



Acceda **sin cargo** al portal de noticias jurídicas **TRLaLey**, escaneando el siguiente **código QR**.

**\_COLUMNA DE OPINIÓN**

## La promoción de la acción de remoción de los administradores no constituye un requisito para la intervención judicial de sociedades

Ricardo A. Nissen (\*)

I. Antes que nada, debo aclarar al lector que este artículo no lo escribo tanto como especialista en derecho societario, sino como parte actora en unas actuaciones judiciales que debí promover, en mi carácter de director y presidente del directorio de una sociedad anónima, ante una muy particular situación, que requería soluciones inmediatas. Se trata de los autos “N., R. A. y otro c. Condelmar SA s/ medida precautoria”, que fuera resuelto por la sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, mediante resolución de fecha 20 de septiembre de 2018, y que mereciera algunos comentarios de la doctrina (1) por la novedad del tema considerado —el pedido de intervención judicial a través de una medida autosatisfactiva—, pero no puedo guardar silencio ante las reflexiones de Facundo M. Bilvao Aranda quien, en un artículo titulado “Las medidas autosatisfactivas como remedio genérico para intentar eludir la ley” (2), me imputa haber recurrido a un instituto —la medida autosatisfactiva— como “estrategia” para “intentar defender los intereses de nuestros clientes”, elaborando una “maniobra tan ingeniosa como arriesgada, pues las posibilidades de éxito son ciertamente

CONTINÚA EN PÁGINA 6

# Informe del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

## CRÍTICAS AL ESTADO ARGENTINO

Rolando E. Gialdino (\*)

**SUMARIO:** I. Introducción. — II. Principio de progresividad. — III. Marco institucional de la política social. Defensor del Pueblo. — IV. No discriminación. — V. Igualdad entre hombres y mujeres. — VI. Desempleo. — VII. Libertad sindical. — VIII. Seguridad social. — IX. Cambio climático, obligaciones extraterritoriales, explotación minera, medio ambiente y agricultura. — X. Defensores de derechos humanos y protesta social. — XI. Pueblos indígenas y sus territorios. — XII. Migrantes. — XIII. Vivienda. — XIV. Alimentación. — XV. Salud. — XVI. Derechos sexuales y reproductivos. — XVII. Educación. — XVIII. Derechos culturales. — XIX. Otras recomendaciones.

➔ El Comité, por un lado, actúa, en palabras de la Constitución Nacional (CN, art. 75.22, segundo párrafo), en las condiciones de vigencia del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC o Pacto), de jerarquía constitucional. Y, por el otro, ha sido considerado por la Corte Suprema, como el “intérprete autorizado [del PIDESC] en el plano universal”. Más aún; las observaciones finales del Comité, así como las dictadas por otros órganos análogos, han dado fundamento a diversas sentencias de ese tribunal.

### I. Introducción

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité) examinó el cuarto informe periódico de Argentina (E/C.12/ARG/4) en septiembre de 2018, para, el 12 del mes siguiente, pronunciar sus observaciones finales (1). Se trata, muy probablemente, de uno de los documentos de ese órgano más duros y críticos de nuestro país, respecto de la situación de los *derechos económicos, sociales y culturales* (DESC). Nos proponemos, pues, hacer un breve comentario al respecto, centrándonos en los aspectos más salientes, que no son pocos. De más está señalar que el Comité, por un

lado, actúa, en palabras de la Constitución Nacional (CN, art. 75.22, segundo párrafo), en las *condiciones de vigencia* del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC o Pacto), de jerarquía constitucional (2). Y, por el otro, ha sido considerado por la Corte Suprema como el “intérprete autorizado [del PIDESC] en el plano universal” (3). Más aún: las observaciones finales del Comité, así como las dictadas por otros órganos análogos, han dado fundamento a diversas sentencias de ese tribunal (4).

Ahora bien, ingresando en las *Obs. finales*, bajo los intitulados “Medidas de austeridad” y “Pobreza”, el Comité introdujo los dos ejes en torno de los cuales, a nuestro juicio, giran las primeras. En efecto, tras expresar que es “consciente de la crisis financiera del Estado parte y valora positivamente los esfuerzos realizados para mantener el gasto social” (§ 5), puso de manifiesto dos *preocupaciones* mayores que reflejan un cuadro demostrativo de políticas del Estado argentino, que entrañan un proceso de manifiesta y grave violación del *principio de justicia social*, aunque el Comité no emplee esta expresión (sobre el *principio de progresividad: infra* I) (5). Más aún; da cuenta de una persistente y extendida presencia y vigencia de un neto proceso de *injusticia social* (6).

Comprueba el Comité, primero, “la reducción de los niveles de protección efectiva de los derechos consagrados en el Pacto, en particular para las personas y los grupos desfavorecidos, como consecuencia de la inflación y las medidas de austeridad”, sobre todo cuando “en el marco del acuerdo con el Fondo Monetario Internacional, el gobierno prevé un

objetivo de déficit cero para 2019, agudizando el recorte del gasto social (art. 2º [1])” (§ 5). En tándem con esto, sepamos que, para el Comité, en su declaración *Deuda pública, medidas de austeridad y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, “[t]odo 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 Pacto” (7). Por ende es necesario que los Estados que atraviesan *delicadas situaciones económicas*, en sus negociaciones con el citado Fondo Monetario, no sólo tengan en cuenta sus obligaciones dimanantes del Pacto, sino que establezcan “un marco jurídico e institucional claro que garantice la transparencia y la responsabilidad en la negociación y contratación de préstamos, así como en la gestión de la deuda” (8).

