de la fuerza por agentes y fuerzas de seguridad, tanto públicos como privados. Asimismo pide al Estado parte que vele por que se investiguen sin demora y de manera exhaustiva todas las alegaciones de represalias y malos tratos y por que los responsables comparezcan ante la justicia” (*Observaciones finales: Argentina*, 2011, E/C.12/ARG/CO/3, § 13, el segundo pasaje en negrita en el original).

NOTA A FALLO

Relación laboral

Voluntariado. Organización que depende de una entidad religiosa. Ausencia de valoración de las declaraciones testimoniales. Disidencia. Writ of certiorari.

Véase en página 7, Nota a Fallo

Hechos: *Quien desempeñó tareas como voluntaria en un centro de rehabilitación reclamó las indemnizaciones por despido y por falta de registro del vínculo, al considerar*

que las tareas que realizaba habían excedido lo benévolo o religioso. La Cámara revocó la sentencia de primera instancia y, tras concluir que entre la actora y la entidad demandada había existido un vínculo de naturaleza laboral dependiente, hizo lugar a la demanda. Interpuesto recurso extraordinario, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dejó sin efecto la decisión.

La sentencia que tuvo por acreditada la existencia de relación laboral entre una persona y una entidad dedicada a la rehabilitación de adicciones es arbitraria y

debe ser dejada sin efecto, pues el juzgador prescindió, sin fundamento válido, de las declaraciones testimoniales que daban cuenta del ingreso de la reclamante y su esposo “para recuperarse” de una adicción, que habían decidido integrar el voluntariado social y ayudar en las tareas de necesidad, con participación en la comunidad religiosa, que no se había asignado a ella y su familia una vivienda como parte de una remuneración sino como parte de lo ofrecido para el tratamiento, y que el vehículo que dijo tener a su disposición también lo estaba respecto de todos los integrantes

para las diversas actividades sociales y acción social.

121.053 — CS, 24/04/2018.–Correcher Gil, Dolores c. REMAR Argentina Asoc. Civil s/ despido.

[Cita on line: AR/JUR/8638/2018]

[El fallo *in extenso* puede consultarse en el **Diario LA LEY del 04/05/2018, p. 7, Atención al Cliente**, <http://informacionlegal.com.ar> o en **Proview**]

Voluntariado social gratuito

CONFIRMACIÓN DE LA INAPLICABILIDAD DEL DERECHO DEL TRABAJO

Julián A. De Diego

SUMARIO: I. Introducción.— II. El voluntariado social y el trabajo benévolo o gratuito.— III. Las presunciones de la Ley de Contrato de Trabajo.— IV. El caso “Correcher Gil, Dolores c. REMAR Argentina Asoc. Civil”.— V. Conclusiones.

I. Introducción

La Corte Suprema vuelve a dictar un fallo ejemplar en el caso “Correcher Gil, Dolores c. REMAR Argentina Asoc. Civil”, en el que ratifica la vigencia del voluntariado gratuito, desplazando la vigencia del derecho del trabajo y sus presunciones *iuris tantum*, en la medida en que se haya acreditado en forma cabal la naturaleza de la relación.

La Corte recurre a la doctrina excepcional de arbitrariedad para dejar sin efecto la sentencia de la sala V de la Justicia del Trabajo, que consideró aplicables las normas del derecho laboral por efecto de lo prevenido en las presunciones de existencia del contrato de trabajo (art. 24, LCT) y de la presunción de onerosidad (art. 115, LCT) (1).

En rigor, como de hecho ha reiterado la jurisprudencia laboral, las presunciones de la Ley de Contrato son *iuris tantum*; por ende, admiten prueba en contrario, y en función de la evaluación de dicha prueba es que resulta la evaluación de los hechos y las circunstancias que determinan la naturaleza de la relación (2). A tal fin se deben acreditar los extremos que determinen que la actividad no era rentada y lo era de carácter honorario (3).

En cualquier caso, en el voluntariado, que cuenta con su respectiva normativa, no está excluida la posibilidad de que se entrañe un fraude, y es por ello que resulta esencial analizar en cada caso los hechos que tipifican la relación (4).

El trabajo benévolo preexiste a la relación de trabajo y a la institución del voluntariado, y en ningún caso genera derecho a una retribución ni a la aplicación de la legislación laboral (5).

II. El voluntariado social y el trabajo benévolo o gratuito

La ley 25.855 de Voluntariado Social puntualiza que es intención del legislador promo-

ver el voluntariado social, instrumento de la participación solidaria de los ciudadanos en el seno de la comunidad, en actividades sin fines de lucro, y regular las relaciones entre los voluntarios sociales y las organizaciones donde desarrollan sus actividades. Fue reglamentada por el dec. 750/2010 y otras normas complementarias.

A su vez, se entiende por organizaciones en las que se ejerce el voluntariado social a las personas de existencia ideal, públicas o privadas, sin fines de lucro, cualquiera sea su forma jurídica, que participen de manera directa o indirecta en programas y/o proyectos que persigan finalidades u objetivos propios del bien común y del interés general, con desarrollo en el país o en el extranjero, ya sea que cuenten o no con el apoyo, subvención o auspicio estatal.

Por su parte, son voluntarios sociales las personas físicas que desarrollan, por su libre determinación, de un modo gratuito, altruista y solidario, tareas de interés general en dichas organizaciones, sin recibir por ello remuneración, salario ni contraprestación económica alguna. Se aclara que no estarán comprendidas en la presente ley las actuaciones voluntarias aisladas, esporádicas, ejecutadas por razones familiares, de amistad o buena vecindad y aquellas actividades cuya realización no surja de una libre elección o tenga origen en una obligación legal o deber jurídico.

La prestación de servicios por parte del voluntario no podrá reemplazar al trabajo remunerado y se presume ajena al ámbito de la relación laboral y de la previsión social.

Debe tener carácter gratuito, sin perjuicio del derecho al reembolso previsto en el art. 6º, inc. e), de la ley especial. Se entienden por actividades de bien común y de interés general a las asistenciales de servicios sociales, cívicas, educativas, culturales, científicas, deportivas, sanitarias, de cooperación al desarrollo, de defensa del medioambiente o

cualquier otra de naturaleza semejante. Esta enunciación no tiene carácter taxativo.

III. Las presunciones de la Ley de Contrato de Trabajo

Las presunciones de la Ley de Contrato de Trabajo son claves en los casos impugnados por la Corte Suprema por la doctrina de la arbitrariedad. En efecto, en primer lugar, el art. 23, que establece la presunción de la existencia del contrato de trabajo, establece que el hecho de la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo, salvo que por las circunstancias, las relaciones o causas que lo motiven se demostrase lo contrario. Esa presunción operará igualmente aun cuando se utilicen figuras no laborales para caracterizar al contrato y en tanto que por las circunstancias no sea dado calificar de empresario a quien presta el servicio.

El art. 90 agrega la indeterminación del plazo; en efecto, el contrato de trabajo se entenderá celebrado por tiempo indeterminado, salvo que su término resulte de las siguientes circunstancias: a) que se haya fijado en forma expresa y por escrito el tiempo de su duración, y b) que las modalidades de las tareas o de la actividad, razonablemente apreciadas, así lo justifiquen. La formalización de contratos por plazo determinado en forma sucesiva, que exceda de las exigencias previstas en el apart. b) de este artículo, convierte al contrato en uno por tiempo indeterminado.

Acreditada la existencia del contrato de trabajo y la indeterminación del plazo, la Ley de Contrato de Trabajo establece en el art. 115, bajo el título de “Onerosidad”, la presunción de que el trabajo no se presume gratuito.

A su vez, el art. 114, bajo el título “Determinación de la remuneración por los jueces”, dice que cuando no hubiese sueldo fijado por convenciones colectivas o actos emanados de autoridad competente o convenidos por las partes, su cuantía será fijada por los jueces, ateniéndose a la importancia de los servicios y demás condiciones en que se prestan, el esfuerzo realizado y los resultados obtenidos.

Todas las presunciones precitadas son *iuris tantum* (6), es decir que se presume su verosimilitud, salvo la prueba en contrario que se

puriere producir. Las pruebas deberán ser aportadas y producidas por el empleador para demostrar que la presunción no resulta aplicable por efecto de los hechos que lo acreditan. Para ello, todos los medios de prueba son válidos, los que serán evaluados por el juez en cuanto a que sean indicios, semiplena prueba o plena prueba en la acreditación de los hechos.

IV. El caso “Correcher Gil, Dolores c. REMAR Argentina Asoc. Civil”

La habilitación de la Corte de la instancia excepcional basada en la doctrina de la arbitrariedad se fundamenta en la prescindencia con la que sentenció el tribunal de pruebas fundamentales que determinaron la naturaleza gratuita de la prestación. Dicha prueba en contrario fue ofrecida por la demandada, con la cual desactivó las presunciones *iuris tantum* que operaban en su perjuicio.

En efecto, la reclamante ingresó a la institución junto a su esposo para recuperarse de una adicción, y luego resolvieron integrarse al voluntariado social de REMAR Argentina, para ayudar y colaborar con las tareas de la institución. La reclamante era a su vez diaconisa de la iglesia cristiana Cuerpo de Cristo, y su trabajo era de ayuda, compatible con el tratamiento recibido y para ayudar a otros en circunstancias similares. Todos los que actuaban en la institución lo hacían en forma gratuita como voluntarios y no percibían ninguna retribución.