Y comprueba el Comité, segundo, *la pobreza estructural* “que se mantiene [en] un piso del 25-30% de la población, *inaceptable* para un país con el nivel de desarrollo” de Argentina, “con *núcleos duros de pobreza desigualmente distribuidos* en el territorio y concentrados en el gran Buenos Aires y en el norte del país. Preocupa altamente [a]l Comité el dato de más de 5 millones de niños, niñas y adolescentes en situación de pobreza y el impacto negativo de la devaluación e inflación en la pobreza y la desigualdad” (§ 43, destacados agregados) (9). Al mismo tiempo, hace hincapié tanto en “el impacto negativo de los aumentos masivos en las tarifas de los servicios

CONTINÚA EN PÁGINA 2

### COLUMNA DE OPINIÓN

La promoción de la acción de remoción de los administradores no constituye un requisito para la intervención judicial de sociedades

Ricardo A. Nissen..... 1

**DOCTRINA.** Informe del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Críticas al Estado argentino

Rolando E. Gialdino ..... 1

**NOTA A FALLO.** Salud mental y nulidad del testamento. A propósito de un fallo del Tribunal Supremo español y su proyección en la Argentina

Juan Pablo Olmo..... 7

### JURISPRUDENCIA

TESTAMENTO. Capacidad para testar. Sentencia que exige la intervención del curador para los actos de disposición. Efectos (TS España)..... 6

CONTRATO DE TRABAJO. Despido por falta o disminución de trabajo. Rechazo (CNCom.)..... 8



CORREO ARGENTINO CENTRAL B  
FRANQUEO A RESERVA  
CUENTA N.º 1026611

# Informe del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

● VIENE DE TAPA

básicos (agua, gas, electricidad, transporte y medicamentos) en los grupos desfavorecidos, así como en las clases medias”, cuanto en que “los aumentos del salario mínimo y de la Asignación Universal por Hijo no permitan compensar la inflación (art. 11)” (§ 43; asimismo: § 46.e)(10). Es asunto de que el Estado prevea, pues, “además de la ‘Tarifa Social Federal’ y otros programas sociales vigentes, medidas adicionales para regular los aumentos de precios de estos servicios básicos, para subsidiar sus costos a fin de que sean asequibles para el conjunto de la sociedad, en particular los grupos más desfavorecidos” (§ 44). El Comité de los Derechos del Niño adelantaba, pocos meses antes, muchas de estas consideraciones (11).

Los dos ejes anteriores, quizás, conformen un tercero, exhibido en el apartado “Política fiscal y desigualdad”, p. ej., el “alto grado de desigualdad social [...] que obstaculiza el goce de los derechos del Pacto” (§ 22), lo cual se ve ejemplificado —perversamente, añadiríamos— por el hecho de que “ciertas medidas tributarias, como la reducción de la carga impositiva para grupos sociales de alto ingreso o el mantenimiento de exenciones tributarias injustificadas, reduzcan la capacidad *redistri-*

*butiva* del sistema fiscal y limiten la obtención de los recursos necesarios para garantizar los [DESC] (art. 2º [1] y [2])” (*idem*, destacado agregado). Crítica incisiva la del Comité, al igual que la recomendación que la acompaña, de fuerte tonalidad democrático-participativa: realizar por el Estado “una evaluación transparente de las distintas exenciones tributarias, que permita conocer sus beneficiarios y sus impactos, y posibilite un escrutinio público para determinar cuáles no son justificadas y deberían ser eliminadas” (§ 23; sobre participación; *infra* 3, 17 y 18).

Mas, con lo antedicho, al igual que otros órganos análogos, el Comité no hizo otra cosa que reiterar una llamada perentoria y permanente, y no menos desoída, a la “redistribución” de la riqueza, a las reformas de las políticas y regímenes impositivos, a la transferencia de dicha riqueza “de sectores no prioritarios a sectores prioritarios” (12). Llamada esta que trasluce la Corte Suprema mediante lo que consideró dos “premisas capitales”: “[p]or un lado, que las llamadas ‘medidas de ajuste’ derivadas de ‘crisis económicas’ y una ‘grave escasez de recursos’ hacen que los esfuerzos de las autoridades por proteger los [DESC] adquieran una urgencia ‘mayor, no menor’. Y, por el otro, que la ‘protección’ de las ‘capas vulnerables de la población’ es, precisamente, ‘el objetivo básico del ajuste económico’ [...] Todo equilibrio entre las reformas económicas y la protección de los derechos humanos obliga a proteger ‘en particular a los grupos más vulnerables’” (13). En “los tiempos de limitaciones fiscales y de crisis económica deben hacerse esfuerzos especiales para respetar los derechos humanos, *mantener y ampliar* la inversión social y la protección social” (14). De ahí que, como lo observan los *Principios de Limburgo sobre la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, desde 1986: “[l]a obligación del logro progresivo existe independientemente de cualquier aumento de recursos; requiere de una utilización eficaz de los recursos de que se disponga” (§ 23). Recordemos, no sin dolor,

que para 2002, el Comité de los Derechos del Niño le advirtió a nuestro país, que “de diez muertes de lactantes, seis podrían evitarse con medidas de bajo costo” (15).

En suma, nos hallamos ante un mentís de la falsa proclama dirigida sobre todo a los que tienen hambre y sed de justicia, en cuanto a que la plena realización de los DESC está condicionada a una *mayor productividad* y al *efecto derrame* que esta última generará al modo de una rebosante cornucopia. Un entrampado ocultamiento de que “[e]l goce de los derechos humanos es un ‘prerrequisito’ del desarrollo económico”, y que, para la Constitución Nacional, lo que cuenta es el “desarrollo humano”; y si de “progreso económico” se tratara, sólo sería válido con “justicia social” (art. 75.19)(16). “[A]lgunos todavía defienden las teorías del ‘derrame’, que suponen que todo crecimiento económico, favorecido por la libertad de mercado, logra provocar por sí mismo mayor equidad e inclusión social en el mundo. Esta opinión, que jamás ha sido confirmada por los hechos, expresa una confianza burda e ingenua en la bondad de quienes detentan el poder económico y en los mecanismos sacralizados del sistema económico imperante” (17). Emblecos que reclaman, a la par, para superar la crisis, la “flexibilización” (*rectius*: desprotección) de las condiciones de trabajo (18).

Más todavía: admitir que sea el *mercado* y sus pretendidas *leyes* el modelo al que deban ajustarse los derechos humanos importaría “invertir la legalidad que nos rige como Nación organizada y como pueblo esperanzado en las instituciones, derechos, libertades y garantías que adoptó a través de la Constitución Nacional [...] Por el contrario, es el mercado el que debe adaptarse a los moldes fundamentales que representan la Constitución Nacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de jerarquía constitucional, bajo pena de caer en la ilegalidad” (19). “[H]oy ‘cualquier cosa que sea frágil, como el medio ambiente, queda indefensa ante los intereses del mercado divinizado, convertidos en regla absoluta’” (20).

Queda en claro, por cierto, que el mencionado *alto grado de desigualdad social*, también se vincula con “la falta de conocimiento alrededor del derecho a la no-discriminación en los representantes de los poderes del Estado” (§ 24).

Las graves censuras del Comité, y otras que veremos más adelante, nos traen a la memoria las que le dirigió a la Argentina en 1999 (E/C.12/1/Add.38), con motivo del segundo informe periódico, cuando le señaló, v.gr., que “la ejecución del programa de ajuste estructural ha menoscabado el disfrute de los [DESC], en particular en el caso de los grupos desfavorecidos”; “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”; el gran número de trabajadores del sector no estructurado de la economía; que “las medidas adoptadas para promover la creación de empleos no han garantizado [los DESC]”; las reformas legislativas que “tienden a aumentar la precariedad de la relación laboral”. Y oportuno es puntualizar que estas *Observaciones finales*, 1999, nutrieron sentencias de la Corte (21). Todo ello, desde luego, sin soslayar parecidos cuestionamientos del Comité, para 2011 (E/C.12/ARG/CO/3), motivados por el tercer informe, en punto a la salud; a la vivienda y a los desalojos forzosos; a las represalias y a un uso desproporcionado de la fuerza contra los activistas y los defensores de derechos humanos; a las desigualdades existentes en el disfrute de los DESC entre hombres y mujeres, en particular en materia de empleo; al aumento de la utilización de plaguicidas químicos y de semillas de soja transgénica...

Incluso la Asamblea Parlamentaria, Consejo de Europa, se ha hecho escuchar ante un *liberalismo económico* que consideró “desenfrenado”, recomendando a los Estados miembro realizar una reorientación de los programas de austeridad actuales, para poner fin a la tónica casi exclusiva sobre la reducción del

## { NOTAS }

### Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

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

(1) E/C.12/ARG/CO/4 (*Obs. finales*), al que referirán la cita de párrafos (§) salvo indicación en contrario. Las *Obs. finales*, como es costumbre en este tipo de documentos, se subdividen, en lo sustancial, en dos capítulos: “B. Aspectos positivos” (§§ 3/4) y “C. Principales motivos de preocupación y recomendaciones” (§ 5/64), aun cuando, en el presente caso, fue incorporado un apartado “D. Otras recomendaciones” (§§ 65/69).

(2) *Vid* CS: “Q. C., S. Y. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, Fallos 335:452, § 10 (2012). Asimismo: “Aerolíneas Argentinas SA c. Ministerio de Trabajo”, Fallos 332:170, § 6 (2009); “Trejo c. Stema SA y otros”, Fallos 332:2633, voto de los jueces Fayt y Petracchi, § 5 (2009—). La jerarquía constitucional “ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, ‘en las condiciones de su vigencia’ (art. 75, inc. 22, 2º párrafo)”, esto es, tal como el tratado “efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación” (*idem*, “Giroldi”, CS, Fallos, 318:514, § 11 (1995), a propósito de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

(3) “Q. C., S. Y.”, cit. n. anterior, § 10; “Álvarez c. Cencosud SA”, Fallos 333:2306, § 7 (2010); “Aerolíneas Argentinas SA”, cit. n. anterior, § 6.

(4) V.gr.: “F., A. L. s/ medida autosatisfactiva”, CS, Fallos: 335:197, §§ 6 y 12 (2012); Comité de Derechos Humanos y Comité de los Derechos del Niño; “Pellicori c. Colegio Público de Abogados de la Capital Federal”, Fallos 334:1387, § 6 (2011); Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Comité contra la Discriminación Racial, y Comité contra la Discriminación de la Mujer.

(5) Respecto del principio de justicia social: GIALDINO, Rolando E., “Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Principios, Fuentes, Interpretación y

Obligaciones”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, ps. 85/97. “[L]a justicia social es ‘la justicia en su más alta expresión’ [...] ‘consiste en ordenar la actividad intersubjetiva de los miembros de la comunidad y los recursos con que esta cuenta con vistas a lograr que todos y cada uno de sus miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización’; es la justicia por medio de la cual se consigue o se tiende a alcanzar el ‘bienestar’, esto es, ‘las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme con su excelsa dignidad’” (CS, “Aquino”, Fallos 327:3753, § 12 (2004) y su cita de “Berçaitz” [CS, Fallos, 289:430 (1974)], entre muchos otros).

(6) Corresponde al Estado, “garantizar ‘la justa distribución de los ingresos’ y hacer las reformas económicas y sociales adecuadas con el objeto de ‘erradicar todas las injusticias sociales’” (CS, “Aquino”, cit. n. anterior, § 12, c. cita del art. 8.1, Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, Asamblea General, ONU, Resolución 41/128, 04/12/1986). Y añadió seguidamente: “resulta de cita obligada la Corte Europea de Derechos Humanos: ‘Eliminar lo que se siente como una injusticia social figura entre las tareas de un legislador democrático’ (“James y otros”, sentencia del 21/02/1986, Serie A 98, párr. 47)”.

(7) *Vid* GIALDINO, Rolando E., “Deuda externa, prestatarios y prestamistas, y ajustes estructurales a la luz del Derecho internacional de los derechos humanos”, LA LEY, 2018-C, 655. Se configura una violación del PIDESC, “[c]uando el Estado, al celebrar convenios bilaterales o multilaterales con otro Estado y con organizaciones internacionales o empresas multinacionales, no tenga en cuenta sus obligaciones legales internacionales en la esfera de los [DESC]” (“Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, 1997, § 15.j).

(8) Comité, “Observaciones finales: Líbano”, 2016, § 13; asimismo: “Sudán”, 2015, § 13; “Ucrania”, 2014, § 5.