La Corte destaca que el fallo desconoció la prueba que acreditó que nadie percibe remuneración dentro de la institución, a saber:

1. Que todos trabajaban en forma gratuita y *ad honorem* y no contaban con ningún beneficio de naturaleza patrimonial, ya que la consigna era la recuperación y rehabilitación de personas afectadas por adicciones;
2. La ocupación de una vivienda de la actora con su familia era una de las medidas que se adoptaban para la recuperación de las personas y su rehabilitación de las adicciones por las cuales recurría a la institución, como lo era de práctica para otros casos similares;
3. El vehículo utilizado era de uso corriente por parte de los que trabajaban en REMAR y lo utilizaban los miembros en función de las necesidades de la institución;

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)
(1) CS, 24/04/2018, “Correcher Gil, Dolores c. Remar Argentina Asoc. Civil s/ despido”, LA LEY del 04/05/2018, 7; AR/JUR/8638/2018: “La sentencia que tuvo por acreditada la existencia de relación laboral entre una persona y una entidad dedicada a la rehabilitación de adicciones es arbitraria y debe ser dejada sin efecto, pues el juzgador prescindió, sin fundamento válido, de las declaraciones testimoniales que daban cuenta del ingreso de la reclamante y su esposo ‘para recuperarse’ de una adicción, que habían decidido integrar el voluntariado social y ayudar en las tareas de necesidad, con participación en la comunidad religiosa, que no se había asignado a ella y su familia una vivienda como parte de una remuneración sino como parte de lo ofrecido para el tratamiento, y que el vehículo que dijo tener a su disposición también lo estaba respecto de todos los integrantes para las diversas actividades sociales y acción social”.
(2) CNTrab., sala VIII, 29/08/2003, “Guaraz, Fanny c. ADAND Hogar de Niños y otros”, DT 2004 (abril), 519; AR/JUR/5071/2003: “Es improcedente la invocación de una contratación laboral por parte de quien prestó servicios en un hogar de menores, en tanto los testimonios son contestes acerca del trabajo voluntario que se realiza en la entidad accionada, revelando la pericia contable el carácter asistencial de la institución, la ausencia

de empleados y la conformación de sus ingresos a través de donaciones y subsidios, por lo que las tareas prestadas por la actora no lo fueron en el marco de una organización empresarial con las notas de subordinación jurídica, técnica y económica propias de la contratación laboral, sino en lugar dedicado al cuidado y protección de menores desamparados, sin *animus obligandi* alguno entre las partes, al ser la caridad, la solidaridad y la asistencialidad las razones que motivan tales servicios”.
(3) CNTrab., sala X, 12/08/2011, “D. O. L. c. Embajada de México”, DJ 2012-02, 29, con nota de GABET, Alejandro - GABET, Emiliano A.; AR/JUR/48443/2011: “La demanda entablada contra una embajada a los fines de obtener las indemnizaciones derivadas de la ruptura de la relación laboral es improcedente, en tanto se encuentra acreditado el carácter honorario de la tarea realizada por el actor, esto es la inexistencia de contraprestación dineraria con motivo de la prestación de servicios, máxime teniendo en cuenta un indicio corroborante del carácter autónomo de la prestación de servicios como es la actuación profesional del actor a favor de distintas entidades como abogado independiente en forma simultánea a su desempeño en la demandada”.
(4) CNTrab., sala VI, 05/11/2004, “Ávila, Graciela S. c. Fundación Margarita Barrientos y otro”, JA 2005-I-121; DT 2005 (mayo), 645, con nota de POSE, Carlos; AR/JUR/5488/2004: “La ley 25.855 (ADLA LXIV-A-108) que regula las prestaciones efectuadas en el ámbito del voluntariado social puede encerrar una nueva forma de fraude laboral, pues la relación de empleo privado también se manifiesta en las entidades sin fines de lucro”.
(5) CTrab. Córdoba, sala IX, 14/11/1995, “González, Ana C. c. Sánchez, Delia M.”, LLC 1996-847; AR/JUR/3329/1995: “Si las tareas que los testigos vieron —en el caso— realizar a la actora, no revelan la existencia de una relación laboral, sino que por el contrario, demuestran que fueron ejecutadas en forma amistosa y benévolamente, en función de una habitación, comida y demás servicios, que tipifican una convivencia o relación de compañía entre ambas partes, no corresponde entender que estos escasos trabajos fueren realizados como objeto de un contrato de trabajo, pues falta a su respecto el *animus obligandi* tanto en quien los realiza como en quien los recibe”.
(6) Se denomina “presunción en derecho” a una ficción jurídica a través de la cual se establece un mecanismo legal automático, que considera que un determinado hecho, o un determinado acontecimiento, se entiende probado simplemente por darse los presupuestos para ello. La presunción de hechos y derechos faculta a los sujetos a cuyo favor se da a prescindir de la “prueba” de aquello que se presume cierto *ope legis*. La necesidad de establecer presunciones va en lógica con la seguridad

jurídica. Normalmente se establece que la persona que alega algo en un juicio debe probarlo, pero también se establecen presunciones específicas que derivan directamente de la ley. Algunas presunciones derivan de derechos fundamentales acogidos dentro de la norma y de la seguridad jurídica, como por ejemplo la presunción de inocencia, que es la base de todo el derecho penal. Otras presunciones derivan de la necesidad que estima el legislador de favorecer a una de las partes en un juicio, dada su particular posición de debilidad. En esos casos, traspasa la carga de la prueba a la otra parte, favoreciendo a la parte *débil* en caso de un posible litigio. Una presunción *iuris tantum* es aquella que se establece por ley y que admite prueba en contra, es decir, permite probar la inexistencia de un hecho o derecho, a diferencia de las presunciones *iuris et de iure*, de pleno y absoluto derecho, presunción que no admite prueba en contra; dicho de otra forma, no es un valor consagrado, absoluto, sino que es un “juicio hipotético”, que puede ser invertido acreditando que un acto es ilegítimo. La mayoría de las presunciones que se encuentran en derecho son *iuris tantum*, como por ejemplo la presunción de legalidad de los actos administrativos, que pueden ser desvirtuados por el interesado demostrando que aquéllos violan el orden jurídico. En algunos ordenamientos se las denomina *presunciones simplemente legales*.

jurídica. Normalmente se establece que la persona que alega algo en un juicio debe probarlo, pero también se establecen presunciones específicas que derivan directamente de la ley. Algunas presunciones derivan de derechos fundamentales acogidos dentro de la norma y de la seguridad jurídica, como por ejemplo la presunción de inocencia, que es la base de todo el derecho penal. Otras presunciones derivan de la necesidad que estima el legislador de favorecer a una de las partes en un juicio, dada su particular posición de debilidad. En esos casos, traspasa la carga de la prueba a la otra parte, favoreciendo a la parte *débil* en caso de un posible litigio. Una presunción *iuris tantum* es aquella que se establece por ley y que admite prueba en contra, es decir, permite probar la inexistencia de un hecho o derecho, a diferencia de las presunciones *iuris et de iure*, de pleno y absoluto derecho, presunción que no admite prueba en contra; dicho de otra forma, no es un valor consagrado, absoluto, sino que es un “juicio hipotético”, que puede ser invertido acreditando que un acto es ilegítimo. La mayoría de las presunciones que se encuentran en derecho son *iuris tantum*, como por ejemplo la presunción de legalidad de los actos administrativos, que pueden ser desvirtuados por el interesado demostrando que aquéllos violan el orden jurídico. En algunos ordenamientos se las denomina *presunciones simplemente legales*.

4. Que el esposo de la reclamante realizaba actividades sociales junto con el resto de los voluntarios, y todos operaban con espíritu de colaboración, sin horario;

5. Que todos partían de la premisa de que debían dar ayuda mutua en la recuperación de las adicciones y, por ende, era un servicio que nadie se planteó como rentado;

6. Que la actora formaba parte de la misma organización, además de integrar su propia congregación religiosa.

Por ende, la sentencia de la justicia laboral devino en una exteriorización dogmática, en el sentido de dar por cierto lo que le pareció al juzgador, y no lo que devenía de la razonable interpretación de las pruebas vertidas dentro de la causa. Todo ello justificó la aplicación de la doctrina excepcional de la Corte Suprema en materia de arbitrariedad.

V. Conclusiones

Las presunciones que presenta la Ley de Contrato de Trabajo frente a una persona hu-

mana que brinda su actividad personal, en favor de la existencia del contrato de trabajo, de su vigencia por tiempo indeterminado y de su onerosidad, admiten la prueba en contrario del eventual empleador, que puede demostrar que aquéllas no se aplican al caso concreto. El carácter de presunciones *iuris tantum* impone el deber de valorar las pruebas dirigido al juzgador, si aquéllas fueron desarticuladas por las distintas pruebas aportadas en el caso concreto.

En el caso bajo análisis la justicia laboral adoptó una postura dogmática al ha-

cer valer las presunciones prescindiendo de las pruebas en contrario que las desarticulaban y, por ende, la Corte Suprema dejó sin efecto el fallo, por haber incurrido en una hipótesis clara de manifiesta arbitrariedad, comprendida dentro de la doctrina de excepción aplicada al efecto por nuestro más alto tribunal desde antaño. ●

Cita on line: AR/DOC/958/2018

JURISPRUDENCIA

Personal militar

Gendarmería Nacional. Desempeño en una misión de paz ante la ONU. Reclamo de viáticos y gastos de traslados e instalación. Ley aplicable. Doctrina de la Corte Suprema. Disidencia.

Hechos: La demanda de un miembro de Gendarmería Nacional a fin de obtener el pago de viáticos y gastos de traslado e instalación generados por su participación en las operaciones de paz de la ONU en Bosnia y Herzegovina fue rechazada en ambas instancias. Interpuesto el recurso extraordinario, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por mayoría, confirmó la sentencia.