(9) Según el Instituto Nacional de Estadística y Censos, en el primer semestre de 2018 el porcentaje de hogares por debajo de la línea de pobreza es del 19,6%; estos comprenden el 27,3% de las personas. Dentro de este

conjunto se distingue un 3,8% de hogares indigentes que incluyen el 4,9% de las personas ([https://www.indec.gov.ar/nivel4\\_default.asp?id\\_tema\\_1=4&id\\_tema\\_2=27&id\\_tema\\_3=64](https://www.indec.gov.ar/nivel4_default.asp?id_tema_1=4&id_tema_2=27&id_tema_3=64), rec. 09/11/2018).

(10) *Vid* GIALDINO, Rolando E., “El salario mínimo como garantía del derecho humano a vivir en dignidad”, LA LEY, 2016-A, 2877. Preocupa al Comité de los Derechos del Niño, “que las prestaciones sociales, incluidas las prestaciones por hijos y las ayudas a los niños con discapacidad, no se hayan incrementado de forma proporcional para reflejar adecuadamente el aumento del costo de la vida” (“Observaciones finales: Irlanda”, 2016, § 15).

(11) El Comité de los Derechos del Niño “está profundamente preocupado, porque los niveles de pobreza multidimensional y pobreza infantil siguen siendo altos, mientras que los sistemas de protección social para los niños son limitados, en particular durante la primera infancia y en lo que respecta a los niños indígenas, los niños con discapacidad y los niños que viven en zonas remotas. También le preocupa que la crisis financiera haya tenido un efecto negativo en los sistemas de protección social del Estado parte, lo que ha dado lugar a una cobertura insuficiente y a demoras en la tramitación de las prestaciones para los niños y sus familias, particularmente en el ámbito provincial” (“Observaciones finales: Argentina”, 2018, § 35). *Vid idem* sobre: el “aumento de la pobreza y la desigualdad social”, § 9; la elevada “tasa de mortalidad de lactantes [...] debido a la falta de servicios adecuados de atención de la salud, incluida la atención prenatal para las mujeres embarazadas sin seguro médico, la pobreza y una nutrición inadecuada”, § 15; los “continuos informes sobre la malnutrición que afecta a los niños en las provincias del noroeste”, § 33. Asimismo, *infra* notas 14, 15, 26, 28, 38 y 50.

(12) *Vid* GIALDINO, R. E., “Derecho Internacional...”, ob. cit. n. 5, p. 90. El Comité “recomienda al Estado parte que revise su régimen fiscal con el fin de incrementar sus ingresos tributarios y asegurarse de que, en lugar de gravar desproporcionadamente a las personas de ingresos bajos, contribuya a la redistribu-

ción de los ingresos y la riqueza” (“Observaciones finales: Pakistán”, 2017, § 16); preocupa al Comité 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, § 17; asimismo: Egipto, 2006, §6).

(13) “Asociación de Trabajadores del Estado s/ acción de inconstitucionalidad”, Fallos 336:672, § 11 y sus múltiples citas del Comité (2013).

(14) Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Observaciones finales: Grecia, 2013, § 6, itálicas agregadas; asimismo: Italia, 2017, § 9; España 2015, § 8. Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales: Grecia, 2012, § 6.

(15) Observaciones finales: Argentina, 2002, § 46. *Vid infra* 50.

(16) CS, “Asociación de Trabajadores del Estado”, cit. n. 13, §§ 11 y 9; “Torrillo”, Fallos 332:709, § 4 (2009) y otros.

(17) S.S. Papa FRANCISCO, “*Evangelii Gaudium*”, Exhortación Apostólica, 2013, § 54.

(18) *Vid* GIALDINO, Rolando E., “La superación de las crisis requiere la desregulación del trabajo”: una falacia empírica y violatoria del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en *La Causa Laboral*, 70, 2018, 70, [http://www.laboralistas.net/articulo\\_revista/la-superacion-de-la-crisis-requiere-la-desregulacion-del-trabajo-una-falacia-empirica/?utm\\_source=Revista+La+Causa&utm\\_campaign=1fb4f08bf3-EMAIL\\_CAMPAIGN\\_2018\\_05\\_18&utm\\_medium=email&utm\\_term=0\\_eec1c28efc-1fb4f08bf3-186982313](http://www.laboralistas.net/articulo_revista/la-superacion-de-la-crisis-requiere-la-desregulacion-del-trabajo-una-falacia-empirica/?utm_source=Revista+La+Causa&utm_campaign=1fb4f08bf3-EMAIL_CAMPAIGN_2018_05_18&utm_medium=email&utm_term=0_eec1c28efc-1fb4f08bf3-186982313).

(19) CS, “Vizzoti”, Fallos 327:3677, § 11 (2004).

(20) S.S. Papa FRANCISCO, “*Laudato Si'*”, 2015, § 56 y su cita. “[E]l mercado por sí mismo no garantiza el desarrollo humano integral y la inclusión social” (*idem*, § 109). *Vid. infra* 42.

(21) “Torrillo”, cit. n. 16, § 7; “Aerolíneas Argentinas SA”, cit. n. 2, voto de los jueces Fayt y Petracchi, § 6, entre otros.

gasto en materia social, como las jubilaciones, los servicios sociales o las prestaciones familiares (22).

Dice un popular adagio que *hay algo peor que tropezar dos veces con la misma piedra: que nos guste la piedra*.

## II. Principio de progresividad

A. En el apuntado quicio de las *medidas de austeridad*, por lo visto destinadas a ahogar aún más a los sumergidos en la pobreza, el Comité reafirmará, como era de esperar, el *principio de progresividad*, en su manifestación de *no regresividad*, sobre el que ha venido insistiendo desde hace años, y que la Corte Suprema incorporó a su doctrina constitucional, ya para 2004, en “Aquino” (CS, Fallos: 327:3753), y sostiene con base en que “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” (23).

B. Ello dio lugar a dos recomendaciones del Comité que quisiéramos destacar. La primera: “[a]probar e implementar el presupuesto nacional haciendo todos los esfuerzos para evitar medidas regresivas y asegurando que el presupuesto contenga un enfoque de derechos humanos y género” (§ 6.d). La segunda, seguramente de mayor calado y proyección, pues alcanza al terreno de la *justiciabilidad*: “[t]ener en cuenta que las medidas regresivas sólo son compatibles con el Pacto si son 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]; deben haber sido consultadas con las poblaciones afectadas y estar sujetas a un examen independiente; deben mantenerse en vigor únicamente en la medida de lo necesario; no deberían causar discriminación; deberían mitigar las desigualdades que pueden agudizarse en tiempos de crisis y garantizar que los derechos de los individuos y grupos desfavorecidos y marginados no se vieran afectados de forma desproporcionada; y no deberían afectar el contenido básico mínimo de los derechos amparados por el Pacto (Carta abierta a los Estados partes sobre los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto de la crisis económica y financiera, de 16 de mayo de 2012)” (§ 6.e) (24). Reaundos todos y cada uno ellos que, por las propias censuras del Comité expresadas en las *Obs. finales* aquí y allí, estarían lejos de satisfacer las regresiones producidas, máxime cuando pesan sobre estas una “fuerte presunción” de ser contrarias al PIDESC (25). También cite-mos la jurisprudencia de la Corte Suprema en orden al mencionado *contenido básico*: “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 [...]” (26). 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* (27).

C. Además, el Comité apuntó al fortalecimiento de la planificación y ejecución presupuestaria para evitar la “infrautilización” de los recursos (§ 6.b), y a “[e]valuar *previamente* los efectos sobre los [DESC] de cualquier medida para responder a la crisis financiera, a fin de evitar que tenga *impactos* desproporcionados en los grupos desfavorecidos” (§ 6.a, destacados agregados; sobre pueblos indígenas: § 19.b) (28). A propósito de los mentados *impactos* y el carácter *previo* de su evaluación, es de relevancia uno de los últimos informes anuales del experto independiente (ONU), Juan P. Bohoslavsky, titulado “Elaboración de unos principios rectores para evaluar el impacto de las políticas de reforma económica en los derechos humanos” (29). “La mayoría de las veces —enseña— la combinación y acumulación de decisiones gubernamentales individuales son las que causan más daño si las decisiones caen, una tras otra, sobre los mismos grupos de población” (§ 39; asimismo: §§ 60 y 78.i).

## III. Marco institucional de la política social. Defensor del Pueblo

A. Bajo este título, el Comité observó inicialmente, con *preocupación* e implícita referencia al DNU 801/2018, el “descenso de ministerios clave para la implementación de los derechos del Pacto al rango de secretarías de Estado en el marco de otros ministerios, lo que afecta su autonomía y sus funciones en el diseño e implementación de políticas públicas (art. 2º, párr. 1º)” (§ 7; *vid infra* XIV.A). Recomendó, entonces, “garantizar la autonomía decisiva y las funciones de estas secretarías, así como que se mantengan, y donde sea necesario, se incrementen los presupuestos, en particular en materia de salud, trabajo y medio ambiente” (§ 8).

B. A la par que subrayó la persistencia de la vacante del Defensor del Pueblo, no obstante que ya la había puntualizado en sus *Observaciones finales*, 2011 (§ 7), mayormente, aclaró, pues, que dicho funcionario “tiene responsabilidades clave para los [DESC]” (§ 9). Mas, en esta oportunidad, llamó a la consideración de las “recomendaciones emitidas en 2017 por el [Subcomité] de la Alianza Global de Instituciones Nacionales de Derechos Humanos, que incluye la aplicación de un proceso claro, transparente y participativo de selección y nominación, así como seguir interpretando su mandato de manera amplia, en conformidad con los principios relativos al estatuto de las instituciones nacionales de promoción y protección de los derechos humanos (*Principios de París*)” (30). Acotamos que, en la señalada ocasión, el citado Subcomité fue de la opinión de que “el proceso de selección actualmente contenido en la ley habilitante [24.284] no es

suficientemente amplio ni transparente. En particular, no cumple lo siguiente: requerir el anuncio de las vacantes; establecer criterios claros y uniformes en virtud de los cuales todas las partes evalúen el mérito de los candidatos elegibles; y promover una amplia consulta y/o participación en el proceso de solicitud, investigación, selección y designación” (31). También observó que la citada ley “prevé un mandato de promoción limitado”, cuando, en su opinión, “las INDH deben poseer mandatos legislativos con funciones específicas de protección y promoción de los derechos humanos”. Luego, instó a la Defensoría del Pueblo “a que continúe abogando por que se aprueben las modificaciones para que en dicha ley conste explícitamente un mandato de promoción” y, hasta que se aprueben tales modificaciones, “a que continúe interpretando su mandato de forma amplia” (32).

Remitió el Subcomité, en apoyo de sus opiniones, a los aparts. A.1, A.2, A.3 y B.1, Principios de París, y a las observaciones generales 1.2 —*Mandato en materia de derechos humanos*— y 2.2 —*Selección y nombramiento del órgano rector de las INDH*—.

## IV. No discriminación

El Comité, con invocación del art. 2.2, PIDESC, si bien reconoció “la adopción del Plan Nacional contra la Discriminación”, se mostró *preocupado* “en cuanto a su efectiva implementación e impacto”, al tiempo que *lamentó* el incumplimiento de la cuota (1%) de empleados travestis, transexuales y transgénero que reúnan las condiciones de idoneidad para el cargo, prevista para el sector público de la Provincia de Buenos Aires, por la ley local 14.783 (§ 24). Instó al Estado, *inter alia* (i) a implementar efectivamente dicho Plan Nacional y a “revisarlo con nuevos objetivos y estrategias”, con “participación de los grupos interesados”, en conformidad con la *Observación general 20 sobre la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales*, elaborada por el propio Comité en 2009 (§ 25.a) (33); (ii) a prestar atención especial a las necesidades e intereses de los grupos que sufren “discriminaciones múltiples” (§ 25.b); (iii) a fortalecer las “capacitaciones de los funcionarios públicos en género y derechos de los pueblos indígenas” (§ 25.c). También le recomendó asegurar recursos económicos y humanos para aplicar plenamente la Ley Nacional de Identidad de Género (§ 25.f).