- 1.- Quien participó en operaciones de paz de la ONU en el extranjero —Bosnia y Herzegovina— carece de derecho a percibir retribución de viáticos en los términos de la ley 19.101, pues resulta aplicable a su respecto el régimen del decreto PEN 280/95, conforme el cual sólo se le abonaría una retribución a cargo de aquella Organización —gastos de traslado y de una dieta diaria para cubrir los gastos de comida y alojamiento— (de la doctrina de la Corte sentada en “Mara, Hugo J.” —Fallos 334:983; AR/JUR/58231/2011— a la cual remite la Corte por mayoría).
- 2.- La remuneración del personal militar que presta servicios en misiones y comisiones transitorias en el exterior se encuentra establecida en la Reglamentación del Título II, Capítulo IV de la ley 19.101, de la cual surgen dos regulaciones distintas: un régimen general que distingue los haberes entre aquellos que prestan servicios en el exterior en Comisión o Misión Permanente y quienes se desempeñan en el exterior en Comisión o Misión Transitoria y un régimen especial, previsto por el decreto 231/1992 para el personal militar destacado en comisión ante la ONU, que se encuentra establecido en el art. 2430 de la reglamentación; este último régimen no distingue los haberes en función del tiempo de la misión, sino que procura distinguir las misiones ante la ONU del resto de las prestaciones de servicios en el exterior, por lo tanto, esta última norma es la aplicable y no el decreto 280/95 (del voto en disidencia del Dr. Rosatti).
- 3.- La sentencia que rechazó la demanda de un miembro de Gendarmería Nacional a fin de obtener el pago de viáticos y gastos de traslado e instalación generados por su participación en las operaciones de paz de la ONU, debe ser dejada sin efecto, por arbitraria, pues el juzgador no examinó las cuestiones conducentes planteadas por el reclamante a lo largo del pleito (del voto en disidencia del Dr. Rosenkrantz).

121.054 — CS, 03/05/2018.—Gasparutti, Diego c. EN-Mº Defensa- Mº RECI y C-GN s/ Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg.

Buenos Aires, mayo 3 de 2018.

Considerando:

Que las cuestiones planteadas resultan sustancialmente análogas a las debatidas y resueltas por esta Corte en la causa “Mara, Hugo J.” (Fallos 334:983), a cuyas consideraciones y conclusiones, corresponde remitir en razón de brevedad.

Por ello, se declara procedente el recurso extraordinario y se confirma la sentencia. Con costas. Notifíquese y, oportunamente, remítase. — Ricardo L. Lorenzetti. — Elena I. Highton de Nolasco. — Juan C. Maqueda. — Carlos F. Rosenkrantz (en disidencia). — Horacio D. Rosatti (en disidencia).

Disidencia del doctor Rosatti.

Considerando: 1º) Que la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, con remisión a lo resuelto por esta Corte en la causa “Mara, Hugo J.” (Fallos 334:983), confirmó la sentencia de primera instancia y, en consecuencia, rechazó la demanda planteada por el actor —integrante de la Gendarmería Nacional— a fin de obtener el pago de viáticos y gastos de traslado e instalación generados por su participación en las operaciones de paz de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en Bosnia y Herzegovina.

2º) Que contra esa decisión la demandante interpuso recurso extraordinario a fs. 551/558, el que fue concedido a fs. 575/576.

Sostiene, en síntesis, que las constancias probatorias de la causa evidencian la falta de pago de los importes relacionados con las operaciones de mantenimiento de paz en Bosnia y Herzegovina, en las cuales se desempeñó por orden del Poder Ejecutivo Nacional “afrontando todos los gastos necesarios para el traslado, permanencia y subsistencia en el lugar de la misión, durante los 730 días que estuvo cumpliendo su obligación, con su patrimonio” (fs. 554 vta.). Entiende, en ese orden que “el Estado Argentino, en todas sus manifestaciones descentralizadas, y a las cuales se las ofició en sendas oportunidades, no pudo aportar a la causa ninguna constancia de desembolso con relación a lo estipulado en las resoluciones administrativas respecto al pago de viáticos ‘Per Diem’ a cargo de la O.N.U., [ni tampoco] lo que le correspondiere percibir en virtud del inc. 4º del art. 2430, incorporado por el Dto. 231/92 de la Ley del Personal Militar” (fs. 555). Considera, por último, que la decisión provoca una violación a la garantía del debido proceso y al derecho a obtener una decisión fundada, ya que carece de la adecuada fundamentación normativa.

3º) Que el recurso extraordinario interpuesto es formalmente admisible en tanto se ha puesto en tela de juicio la interpretación y constitucionalidad de normas federales —ley 19.101 y decretos 231/1992 y 280/1995—, la decisión del superior tribunal de la causa es contraria al derecho que en ellas funda la recurrente y le ocasiona un gravamen de imposible o insuficiente reparación ulterior (art. 14, inc. 3º, de la ley 48).

4º) Que la Gendarmería Nacional se opuso al pago de los viáticos y gastos de traslado e instalación generados por la participación del señor Gasparutti en los cuerpos de paz de la ONU con base en distintos argumentos, algunos de ellos convalidados en el precedente “Mara, Hugo J.” de este Tribunal. A saber: i) que el ordenamiento jurídico vigente al momento de designarlo, autorizaba al Estado Nacional a encomendar el pago de esos conceptos a la ONU de forma exclusiva; ii) que, en consecuencia, las resoluciones que ordenaron su traslado dispusieron que percibiría como única retribución los viáticos que abonaría la ONU en el lugar de cumplimiento de la misión (art. 3º de la resolución 933/1997 de la Secretaría de Seguridad Interior y arts. 1º y 4º de la disposición 205/00 de la Gendarmería Nacional); y iii) que, en consecuencia, es dicha organización internacional la obligada al pago de los importes reclamados.

5º) Que la remuneración del personal militar que presta servicios en misiones y comisiones transitorias en el exterior se encuentra establecida en la Reglamentación del Título II, Capítulo IV de la ley 19.101. De la letra de esta norma surgen dos regulaciones distintas: a) un régimen general (arts. 2415 a 2429), que distingue los haberes entre aquellos que prestan servicios en el exterior en Comisión o Misión Permanente (arts. 2416 a 2423) y quienes se desempeñan en el exterior en Comisión o Misión Transitoria (art. 2424); estos últimos, a su vez, se subdividen en: i) Comisión o Misión Transitoria por más de ciento ochenta días y hasta un año (art. 2425), y ii) Comisión o Misión Transitoria por menos de ciento ochenta días (art. 2426); b) un régimen especial, previsto a partir de 1992 por el decreto 231/1992 para el personal militar destacado en comisión ante la Organización de las Naciones Unidas (ONU), que se encuentra establecido en el art. 2430 de la reglamentación. La singularidad de este régimen, que como principio no distingue los haberes en función del tiempo de la misión, se advierte en la motivación del decreto 231/1992, por el que se procura distinguir las misiones ante la ONU del resto de las prestaciones de servicios en el exterior.

6º) Que no obstante ello, la Gendarmería Nacional ha citado el decreto 280/1995 al designar al actor, apartándose de esas disposiciones específicas (cfr. fs. 42, la motivación de la resolución 933/1997 que constituye la primera designación al actor, donde dispone que “la Organización de las Naciones Unidas (O.N.U.) se hará cargo de todos los gastos en los términos del art. 21º del Decreto N° 280 del 23 de febrero de 1995”; y fs. 46, disposición 205/00, en donde puede leerse un párrafo similar) y al negar el pago de los importes reclamados (fs. 39/40).

Ahora bien, esta norma, actualmente modificada por el decreto 997/2016, establecía el régimen al que se ajustarían los viajes al exterior de todo el “personal de la Administración Pública Nacional en cumplimiento de misiones o comisiones de carácter oficial, o en uso de becas que no excedan de trescientos sesenta y cinco días otorgadas por organismos nacionales o extranjeros” (art. 1º). En su art. 2º determinaba que los viajes generarían viáticos tota-

les en los términos allí señalados, exceptuando a “las becas y al personal militar destacado en misión o comisión transitoria en los Cuerpos Militares Especiales de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) o Fuerzas de Emergencia de las Naciones Unidas o Grupos de Observadores de las Naciones Unidas”. Asimismo, el decreto en cuestión regulaba distintas formalidades y procedimientos referidos a la liquidación de anticipos, pasajes, rendición de gastos, etc., con remisiones al reglamento de la Ley Orgánica del Servicio Exterior de la Nación (decreto 1973/1986), y el art. 21 disponía que cuando el traslado “de los funcionarios” responda a invitaciones que cubran la totalidad de los gastos las autoridades que autoricen el viaje podrían prescindir de ciertas formalidades previstas en el art. 5º.

7º) Que esta Corte ha señalado que la tarea de interpretación de la ley comprende la armonización de sus preceptos y su conexión con las otras normas que integran el ordenamiento jurídico (Fallos 258:75), evitando darles a las leyes un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras, y adoptando como criterio verdadero el que las concilie y deje todas con valor y efecto (Fallos 1:297; 277:213; 281:170; 296:372; 310:195; 312:1614 y 323:2117). Asimismo, es un principio de recta interpretación que los textos legales no deben ser considerados, a los efectos de establecer su sentido y alcance, aisladamente, sino correlacionándolos con los que disciplinan la misma materia (Fallos 242:247), como un todo coherente y armónico, como partes de una estructura sistemática considerada en su conjunto y teniendo en cuenta la finalidad perseguida por aquellos (Fallos 320:783; 324:4367).

En ese orden, sostuvo esta Corte que la interpretación y aplicación de las leyes requiere no aislar cada artículo solo por su fin inmediato y concreto, sino que deben tenerse en cuenta los fines de los demás y considerárselos como dirigidos a colaborar, en su ordenada estructuración (Fallos 334:1027).