## V. Igualdad entre hombres y mujeres

Especial hincapié hizo el Comité en orden a la igualdad entre hombres y mujeres. Así, mostró su *preocupación*, con arreglo al art. 3º, PIDESC: (i) por la baja tasa de participación laboral de las mujeres, quienes asumen el trabajo no remunerado de cuidado de la familia; (ii) porque los desiguales avances en materia social y territorial, hacia la provisión universal de servicios sociales e infraestructura desti-

nada al cuidado de niños y adultos mayores, impacta de manera negativa la igualdad entre hombres y mujeres y la inserción laboral de las mujeres, sobre todo de las de menores ingresos; (iii) por la baja representación de mujeres en los altos cargos en varios sectores, en particular en la justicia y el sector privado (§ 28). Llamó a la Argentina, entonces, a adoptar e implementar medidas efectivas, incluso “medidas temporales”, respecto de los *estereotipos sociales* contra las mujeres a nivel nacional, provincial y municipal; a promover más activamente “políticas de conciliación entre la vida laboral y familiar para hombres y mujeres”, y a prestar atención a la *Observación general 16, sobre la igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales*, de 2005 (§§ 29/30).

## VI. Desempleo

A. Despertó la *preocupación* del Comité, con base en los arts. 6º y 7º, Pacto, “el aumento del desempleo a lo largo de los últimos cinco años”, pero también su *alarma* derivada del incremento de los índices de desocupación en el primer trimestre de 2018 (§ 31); cuanto más que ello afecta de “manera desproporcionada” a grupos desfavorecidos, en particular a los jóvenes, las mujeres y los habitantes de zonas rurales, especialmente en el caso de las mujeres rurales que enfrentan serias limitaciones y obstáculos para acceder a un empleo formal quedando relegadas a empleos temporarios y precarios (§ 31). Es asunto, pues, entre otras medidas, de *proteger los puestos existentes*, y de tomar en cuenta la *Observación general 18. El Derecho al Trabajo*, del Comité (§ 32), sobre la cual, añadiríamos, tanto se ha apoyado la Corte (34).

B. Y aquí también se impone la *evaluación del impacto* de las medidas de ajuste estructurales sobre el empleo, con énfasis en los grupos desfavorecidos (§ 32). El Comité, por cierto, no pasó por alto el “número significativo” de trabajadores que labora en el sector informal de la economía, y que no están “debidamente protegidos por la legislación laboral, incluida la falta de acceso al derecho a la seguridad social (arts. 7º y 8º)” (§ 35).

## VII. Libertad sindical

También en el terreno laboral, pero en clave colectiva, la *preocupación* del Comité recayó en la *libertad sindical*, “por la reducción de inscripción de sindicatos y hechos de interferencias de autoridades públicas en sectores de la educación, trabajadores agrícolas, empleados públicos y transportes, en materia de elecciones de las autoridades de los sindicatos, derecho a la negociación colectiva, acceso a financiación e intimidación con el uso desproporcionado de multas (art. 8º)” (§ 33). Fue cuestión, además, de instar al Estado “a proteger a las personas que participan en actividades sindicales y para prevenir y reprimir cualquier tipo de represalias” (§ 34).

## { NOTAS }

(22) *Vid* GIALDINO, R. E., “Deuda externa...”, ob. cit. n. 7.

(23) “Registro Nacional de Trabajadores Rurales y Empleadores c. Poder Ejecutivo Nacional y otro”, Fallos 338:1347, § 6 y su cita de “Aquino”, entre otros (2014).

(24) Si bien el Comité “toma nota del proceso de normalización del Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC), que mejoró la confiabilidad de los datos [...] le preocupa que el Estado parte no cuente con un sistema nacional de estadística que asegure datos fiables y desglosados, necesarios para el monitoreo de la realización progresiva de los derechos del Pacto (art. 2º, párrs. 1º y 2º)” (§ 11).

(25) CS, “Asociación de Trabajadores...”, cit. n. 13, § 9, y sus cita de antecedentes propios y del Comité.

(26) “Unión de Usuarios y Consumidores c. Estado Nacional - M. O. V. E. inf.”, Fallos 337:790, § 8 y su cita (2014). Asimismo: Comité de los Derechos del Niño, *Observaciones finales: Argentina*, 2018, § 36.e.

(27) GIALDINO, R. E., “Derecho Internacional...”, ob. cit. n. 5, p. 283.

(28) El Comité de los Derechos del Niño recomienda al Estado que “[g]arantice, entre otras cosas mediante la erradicación de la corrupción en los procesos de contratación pública y de la facturación de precios excesivos en los contratos de suministro de bienes y servicios públicos, que los fondos asignados a todos los programas de apoyo al ejercicio efectivo de los derechos del niño a nivel nacional, provincial y local se inviertan en su totalidad y de manera eficiente” (*Observaciones finales: Argentina*, 2018, § 10.d).

(29) A/HRC/37/54, 2017.

(30) La Alianza Global de las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos (GANHRI), anteriormente denominada Comité Internacional de Coordinación de las Instituciones Nacionales para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, es una asociación internacional de Instituciones Nacionales de Derechos Humanos (INDH), “que impulsa y fortalece a las INDH para que operen en conformidad con los Principios de París y toma la iniciativa en materia de promoción y protección de los derechos humanos” (Estatuto, 22/02/2018,

art. 5º). Está constituida como organización sin fines de lucro en el marco de la legislación suiza. Los Principios de París, relativos al estatuto de las instituciones nacionales, fueron adoptados por la Comisión de Derechos Humanos (ONU), res. 1992/54 —03/03/1992— y aprobados por la Asamblea General, ONU (*Instituciones nacionales de promoción y protección de los derechos humanos*, res. 48/134, 20/12/1993).

(31) El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial “urge al Estado parte a acelerar todas las medidas necesarias para proceder al nombramiento del Defensor del Pueblo mediante un proceso de selección y designación que sea transparente y participativo, en el que prevalezca el mérito, la capacidad y la integridad” (*Observaciones finales: Argentina*, 2017, § 15).