8º) Que a la luz de esos principios surge claro, por un lado, que el ámbito de aplicación del decreto 280/1995 estaba dirigido al personal de la Administración Pública, incluido el personal militar, salvo aquel que se encontrara destacado en misión, o comisión transitoria en los Cuerpos Militares Especiales o Grupos de Observadores de la ONU (art. 2º). Esta excepción para tales sujetos coincidía con la reglamentación de los haberes del personal militar, que contenía una norma especial sobre ese punto (el ya citado art. 2430, incorporado por el decreto 231/1992, norma anterior, más específica y de idéntica jerarquía). Por otro lado, también queda claro que el art. 21 no contiene una dispensa de pago para el Estado Nacional, sino únicamente una excepción al cumplimiento de ciertos recaudos formales para autorizar los traslados de funcionarios al extranjero.

9º) Que, en virtud de lo expuesto, el decreto 280/1995 invocado por la Gendarmería Nacional para negar el pago de los rubros solicitados (cfr. acto de fs. 39/40 y contestación de demanda, a fs. 225) resulta inaplicable a la situación del se-

[Cita on line: AR/JUR/12804/2018]

ñor Gasparutti y, por ende, no permitía a dicha fuerza de seguridad desentenderse de esa obligación y endilgarla exclusivamente a la ONU.

En esos términos, la decisión de la autoridad administrativa de dispensar en un caso singular (por medio de la resolución 933/1997 de la Secretaría de Seguridad Interior y la disposición 205/00 de la Gendarmería Nacional) el cumplimiento del régimen general previsto en los decretos 231/1992 y 280/1995, comporta una violación al principio de juridicidad y, concretamente, a la inderogabilidad singular de dichas reglamentaciones. De cuyo texto, vale aclarar, no surge margen de discrecionalidad alguno para elegir o diseñar el régimen de haberes al cual se habrían de sujetar las misiones transitorias ante la ONU.

A lo expuesto cabe agregar que la ausencia de impugnación a tales designaciones para cumplir misiones en el extranjero no convalida el obrar de la demandada, ya que resulta inoponible la teoría de los actos propios cuando el interesado se vio obligado a someterse al régimen como única vía posible para acceder al ejercicio de su actividad (Fallos 311:1132; 336:131, entre otros).

10) Que la ausencia de fundamentos de la Gendarmería Nacional queda corroborada, en definitiva, con las constancias probatorias de la causa. En efecto la ONU ha informado que “es potestad de los Estados Miembros la selección y designación del personal civil, militar y policial que integra las distintas Misiones de Paz de la ONU como también todo pago por servicios prestados por su personal dentro de dichas Misiones” (fs. 545). Respuesta que coloca, en última instancia, a los miembros, de los cuerpos de paz en una situación de indefensión, incompatible con una adecuada protección de sus remuneraciones y con el innegable valor de tales misiones.

Por ello, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por medio de quien corresponda, dicte nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Con costas por su orden, en atención a las particularidades de la cuestión debatida (art. 68, segundo párrafo, del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Notifíquese y devuélvase. — *Horacio D. Rosatti*.

Disidencia del doctor Rosenkrantz.

Considerando: 1º) La Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó la sentencia de primera instancia que había rechazado la demanda planteada por el actor —integrante de la Gendarmería Nacional— a fin de obtener el pago de viáticos y gastos de traslado e instalación generados por su participación como integrante de la misión de la Gendarmería Nacional en operaciones de la Organización de Naciones Unidas (ONU) en territorio de Bosnia-Herzegovina.

Para así decidir, los tribunales de la causa estimaron que la cuestión planteada era sustancialmente análoga a la resuelta por esta Corte en la causa “Mara, Hugo J.” (Fallos 334:983), precedente en el cual se revocó la condena dispuesta en favor de un integrante de la Gendarmería en concepto de viáticos por su participación también, en una misión de paz de la ONU.

2º) El actor cuestiona la decisión mediante recurso extraordinario de fs. 551/558, que fue concedido a fs. 575/576 sin limitaciones.

En su presentación, el recurrente sostiene que la alzada prescindió de considerar las circunstancias concretas y la prueba rendida en este caso. En particular, alega que se encuentra demostrado que no recibió pago alguno del Estado Nacional o de la ONU por su desempeño en el exterior.

3º) Si bien los agravios expuestos por el recurrente remiten al examen de cuestiones

de hecho y prueba que, en principio, resultan ajenas a la instancia extraordinaria, esta Corte ha establecido que son descalificables por arbitrariedad las sentencias que omiten el examen y resolución sobre alguna cuestión oportunamente propuesta, siempre que así se afecte de manera sustancial el derecho del impugnante y lo silenciado sea conducente para la adecuada solución de la causa (Fallos 312:1150).

4º) A juicio de esta Corte la sentencia apelada incurre en la causal de arbitrariedad mencionada pues no examinó las cuestiones conducentes planteadas por el actor a lo largo del pleito.

En efecto, la Cámara nada dijo sobre las diferencias fácticas y procesales que existen entre los planteos del aquí actor y los que fueron examinados en el precedente “Mara, Hugo J.”, al que había remitido la sentencia de primera instancia. En este caso, el actor no cuestiona los términos de los actos administrativos vinculados con su participación en la misión de paz de la ONU en Bosnia y Herzegovina, que disponían que los viáticos debían ser abonados por ese organismo internacional (resolución 933/1997 de la Secretaría de Seguridad Interior y disposición 205/00 de la Gendarmería Nacional). Tampoco pretende que se encuadre su planteo en una norma reglamentaria diferente a la cual remiten esos actos administrativos (decreto 280/1995). El peticionario en cambio alega que tales gastos nunca fueron pagados y por tal motivo debió solventarlos por sus propios medios. Tal afirmación encuentra sustento en un informe producido por la ONU, según el cual el pago por los servicios prestados durante las misiones de paz corresponde a los estados miembros (ver fs. 454).

Por otro lado, también a diferencia de lo que sucedía en la causa “Mara, Hugo J.”, la disposición 205/00 previó en su parte resolutive que Gendarmería Nacional debía liquidar viáticos por dos días por el tiempo de, traslado, de acuerdo con las pautas del decreto 280/1995 (ver artículo 2º, fs. 156/158). Según el recurrente este ítem tampoco fue abonado, afirmación que respaldó con la prueba producida en la causa (ver lo informado por la fuerza de seguridad a fs. 390/395).

Estas particularidades, destacadas al expresar agravios ante la Cámara por el recurrente (ver fs. 532/536), debieron ser consideradas por el tribunal superior de la causa para determinar si era correcta la aplicación del precedente en cuestión realizada en primera instancia y en su caso expedirse sobre la procedencia de la pretensión dineraria planteada.

5º) En tales condiciones, cabe concluir en que media relación directa e inmediata entre lo resuelto y las garantías constitucionales que se invocan como vulneradas, razón por la cual corresponde descalificar el pronunciamiento impugnado con arreglo a la doctrina de esta Corte sobre arbitrariedad de sentencias.

Por ello, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia con el alcance indicado, con costas (art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Vuelvan los autos al tribunal de origen a efectos de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Notifíquese y, oportunamente, remítase. — *Carlos F. Rosenkrantz*.

Mala praxis médica

Elemento extraño olvidado en el interior del cuerpo. Daño moral. Procedencia. Responsabilidad del Estado por falta de servicio. Responsabilidad de instrumentadores quirúrgicos. Responsabilidad de los galenos.

Hechos: Una mujer reclamó al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y al equipo médico

una indemnización de los daños y perjuicios padecidos a raíz del olvido de una gasa en el interior de su cuerpo durante una operación cesárea. El juez sólo acogió el reclamo en lo referente al daño moral.

- El daño moral debe tenerse por configurado por la sola producción del episodio dañoso, ya que se presume —por la índole del daño sufrido por el abandono de un elemento extraño en el interior del cuerpo— la inevitable lesión de los sentimientos de la demandante; más si están debidamente acreditados los tratamientos médicos y consultas que debió realizar la actora luego de su cesárea, y que culminaron con la intervención quirúrgica extractiva del oblito.
- El Estado, garante de la efectividad del derecho a la salud de la actora, incumplió mandatos convencionales y constitucionales expresos a través de una omisión a deberes de cuidado básicos que se hallan conectados con un resultado externo, por cuanto el daño moral constatado está causalmente conectado con una falta de servicio imputable al Estado, pues un bodoque de gasa dejado dentro del útero de la actora luego de una intervención quirúrgica habla de que el acto médico no siguió el curso normal y habitual sino que generó un daño ajeno a toda cuestión fortuita o azarosa; máxime si se advierte la ausencia de un protocolo específico para proceder al conteo del material de uso en quirófano, la ausencia de material radiopaco, pintado del campo estéril, procedimiento por recuento discrepante, anotación de medidas de búsqueda y reglas claras para la confección del libro de quirófano.

- Las instrumentadoras quirúrgicas intervinientes en la cesárea de la actora son responsables por el daño moral que padeció a raíz del olvido de una gasa en el interior de su cuerpo, ya que no formularon ninguna denuncia a las autoridades sobre lo que, en sus confusas versiones, habría sido un conteo “incorrecto de gasas”, denuncia que de haberse realizado hubiera permitido a las autoridades realizar un seguimiento inmediato de la paciente para establecer la posibilidad de la existencia de un oblito, tratándose de una falta grave.

- Los médicos intervinientes deben responder por haber dejado un oblito en el cuerpo de la actora, dado que si bien el parte operatorio no describe si hubo recuento de gasas, la fuerza de los hechos demuestra que existió un descuido en su retiro que es imputable al cirujano, quien es el encargado de remover los objetos que quedan dentro del cuerpo del paciente, respondiendo además como jefe del equipo por la conducta de sus integrantes, cuyas actividades debe orientar y coordinar.

! CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO
El hecho dañoso: Médicos olvidaron gasa en el interior del cuerpo de la actora luego de una operación cesárea. Referencias de la víctima: Sexo: Femenino. Edad: 33 años. Componentes del daño: Daño moral genérico: \$90.000

121.055 — JContenciosoadministrativo y Trib. Nro. 15, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 27/12/2017.—A. V. C. c. GCBA y Otros s/ responsabilidad médica.

[Cita on line: AR/JUR/105413/2017]
! COSTAS Se imponen un 30% a la parte actora y un 70% a los demandados.

! INTERESES
Se aplica la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a 30 días del Banco de la Nación Argentina y de la tasa pasiva promedio que publica el BCRA.

Excepción de prescripción

Principio *iura novit curia*. Daño moral por aplicación de norma declarada inconstitucional

Hechos: Una persona demandó al Estado Nacional por el daño moral que dijo haber sufrido por la aplicación de una norma declarada judicialmente inconstitucional. En primera instancia se rechazó la pretensión. Apelada la decisión, la Cámara declaró prescripta la acción.

La defensa de prescripción debe ser tratada, pues si bien es cierto que se fundó en términos genéricos sin precisar el plazo y/o la norma jurídica aplicable, también es cierto que la voluntad de hacerla valer aparece de forma clara e inequívoca.

121.056 — CNFed. Contenciosoadministrativo, sala I, 20/02/2018.—Acuña, Rubén Darío c. EN -Mº Defensa- AA (art. 10, ley 25.463) s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: AR/JUR/3202/2018]
! COSTAS Se imponen por su orden.

2ª Instancia. — Buenos Aires, febrero 20 de 2018.

La doctora *do Pico* dijo:

I. El señor Rubén Darío Acuña demandó al Estado Nacional (Ministerio de Defensa de la Nación—Armada Argentina) por los daños y perjuicios que dijo haber sufrido por la aplicación del artículo 10 de la ley 25.453 en sus haberes de pasividad.

Reclamó la suma de \$40.000.- en concepto de daño moral más intereses, actualización y costas.

Relató que en virtud de la acción de amparo que inició ante el Juzgado Federal de Primera Instancia de la Seguridad Social nº 4, se declaró la inconstitucionalidad del artículo 10 de la ley 25.453. En consecuencia, se le reintegraron las sumas ilegítimamente descontadas, pero no se ordenó el resarcimiento por daño moral que la aplicación de esa norma le causó.

Fundó su pretensión en el artículo 1078 del Cód. Civil e hizo hincapié en que “presenta una afección coronaria, de la cual ha sido intervenido en el Hospital Naval militar, por lo que dicho descuento se produce justo en un estado de salud... precario”.

II. La señora jueza de primera instancia rechazó la excepción de prescripción y también la demanda, ambas con costas a sus respectivos vencidos.

Para así decidir, sostuvo que:

(i) La defensa de prescripción no cumple con los requisitos exigidos por el artículo 356, incisos 2º y 3º del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación Ello es así porque el interesado no indicó la norma que consideró aplicable y sólo se limitó “...a mencionar desde cuándo debe iniciarse el plazo de prescripción de modo genérico...”.

(ii) De las constancias de la causa surge que: a) el actor poseía antecedentes de su enferme-

dad que datan del año 1995; b) se hizo lugar a la acción de amparo que entabló, en consecuencia, se declaró la inconstitucionalidad del artículo 10 de la ley 25.453 y se ordenó el reintegro de las sumas descontadas; c) el Ministerio de Defensa informó la cancelación de la deuda.

(iii) La mera invocación del daño moral sufrido no justifica su procedencia porque el reclamante no es dispensado de su prueba (Sala V, en la causa “Arnedo, María N. c. EN–Honorable Senado de la Nación s/ empleo público”, pronunciamiento del 2 de agosto de 2012).

(iv) Cualquier inquietud o perturbación del ánimo, como la simple invocación de molestias, aflicciones, fatigas, etc., no justifica la reparación del daño moral. La privación temporaria de bienes materiales y en particular de sumas de dinero, no llega a traducir el padecimiento anímico y espiritual habitualmente exigido por la jurisprudencia para conferir indemnización por este rubro (Sala II, causa “Casafuz, Hugo O. c. EN–DIE–Dtos. 1104/05 1053/08 s/ personal militar y civil de las FFAA y de Seg.”, pronunciamiento del 19 de abril de 2011).

(v) En suma, “no existen elementos probatorios que den fundamento al resarcimiento que reclama la actora, debido a que no se ha logrado demostrar el perjuicio que los descuentos producidos por la aplicación del artículo nº 10 de la ley 25.453 le ocasionaron, no bastando para ello la afección coronaria invocada...”.

III. Contra ese pronunciamiento, el Estado Nacional (Ministerio de Defensa–Estado Mayor General de la Armada), interpuso recurso de apelación (fs. 213) y expresó agravios (225/226 vta.), que fueron contestados por el actor (fs. 228/229).

En lo sustancial, se agravió del rechazo de la prescripción alegando que la magistrada omitió aplicar el principio *iura novit curia* y, asimismo, se quejó de la imposición de costas porque “fue opuesta como una defensa de fondo”.

IV. Por otro lado, el actor también apeló esa decisión (fs. 215) y expresó agravios (fs. 220/224), que no fueron contestados.

Esbozó las siguientes críticas:

(i) no son aplicables los precedentes señalados por la señora jueza porque son “muy distintos”. En efecto, la causa “Arnedo, María Natalia” se trató de un incumplimiento contractual y en el expediente “Casafuz” no se invocaron complicaciones en el estado de salud del actor;

(ii) el daño moral no requiere prueba específica y surge por el solo hecho de la acción antijurídica;

(iii) en autos se reclama un resarcimiento en concepto de daño moral anudado causalmente a la declaración de inconstitucionalidad de una ley;

(iv) se acreditó el descuento sufrido al actor en virtud de lo dispuesto por la ley 25.453 y que esa quita se produjo durante un precario estado de salud de afección cardíaca.

V. Tal como ha sostenido esta Sala, a quien obtuvo una sentencia favorable en primera instancia no puede exigirse que apele dicha decisión para que la alzada revise determinados fundamentos del fallo, pues habría ausencia de gravamen, desde el punto de vista procesal, que hiciera viable el recurso. Corresponde, entonces, a fin de salvaguardar el derecho de defensa del litigante que se encuentra impedido de efectuar tales cuestionamientos por vía de apelación, que éste plantee, al contestar el memorial de su contraria, los argumentos o defensas desechados en la instancia anterior (doctrina de Fallos 253:463; 258:7; 300:1117; 311:696; 315:2125, entre otros; causa CSJ 221/2014 (50-P)/CS1, “Petroquímica Río Tercero SA (TF 24.663-1) c. DGI”, sentencia del 14 de julio de 2015, entre otras; esta Sala, causa

26.672/2015, “Barcapa SA c. EN-AFIP-DGI s/ amparo ley 16.986”, pronunciamiento del 1º de marzo de 2016).

En el caso, la parte demandada no replicó el memorial de la parte actora, de modo que —lógicamente— no mantuvo su planteo de prescripción en dicha oportunidad.

Empero, no puede soslayarse que la parte demandada apeló la sentencia (fs. 213), que su recurso fue concedido (fs. 216), ni que al fundar sus agravios —del modo previsto en el artículo 259 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación— expresamente criticó la sentencia en cuanto rechazó aquel planteo.

Desde esa perspectiva, aun cuando en términos estrictos era inexigible que dicha parte apelara la sentencia, resulta innegable su interés en mantener ante la alzada el planteo de prescripción.

En palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha existido inequívocamente una manifestación de voluntad expresa en el sentido de mantener ese planteo (doctrina de Fallos 190:466).

De tal modo, declarar inadmisibile el recurso interpuesto por la parte demandada y descartar el examen del planteo de prescripción por no haber sido desarrollado en la contestación de la expresión de agravios presentada por el actor —cuando, como se dijo, su recurso estaba concedido y tuvo la oportunidad de mantener el planteo al fundarlo— comportaría, en el caso, un excesivo rigor formal.

Por tanto, a fin de salvaguardar el derecho constitucional de la defensa en juicio, el examen del referido planteo es admisible, el que deberá realizarse con anterioridad al tratamiento de los agravios relativos al plano sustancial de la pretensión ya que su admisión los tornaría insustanciales.

VI. Aclarado ello, se impone recordar que el Tribunal tiene la facultad de discurrir los conflictos litigiosos y dirimirlos según el derecho vigente, calificando autónomamente la realidad fáctica y subsumiéndola en las normas jurídicas que la rigen, con prescindencia de los fundamentos que enuncian las partes (Fallos 218:67; 261:193; 282:208; 291:356; 300:1034; entre otros) o, aún, ante el silencio de éstas (Fallos 211:55; 316:871).

Criterio que es particularmente aplicable en materia de prescripción pues si bien no se puede declarar de oficio (artículos 3964 del Cód. Civil y 2552 del Cód. Civ. y Com. de la Nación), ante la inequívoca y formal declaración de voluntad realizada por el demandado en el sentido de que se declarara que la acción del actor estaba extinguida por el hecho de la prescripción, le corresponde al juez determinar cuál es la naturaleza de la relación jurídica y cuál el plazo aplicable, independientemente lo que hubieran señalado los litigantes sobre el particular. No se trata de sustituir hechos, ni de apartarse de los términos de la *litis*, sino de decidir cuál es la norma aplicable, facultad irrenunciable a la función jurisdiccional (Fallos 316:871; 338:1045).

VII. De cara a lo expuesto y por aplicación del principio *iura novit curia*, corresponde examinar la excepción opuesta por el demandado. Es que, si bien es cierto que la defensa de prescripción se fundó en términos genéricos sin precisar el plazo y/o la norma jurídica aplicable; también es cierto que la voluntad de hacerla valer aparece de forma clara e inequívoca.