(32) *Informe y recomendaciones del período de sesiones del Subcomité de Acreditación*, Ginebra, 13-17/11/2017, ps. 39/40. El Subcomité también decidió que la continuación del examen de la renovación de la acreditación de la Defensoría del Pueblo se aplazase hasta su segundo período de sesiones de 2018 (p. 39).

(33) En octubre de 2001, la Argentina asumió ante la Alta Comisionada de los Derechos Humanos (ONU), Sra. Mary Robinson, mediante un Memorando de Entendimiento, el compromiso de preparar un Plan Nacional contra la Discriminación, cuyos objetivos coincidirían con la Declaración y Plan de Acción de la Conferencia de Durban, del mismo año. Posteriormente, en marzo de 2004, el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, el Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI) y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), firmaron y adoptaron el Proyecto ARG/02/024 titulado Plan Nacional contra la Discriminación. Finalmente, por vía del dec. 1086/2005, fue aprobado “el documento titulado ‘Hacia un plan nacional contra la discriminación - la discriminación en Argentina. Diagnóstico y propuestas’ que, como Anexo, forma parte del presente decreto y que constituirá los lineamientos estratégicos del Plan Nacional contra la Discriminación” (art. 1º).

(34) V. gr. “Asociación de Trabajadores...”, cit. n. 13, §§ 9 y 10; “Álvarez...”, cit. n. 3, §§ 6 y 7 (2010).

## VIII. Seguridad social

A. Volviendo sobre el derecho a la seguridad social (*supra* V.B), dos circunstancias tratadas por el Comité son más que destacables, teniendo a la vista el art. 9º, Pacto. Primero, su *particular preocupación* “por el *impacto negativo* que la ley 27.426 (2017) de Reforma Previsional tiene en la actualización de las jubilaciones y asignaciones familiares” (§ 37, destacados agregados). Segundo, la “masiva suspensión” de las jubilaciones no contributivas a personas con discapacidad “sin adecuada garantía del *debido proceso*” (*idem*).

B. Y de no menor relevancia fueron sus consecuencias. El Comité *instó* al Estado, de un lado, “a *restablecer* el cálculo de actualización contemplado en la ley 27.160 y a condicionar toda futura medida sobre pensiones al *respeto del principio de no-regresión* en el disfrute de los [DESC] de los beneficiarios (§ 38, destacados agregados). Y, del otro, a “*restituir* las pensiones canceladas con afectación del debido proceso, suspendiendo el dec. 432/1997”, al paso que le recomendó “evaluar el impacto de las incompatibilidades y garantizar un plazo razonable para que las personas afectadas puedan interponer un recurso con garantías al debido proceso” (*idem*).

C. Exhortó al Estado, además, a “fortalecer otras medidas sociales, como la Asignación Universal por Hijo, que benefician al 59% de la población rural” (§ 38) (35).

## IX. Cambio climático, obligaciones extraterritoriales, explotación minera, medio ambiente y agricultura

A. De gran envergadura se muestran las *Obs. finales* en cuanto expresan “preocupación” por los planes de explotación a gran escala de combustibles fósiles no convencionales (gas de esquisto y petróleo de esquisto) mediante fracturación hidráulica (*fracking*) en la región de Vaca Muerta (Neuquén), al considerar “que la explotación total, con la fracturación hidráulica, de todas las reservas de gas de esquisto consumiría un porcentaje significativo del presupuesto mundial de carbono para alcanzar el objetivo de un calentamiento de 1,5 grados Celsius, estipulado en el Acuerdo de París”. Y agregan: “[e]l Comité está preocupado por que este proyecto de fracturación hidráulica contradiga los compromisos del Estado parte con el Acuerdo de París, con un impacto negativo sobre el calentamiento global y el disfrute de los [DESC] de la población mundial y las futuras generaciones (art. 1º [1] and 2 [1])” (§ 13).

Por ende, recomendó a la Argentina “reconsiderar la explotación a gran escala de combustibles fósiles no convencionales mediante el *fracking*” en Vaca Muerta, para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones en vir-

tud del Pacto, a la luz de los compromisos del Acuerdo de París (§ 14) (36), y atender a la declaración del Comité sobre el cambio climático y el PIDESC. Aclaramos que en esta declaración, el Comité, tras advertir que el impacto del cambio climático en una amplia gama de DESC (especialmente, derechos a la salud, a la alimentación, al agua y al saneamiento) se encuentra “ampliamente documentada”, puntualiza que, bajo el PIDESC, los Estados parte están obligados a respetar, proteger y realizar “todos los derechos humanos para todos”, lo cual comprende no sólo a las personas sujetas a sus jurisdicciones sino también a las que se encuentran fuera de sus territorios, conforme con los arts. 55 y 56, Carta, ONU. También da cuenta de los tribunales que han admitido demandas iniciadas por víctimas de dicho cambio o por ONG y han ordenado a los Estados que adoptaran planes de acción razonablemente adaptados a la urgente necesidad de mitigar el cambio climático y, cuando fuera necesario, a adaptarse a los impactos que no se pueden evitar (37).

B. Con todo, la mirada del Comité en este ámbito no se detuvo en lo anterior, pues comprendió el *impacto negativo* que la mencionada fracturación hidráulica pueda tener sobre el aire, el agua, la salud y la seguridad en el trabajo, la salud pública, la contaminación acústica, la luz y el estrés, así como la actividad sísmica que puede desencadenar, las amenazas a la agricultura y la calidad del suelo, y al sistema climático (§§ 57/58). Es requerido, por consiguiente, la adopción de un “marco regulatorio” del *fracking*, que incluya las evaluaciones de su *impacto* en todas las provincias, precedido de *consultas* con las comunidades afectadas (§§ 57/58, c. cita de los arts. 11 y 12, Pacto).