En efecto: (i) al contestar el traslado de demanda expresamente invocó “excepción de prescripción” (v. capítulo VIII, fs. 45 vta.); (ii) la señora magistrada advirtió esa defensa y ordenó correrle traslado a la contraria (fs. 175); (iii) el actor contestó el traslado (fs. 178/179); (iv) en esta instancia y no obstante haber obtenido sentencia favorable en cuanto al fondo, el Estado insistió en que se declare la extin-

ción del derecho del actor por prescripción (fs. 225/226).

VIII. En tales condiciones, toca, pues, precisar la naturaleza de la cuestión debatida en autos porque la prescripción no puede separarse de la pretensión jurídicamente demandada (Fallos 308:1101 y 322:1888). Así las cosas, dado que, de los términos de la demanda, el señor Acuña busca obtener el resarcimiento de los daños derivados de una norma declarada judicialmente inconstitucional, nos hallamos ante un supuesto de responsabilidad extracontractual.

En ese contexto, el término para interponer la demanda, ya sea por actividad lícita o ilícita del Estado, es de dos años, conforme al artículo 4037 del Cód. Civil, aplicable supletoriamente en el campo del derecho administrativo (Fallos 300:143; 304:721; 307:821; 310:626; 311:1478; 314:137, 1862; 320:1352; 334:1622; entre muchos otros).

Por su parte, el punto de arranque para el curso de la prescripción debe ubicarse a partir del momento en que la responsabilidad existe y nace la consiguiente acción para hacerla valer (artículo 3958 del Cód. Civil; Fallos 333:802). Lo que acontece cuando el perjudicado toma conocimiento del hecho ilícito y del daño proveniente de él y ese conocimiento “no requiere noticia subjetiva o rigurosa sino que se satisfice con una razonable posibilidad de información” (Fallos 256:87; 259:261; 265:87; 259:262; 293:347); de lo contrario, este último extremo quedaría inevitablemente sujeto a una determinación *ad hoc* para cada caso particular, que vendría a satisfacer en mayor medida el interés privado del acreedor que el interés público que justifica la existencia del instituto de la prescripción (Fallos 330:5404).

XI. En mérito de las consideraciones precedentemente apuntadas, es preciso examinar las constancias de la causa.

De ellas se desprende que:

(i) el 12 de abril de 2002, el señor Rubén Darío Acuña dedujo acción de amparo contra el Estado Nacional–Poder Ejecutivo, Ministerio de Defensa de la Nación e Instituto de Ayuda Financiera, con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad del artículo 10 de la ley 25.453 en cuanto dispuso la reducción de su haber previsional (fs. 4/12 del Expte. Nº 13.326/02);

(ii) el 23 de octubre de 2002, el Juez Federal de Primera Instancia de la Seguridad Social Nº 4 hizo lugar a la demanda. En consecuencia, declaró la inconstitucionalidad del artículo 10 de la ley 25.453, ordenó que se abone íntegramente el haber al peticionante y que se le reintegren las sumas descontadas (fs. 71/72, Expte. Nº 13.326/02);

(iii) el 16 de diciembre de 2002 el señor Acuña se notificó de la sentencia e interpuso recurso de aclaratoria solicitando que la condena sea abonada en pesos; recurso que fue rechazado por “improcedente”. Contra esa resolución, dedujo recurso de apelación, también denegado por “extemporáneo” (fs. 76/77, 78, 79 y 80, Expte. Nº 13.326/02);

(iv) el 25 de marzo de 2003, “atento a encontrarse firme la sentencia judicial”, el actor solicitó su ejecución (fs. 103, Expte. Nº 13.326/02);

(v) el 26 de marzo de 2003 se inició la ejecución de la sentencia de amparo y el 10 de septiembre de 2004, el Instituto de Ayuda Financiera para el Pago de Retiro y Pensiones informó que se canceló la deuda (fs. 104, 175/176, Expte. 13.326/02);

(vi) finalmente, el 11 de julio de 2008 el señor Acuña inició la presente demanda de daños y perjuicios (v. cargo de fs. 6 vta. de autos).

X. De lo reseñado surge que el plazo de prescripción comenzó a correr luego de que adquirió firmeza la sentencia judicial de fecha 23 de octu-

bre de 2002, que declaró la inconstitucionalidad del artículo 10 de la ley 25.453. Ello aconteció, después de finalizado el término para apelar aquel decisorio, es decir, en el mes de diciembre del 2002 (conf. artículo 15 de la ley 16.896),

Consecuentemente, al momento de interponer la presente demanda —el día 11 de julio de 2008—, el plazo de prescripción bienal se hallaba holgadamente cumplido.

A la misma solución se arriba, si se tomara como punto de partida —en el mejor de los casos para el actor—, la fecha en que el señor Acuña reconoció la firmeza del pronunciamiento judicial y pidió que se ejecutara, es decir, el 25 de marzo de 2003.

XI. De acuerdo con el modo en que se resuelve, es insustancial pronunciarse sobre los agravios del actor.

XII. Por último, en cuanto a las costas, esta Sala sostuvo que, si bien el ordenamiento procesal recibió, como un principio, el criterio objetivo del vencimiento (artículo 68 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación), ese principio no es absoluto ya que admite excepciones. En ese sentido, precisó que las excepciones deben ser interpretadas restrictivamente, a fin de no desnaturalizar la regla general, razón por la cual los jueces deben fundar debidamente los pronunciamientos que impliquen apartarse de tal principio (causas “Euqui SA c. EN Mº de Salud y AS s/ contrato administrativo”, “González, Laura M. c. Instituto de Servicios Sociales Bancarios s/ empleo público” y “Shell Compañía Argentina de Petróleo SA c. EN–SCI Resol. 25/06 s/ proceso de conocimiento”, pronunciamientos del 8 de octubre de 2013, del 11 de febrero de 2014 y del 6 de agosto de 2015, respectivamente).

En tales condiciones, dadas las particularidades de la causa y, en especial, la deficiencia apuntada en cuanto a la fundamentación de la defensa de prescripción opuesta por el Estado Nacional, las costas de ambas instancias se imponen por su orden (artículo 68, segundo párrafo del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

Por las razones expuestas y oído el señor fiscal general, voto por: (i) hacer lugar a los agravios del demandado y, en consecuencia, declarar prescripta la acción del actor; (ii) imponer las costas de ambas instancias por su orden (artículo 68, segundo párrafo, del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

Los doctores *Grecco* y *Facio* adhieren al voto precedente.

En virtud del resultado que informa el acuerdo que antecede, el Tribunal resuelve: (i) hacer lugar a los agravios del demandado y, en consecuencia, declarar prescripta la acción del actor; (ii) imponer las costas de ambas instancias por su orden (artículo 68, segundo párrafo, del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). El Dr. Carlos Manuel Grecco integra la sala en función de lo dispuesto por la acordada nº 16/11 de esta Cámara. Regístrese, notifíquese a las partes y al señor fiscal general en su público despacho. Oportunamente, devuélvase. — *Clara M. do Pico*. — *Carlos M. Grecco*. — *Rodolfo E. Facio*.

Despido indirecto

Intimaciones. Silencio. Presunción.

Hechos: *Contra la sentencia de grado que hizo lugar a la demanda apeló la parte demandada por la condena al pago de las consecuencias jurídico-económicas provenientes del despido indirecto alegado por un trabajador. La Cámara rechazó el remedio intentado.*

Los hechos en los cuales se fundó la intimación del trabajador deben tenerse por

ciertos en los términos del art. 57 de la Ley de Contrato de Trabajo, pues, si bien la empleadora remitió sendas comunicaciones a la accionante, lo cierto es que la intimación que se tiene por cierta fue remitida posteriormente y no contestada.

121.057 — CNTrab., sala V, 26/03/2018.— Núñez, Norma María c. Telecentro S.A. s/ Despido.

[Cita on line: AR/JUR/4287/2018]

!

COSTAS

Se imponen al recurrente vencido.

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

El doctor *Arias Gibert* dijo:

Contra la sentencia de grado que hizo lugar a la demanda apela la parte demandada por la condena al pago de las consecuencias jurídico-económicas provenientes del despido indirecto. En su tesis el apelante sostiene que la sentencia resulta arbitraria por cuanto la actora nunca solicitó el cambio de tareas ni puede la sentencia fundarse en la presunción del artículo 57 RCT que fue desvirtuada por la prueba producida en autos ante la responsabilidad de la parte actora en su falta de recepción.

Sin embargo, la presunción del artículo 57 RCT fue fundada en que las comunicaciones telegráficas remitidas por el accionante fueron recepcionadas por la trabajadora el 02/05/2013 conforme surge del informe contestado por Correo Andreani, mientras que el aviso de primera visita de la misiva enviada por la demandada con fecha 25 de abril fue realizado el día 30/04/2013, día en que la trabajadora se consideró despedida luego de dos intimaciones previas por dación de tareas conforme alta médica (19/4 y 24/4). Este fundamento no es rebatido por el apelante en su escrito recursivo lo que implica la deserción del recurso (116, LO).

Por otro lado, tampoco se hace cargo el apelante de lo expresado en origen sobre la falta de demostración del control previsto por el artículo 210, RCT conforme la prueba informativa contestada por Citimed SA a fs. 233, donde específicamente la empresa para poder evacuar adecuadamente dicho informe requirió de la demandada mayores especificaciones respecto a domicilio donde debía hacerse el control o los datos del médico interviniente.

Solo a mayor abundamiento, cabe destacar que las presunciones legales incorporadas en la ley de fondo —como en el caso la presunción emanada del artículo 57, RCT— o en la ley procesal tornan residual la norma del artículo 377, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, que sólo resulta aplicable en caso de ausencia de prueba o de presunciones emanadas de hechos probados en los términos de la sana crítica (artículo 386, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación) o, justamente, ausencia de presunciones legales.

El derecho laboral es rico en desplazamientos del principio de determinación de la carga probatoria que surge de la norma del artículo 377, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y que tienen preeminencia sobre éste. No solo se trata de la norma del artículo 9º, RCT sino, para citar los de aplicación más común, la presunción de existencia de contrato de trabajo por el hecho de la prestación de servicios (artículo 23, RCT), el de la veracidad de los hechos contenidos en la intimación no contestada (artículo 57, RCT), la presunción simple que emerge de la irregularidad del libro (artículo 53, RCT) o la presunción *juris tantum* que emerge de la norma del artículo 55, RCT ante la falta de presentación del libro a requerimiento judicial o administrativo.

La norma del artículo 57, RCT establece una presunción *juris tantum* de verdad de los dichos del trabajador que son constitutivos del emplazamiento frente al silencio del empleador.

En tanto lo dispuesto precedentemente respecto a la reforma de la sentencia de grado, los restantes argumentos esgrimidos en el memorial recursivo han quedado comprendidos en la misma y, por ende, sin materia para su tratamiento.

Los honorarios regulados en la anterior instancia a los profesionales intervinientes no resultan elevados conforme pautas del artículo 38, LO y a las escalas arancelarias de la actividad pericial, por lo que propicio su confirmación.

Teniendo en cuenta el hecho objetivo de la derrota las costas de alzada deben ser impuestas a la demandada vencida. Los honorarios de alzada establecen en el 30% de lo que les fuera regulado en origen (artículo 30 de la ley de 27.423).

La doctora *Marino* dijo:

Que por análogos fundamentos adhiere al voto del Sr. Juez de Cámara preopinante.

En virtud de lo que surge del acuerdo que antecede, el Tribunal resuelve: 1. Confirmar la sentencia de grado en lo que fue materia de agravios con costas de Alzada a la demandada vencida. 2. Regular los honorarios de los letrados interviniente por su intervención en la alzada en el 30% de lo que les fuera regulado por su actuación en la instancia anterior. Regístrese, notifíquese, cúmplase con el art. 1º de la ley 26.856 Acordadas CSJN 15/13 punto 4) y 24/13 y devuélvase. Con lo que terminó el acto, firmando los señores jueces por ante mí, que doy fe. Conste que la vocalía 2 se encuentra vacante (art. 109, RJN). — *Enrique N. Arias Gibert.* — *Graciela E. Marino.*

Alimentos

Hijo mayor que se capacita. Rechazo del pedido de alimentos. Falta de prueba de la imposibilidad de trabajar. Requisitos de procedencia

1.- El reclamo de alimentos realizado, en los términos del art. 663 del Cód. Civil y Comercial, por las hijas mayores que estudian debe rechazarse, pues no se acreditó motivo alguno por el cual se encuentren impedidas de subvenir a sus necesidades por sus propios medios, dado que no se conoce la carga horaria que soportan, por lo que no es posible concluir —sin más— que la dedicación a los estudios les imposibilita trabajar.

2.- Para que continúe la obligación alimentaria a favor del hijo mayor que estudia, no es suficiente la mera prueba de estar inscripto en la matrícula; sino que el beneficiario debe acreditar que el horario de cursada o el cumplimiento de otras obligaciones curriculares le impiden realizar una actividad rentada para sostenerse en forma independiente, aplicándose el principio de las cargas probatorias dinámicas, vigente en todos los procesos de familia.

121.058 — ST Corrientes, 16/02/2018.—Incidente de cesación de cuota alimentaria en autos: E. DE N., C. E. c. M. A. N. s/ alimentos y *litis expensas*.

[Cita on line: AR/JUR/3217/2018]

!

COSTAS

A las recurrentes

Corrientes, febrero 16 de 2018.

¿Qué pronunciamiento corresponde dictar en autos?

A la cuestión planteada el doctor *Semhan* dijo:

I. A fs. 92/99 vta. la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de esta ciudad desestimó el recurso de apelación deducido por las hijas del incidentista y, en su mérito, confirmó la sentencia de primer grado que dispuso el cese de la cuota alimentaria fijada a favor de ambas.

Para así decidir expuso que los agravios se limitaban a una crítica difusa que no refutaba la insuficiencia probatoria que el *a quo* invocó respecto de los extremos que harían procedente la continuidad de la cuota alimentaria decretada a favor de ambas por capacitación, a saber: continuación regular de los estudios y carga horaria del cursado a fin de establecer la imposibilidad de llevar a cabo alguna actividad complementaria para proveer a sus respectivos sustentos.

II. Disconformes, a fs. 117/120 vta., las justiciables interpusieron el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en examen. Se quejan de que no haya sido valorada la situación económica que se encuentran atravesando, al estar desocupadas en un país en el que se torna sumamente difícil conseguir empleo, a la vez, que califican de diabólica la prueba que se le exige respecto de los horarios académicos, en tanto es sabido que los estudios de nivel superior exigen una dedicación que supera el tiempo de cursado.

III. A f. 147 y vta. fue fijada una audiencia de conciliación a efectos de que concurrieran las partes y específicamente las recurrentes munidas de documentación expedida por las Casas de Estudios en las que se encuentran estudiando cada una que acredite los siguientes extremos: plan de estudios de cada carrera, los certificados analíticos de materias aprobadas y constancias de que se encuentran cursando con sus horarios correspondientes. Conforme surge de fs. 153 el incidentista se hizo presente y no así las incidentadas, razón por la cual se ordenó la reanudación del llamamiento de autos para dictar sentencia.

IV. De acuerdo a lo establecido por nuestro ordenamiento jurídico antes de la sanción del Código Unificado los padres tenían obligación de prestar alimentos a sus hijos, con los alcances del artículo 267 (manutención, educación, esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia y gastos por enfermedad) hasta los 21 años.

Pasada esta edad, la legitimación del hijo para el reclamo alimentario dependía de la satisfacción de las exigencias del artículo 370 que refería al estado de necesidad del solicitante, fundado en la falta de medios e imposibilidad razonable de procurárselos con el trabajo personal. En tales condiciones, no resultaba suficiente con el hecho de que el hijo se encontrara cursando estudios universitarios, en particular si se trataba de carreras cuyas exigencias y carga horaria no les impedían desempeñar tareas rentadas.

Al respecto hemos dicho que no bastaba invocar la solidaridad entre parientes para que nazca el derecho del mayor de 21 años para demandar alimentos al progenitor, pues de lo contrario ese valor —la solidaridad parental— podría convertirse en un disvalor: la prima a la pereza, debilitando la responsabilidad que pesa sobre cada individuo de atender a su subsistencia. Deber, el de procurarse cada uno el sustento personal, que se halla incorporado a nuestra Carta Magna (art. 75, inc. 22), a través de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre la cual, entre otras normas fundamentales, prescribe que “Toda persona tiene el deber de trabajar, dentro de su

capacidad y posibilidades, a fin de obtener los recursos para su subsistencia o en beneficio de la comunidad” (art. 37). Así lo tenemos dicho por Sent. Nº 100 y 107 dictadas el 23/10/2013 y 17/10/2014 en los Exptes. Nº 74.070/12 y 59.599/1.

Profundizando en esa línea se expuso que el primero que debe hacer frente a las cargas de la vida es el propio interesado, atendiendo al propio mantenimiento con sus recursos personales, en especial, con su trabajo, con su esfuerzo, con su fatiga. Sólo cuando el individuo carece de recursos y, por determinadas circunstancias (edad o falta de salud) no puede procurarlos con su trabajo, es que la subsistencia del necesitado debe ser atendida por los familiares más próximos, en cumplimiento de un deber moral de solidaridad familiar.

V. La viabilidad del reclamo de alimentos para que el hijo mayor pueda continuar sus estudios, es una de las importantes modificaciones que incorpora el derecho alimentario del Cód. Civil y Comercial en el art. 663.

Sostiene la doctrina que, dado que se trata de una excepción a la regla fijada por el art. 658, el contenido de la cuota debe limitarse a lo necesario para permitir que el hijo continúe sus estudios o preparación profesional. Esto es, para que proceda, debe acreditarse que el hijo prosigue los estudios o preparación profesional de un arte u oficio, que esa actividad le impide proveerse los medios necesarios para sostenerse independientemente y también, aunque la norma no lo diga expresamente y a fin de evitar el ejercicio abusivo del derecho deberían acreditarse las necesidades que no puede satisfacer y el cumplimiento regular del plan de estudios (Molina de Juan, Mariel F., “Alimentos a los hijos en el Código Civil y Comercial”, Publicado en: Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental 20/05/2015, 20/05/2015, 147—La Ley 20/05/2015, Cita Online: AR/DOC/1303/2015).

Amén de ello y justamente por el carácter restrictivo que se impone, se considera que corresponde al hijo que pretende que la obligación a su favor continúe probar el supuesto de hecho previsto por la norma. En consecuencia, no es suficiente la mera prueba de estar inscripto en la matrícula; sino que debe acreditar que el horario de cursado o el cumplimiento de otras obligaciones curriculares, le impiden realizar una actividad rentada para sostenerse en forma independiente, aplicándose el principio de las cargas probatorias dinámicas, vigente en todos los procesos de familia (art. 710, Cód. Civ. y Com. de la Nación).

Hoy es un hecho indiscutible que quienes no cuentan con una capacitación suficiente tienen mayores dificultades para ingresar al mercado laboral y justamente lo que se pretende a través de esta disposición es fomentar el acceso a niveles superiores de educación, aun cuando éstos no resulten obligatorios. En función de ello, en principio, es el hijo que estudia quien deberá probar que no tan solo se encuentra inscripto en la matrícula, sino, además, que el régimen de esos estudios, el cursado o el cumplimiento de otras obligaciones extracurriculares, le impiden realizar cualquier actividad rentada (Curti, Patricio J., “Alimentos a los hijos”, Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental 20/05/2015, 167 La Ley, 20/05/2015, Cita Online: AR/DOC/1306/2015).

VI. Sobre el caso particular que nos ocupa, conforme la Alzada ha expresado, las reclamantes del caso no han dicho, ni de las constancias del expediente resulta que exista motivo alguno por el cual se encuentren impedidas de subvenir a sus necesidades por sus propios medios. Esto es, si bien ambas han presentado constancias que acreditan estar cursando las carreras de “Técnico Superior en Despacho Aduanero con orientación en comercio internacional” en el Instituto “Juan Manuel de Ro-

sas” S. y G. la de Profesorado en Biología en la Facultad de Ciencias Exactas y Naturales, no se conoce la carga horaria que soportan, razón por la cual no es posible concluir —sin más— que la dedicación a estos estudios les imposibilita trabajar.

A todo evento, resulta infantil el argumento del letrado que invoca la necesidad de disponer de tiempo completo para un estudio de nivel superior cuando es sabido que las particularidades de cada carrera no permiten anticipar ninguna conclusión sin ajustarla al caso concreto.

Tampoco resulta útil el argumento que alude a la situación de desempleo del país, cuando lo central en el caso que nos ocupa es darle vida al espíritu de la norma que pretende impulsar y defender los deseos de superación personal de los jóvenes y para ello requiere del aporte de elementos fácticos que se encuentran fuera del alcance de la jurisdicción y que sólo las partes conocen, al tratarse de su agenda diaria y las necesidades que alcanzan o no a cubrir, a

fin de que la respuesta se ajuste o amolde a las peculiaridades de cada una.

De este modo, los agravios expresados son inaudibles pues no se hacen cargo del fundamento decisivo de la Cámara conforme fue expuesto.

VII. En orden a las consideraciones expuestas y si este voto resultase compartido por la mayoría necesaria de mis pares, corresponderá rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley deducido (fs. 117/120 vta.), con costas a las recurrentes. Regular los honorarios de los letrados J. P. S. y R. A. S. en el 30% de lo que oportunamente se les regule en primera instancia en el presente incidente en el carácter de vencidos.

El doctor *Niz* dijo:

Que adhiere al voto del doctor *Semhan*, por compartir sus fundamentos.

El doctor *Vázquez* dijo:

Que adhiere al voto del doctor *Semhan*, por compartir sus fundamentos.

El doctor *Panseri* dijo:

Que adhiere al voto del doctor *Semhan*, por compartir sus fundamentos.

El doctor *Chain* dijo:

Que adhiere al voto del doctor *Semhan*, por compartir sus fundamentos.

En mérito del precedente Acuerdo el Superior Tribunal de Justicia dicta la siguiente sentencia: 1º) Rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley deducido (fs. 117/120 vta.), con costas a las recurrentes. 2º) Regular los honorarios de los letrados J. P. S. y R. A. S. en el 30% de lo que oportunamente se les regule en primera instancia en el presente incidente en el carácter de vencidos. 3º) Insértese y notifíquese. — *Guillermo Semhan*. — *Fernando Niz*. — *Luis Rey Vázquez*. — *Eduardo Panseri*. — *Alejandro Chain*.

ACTUALIDAD

SEMINARIOS LALEY

Simplificación de procedimientos y trámites

Desburocratización

Directora: María Angélica Gelli

Expositores

Miriam Mabel Ivanega – Osvaldo Marzorati – Alejandro Chamatropulos – Esteban Carcavallo

Temario

- Miriam Ivanega: Desburocratización y Simplificación en Derecho Administrativo
- Osvaldo Marzorati: Desburocratización y Simplificación en Derecho Comercial y Bancario
- Alejandro Chamatropulos: Desburocratización y Simplificación en Derecho del Consumo
- Esteban Carcavallo: Desburocratización y Simplificación en Derecho laboral

Dirigido a: Abogados–Contadores–Empresas privadas y públicas–PyMES–Organismos públicos

Fecha: Miércoles, 23 de mayo de 2018

Horario: 9.30 a 13.30 horas. Reconquista 775, 4 subsuelo–UCEMA

Metodología: Presencial u *online*, con posibilidad de preguntas al expositor.

Informes e inscripción: laley-seminarios@thomsonreuters.com

EDICTOS

El Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil y Comercial Nº 4 del Depto. Judicial de San Isidro, cita y emplaza por diez (10) días a sucesores de MARÍA AMANDA ALBAREDA y a quien se crea con derechos al dominio del inmueble objeto de autos, a fin de que tomen la intervención que corresponda en los autos caratulados: “FUSCO JOSÉ LUIS Y OTRO/A c/ ALBAREDA OSCAR ÁNGEL Y OTROS s/ PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA VICENAL/USUCAPIÓN” Exp. Nº SI-23281-2015, en trámite por ante dicho Juzgado, bajo apercibimiento de nombrar un Defensor de Pobres y Ausentes para que los represente. Datos catastrales: C. IV, S. E., Ch.–Qta 109 Mza 109e P. 7 Calle: San Martín 756. Entre calles: Sarmiento y 25 de Mayo – Dique Luján – Tigre. El presente deberá publicarse por dos días en el diario “LA LEY” de C.A.B.A.

San Isidro, 4 de abril de 2018
Vanessa C. Martínez, sec.
LA LEY: I. 16/05/18 V. 17/05/18

El Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Nro. 1 de Lanús, cita y emplaza por 30 días a los herederos y acreedores de ROSARIO CIMADORO, a que comparezcan a hacer valer sus derechos. – El presente deberá publicarse por 3 días en el diario La Ley de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. –

Lanús, 4 de abril de 2018
Marcelo A. Natiello, sec.
LA LEY: I. 09/05/18 V. 11/05/18

El Juzgado Nacional de Primera Instancia

en lo Civil Nº 72, Secretaría Única de la Capital Federal, sito en la calle Uruguay 714, Piso 6º, Capital Federal, cita en autos caratulados “LOPEZ BRAVO JORGE GUILLERMO Y OTRO c/ MARCOVECCHIO ELVIRA Y OTROS s/ PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA” (Nº 43427/2008) a Marcovecchio y Pannunzio Elvira, Marcovecchio y Pannunzio Betina, Marcovecchio y Pannunzio Ángela, Marcovecchio y Pannunzio Victorio, Marcovecchio y Pannunzio Elena, Marcovecchio y Pannunzio Felix Antonio, Marcovecchio y Lauriente Félix, Zagara Ofelia, Rey Julio, Zagara Carlos titulares del inmueble sito en calle Ceretti 2271 entre Blanco Encalada y Olazábal, Matrícula Nº 16-25213, a fin que se notifiquen del inicio de las presentes actuaciones, bajo apercibimiento de lo dispuesto por el Art. 343, 2º párrafo del CPCC. Los autos que ordenan el presente dicen: “Buenos Aires, Junio 17 de 2008.–Agréguese y tiénese presente.– Por presentados, parte y por constituido el domicilio legal indicado.– De la demanda instaurada, que tramitará según las normas del proceso ordinario, traslado por el plazo de quince días, bajo apercibimiento de lo dispuesto por el art. 59 del Código Procesal. Notifíquese y en su caso en los términos de la ley 22.172. LUIS A. DUPOU. JUEZ”

“Buenos Aires, Junio 18 de 2010.– Habiéndose cumplido con lo dispuesto por el art. 145 del Código Procesal, practíquese por edictos la notificación ordenada a fs. 50

y vta., los cuales se publicarán en el Boletín Oficial y en La Ley, durante el plazo de dos días.– LUIS A. DUPOU. JUEZ.

Buenos Aires, 25 de noviembre de 2015.– Habiéndose dado cumplimiento con lo ordenado a fs. 438, practíquese una nueva notificación por edictos, de inicio de las presentes actuaciones, la que deberá incluir a la totalidad de los titulares registrales mencionados en el informe de dominio agregado precedentemente, los cuales se publicarán en el Boletín Oficial y en La Ley, durante el plazo de dos días.– LUIS A. DUPOU. JUEZ.

“Buenos Aires, 18 de mayo de 2017.– AUTOS Y VISTOS... previo a proveer lo que corresponda respecto de la fijación de audiencia en los términos del art. 360 del CPCC deberá darse cumplimiento con la publicación edictal requerida por el Sr. Defensor Oficial con las especificaciones detalladas a fs. 457 y considerando el auto de identidad de persona de fs. 460. En consecuencia, a los mismos fines y efectos que la ya ordenada en autos, practíquese una nueva publicación de edictos en la forma indicada e incluyendo el apercibimiento establecido en el art. 343, segundo párrafo del mencionado ordenamiento, los cuales se publicarán en el Boletín Oficial y en La Ley, durante el plazo de dos días”. Publíquese por 2 (dos) días en La Ley.

C.A.B.A., 2 de noviembre de 2017
Daniel H. Russo, sec.
LA LEY: I. 08/05/18 V. 09/05/18

THOMSON REUTERS LA LEY LANZA

COLECCIÓN EN DEBATE

DERECHO LABORAL

Julio C. Simón (*Director*)

Esta obra única ofrece las distintas visiones de los más destacados especialistas acerca de los temas conflictivos de la práctica laboral, brindando las respuestas necesarias.

DISPONIBLE:

- eBook
- eBook + 4 tomos
- Encuadernación de lujo

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

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

the answer company™
THOMSON REUTERS®

[f](#) ThomsonReutersLaLey • [@TRLaLey](#) [in](#) [v](#) ThomsonReutersLatam • [8+](#) Google.com/+LaleyArgentina