C. Se suma en este contexto que el Comité “está muy preocupado por el aumento en el uso de pesticidas y herbicidas, que incluyen *glifosato*, a pesar de los graves impactos adversos a la salud y al medio ambiente de muchos de ellos, en especial del *glifosato*, señalado como probablemente carcinógeno por la Agencia Internacional para la Investigación sobre el Cáncer (IARC) de la Organización Mundial de la Salud (art. 12)” (§ 59) (38). Alude el Comité a un documento elaborado por la citada Agencia, en el cual se considera que el herbicida *glifosato*, y otros, son “clasificados como probablemente cancerígenos para los humanos (grupo 2A)”, pues hay “pruebas limitadas [*limited evidence*] de carcinogenicidad en humanos para el linfoma no Hodgkin”, al tiempo que “prueba convincente” respecto de la causación de cáncer en animales de laboratorio (39). Luego, el Comité exhortó al Estado a la adopción de un marco regulatorio que incluya la aplicación del *principio de precaución* en cuanto al uso de pesticidas y herbicidas dañinos, en particular los que incluyen glifosato, para prevenir los impactos negativos en la salud por su uso y en la degra-

dación del medio ambiente” (40). No huelga añadir que el mentado *principio de precaución* ha sido adoptado por la ley 25.675 General del Ambiente, de 2002 (41).

D. Enseña el Papa Francisco en su *Laudato Si'*: “[e]l sometimiento de la política ante la tecnología y las finanzas se muestra en el fracaso de las cumbres mundiales sobre medio ambiente. Hay demasiados intereses particulares y muy fácilmente el interés económico llega a prevalecer sobre el bien común y a manipular la información para no ver afectados sus proyectos. En esta línea, el Documento de Aparecida reclama que ‘en las intervenciones sobre los recursos naturales no predominen los intereses de grupos económicos que arrasan irracionalmente las fuentes de vida’ [...] La alianza entre la economía y la tecnología termina dejando afuera lo que no forme parte de sus intereses inmediatos. Así sólo podrían esperarse algunas declamaciones superficiales, acciones filantrópicas aisladas, y aun esfuerzos por mostrar sensibilidad hacia el medio ambiente, cuando en la realidad cualquier intento de las organizaciones sociales por modificar las cosas será visto como una molestia provocada por ilusos románticos o como un obstáculo a sortear” (2015, § 54) (42).

## X. Defensores de derechos humanos y protesta social

En este acápite el Comité, después de acusar recibo de los reportes sobre casos de amenazas y violencia contra los defensores de derechos humanos de los pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y personas lesbianas, *gays*, bisexuales, transgénero e intersexuales, con una tendencia a la confrontación violenta y la criminalización de quienes solicitan la restitución de los territorios indígenas (art. 2º, párr. 1º), *recomendó* a nuestro país que: (i) “adopte una política integral de protección de los defensores de derechos humanos y ambientales, que incluya acciones para prevenir ataques contra ellos”; (ii) “combata la impunidad en dichos casos, mediante la investigación de las amenazas, actos de acoso, intimidación y violencia y vele por que sus autores sean sancionados”; (iii) “impulse las investigaciones sobre los funcionarios señalados como responsables de actos violentos contra comunidades indígenas”, y (iv) tenga en cuenta la declaración del Comité, sobre defensores de los derechos humanos y derechos económicos, sociales y culturales, del 29 de marzo de 2017 (§§ 16/17) (43).

## XI. Pueblos indígenas y sus territorios

La inobservancia de Argentina respecto del relevamiento de las comunidades indígenas, la demarcación y titularización de sus territorios, los procedimientos para obtener su consentimiento previo, libre e informado, v.gr., antes de otorgar concesiones a empresas de

propiedad estatal o a terceros para la explotación económica de esas tierras, resulta un hecho tan notorio, como insidioso y pertinaz. También el sometimiento de estos pueblos a la violencia frente a sus reclamos, a desalojos forzosos, y a desplazamientos obligados (v.gr. por la deforestación de los territorios que tradicionalmente ocupaban o utilizaban, a pesar de la ley 26.331 sobre la Protección de los Bosques Nativos). Las *Observaciones finales* (2011) dan testimonio de todo ello, así como del desdén estatal por el cumplimiento de la ley 26.160, de 2006, lo que ya había conducido a su prórroga; ley 26.554, de 2009 (§§ 8/10) (44). No obstante ello, siete años más tarde, las *Obs. finales* registran un panorama desolador similar, cuando no peor, máximo, v.gr., ante las dos prórrogas que se sucedieron desde entonces: leyes 26.894 (2013) y 27.400 (2017), y el desmonte, en 2017, de más de 120.000 has., muchas de ellas en bosques protegidos, pese a las denuncias de las comunidades indígenas (§§ 18/21). Panorama, éste, por lo demás, igualmente comprobado por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (45).

## XII. Migrantes

Al tiempo de manifestar su *preocupación* por las “barreras a la regularización y el acceso a servicios sociales de los migrantes”, y por “el impacto negativo del requisito de largo período de residencia legal en el país para el acceso a la protección social, que obstaculiza la integración local de los refugiados y solicitantes de asilo (art. 2º, párr. 2º)”, el Comité llamó al Estado a garantizar asistencia humanitaria a casos de migrantes en situación de vulnerabilidad (§§ 26/27). Agreguemos que el Comité de los Derechos del Niño consideró “preocupante que continúe aplicándose el decreto de necesidad y urgencia 70/2017, pese a ser considerado inconstitucional, así como sus posibles efectos negativos sobre la unidad familiar y el interés superior de los niños migrantes, e instó al Estado a que lo *derogue*, a fin de que, en los casos de migración, se respete el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, y se preserve la unidad familiar (46).

## XIII. Vivienda

A. Tres *preocupaciones* del Comité dominan esta temática concerniente al art. 11, PIDESC: a. el incremento de los *asentamientos informales* (4000) sin acceso a servicios básicos (10% de las viviendas carecen de conexión de agua potable y más del 30% de servicios de alcantarillado), mientras el presupuesto de las políticas de vivienda ha sufrido un corte muy significativo (§ 47); b. la subsistencia de un marco normativo inapropiado para los desalojos, y las denuncias documentadas de desalojos que, en ausencia de protocolos de actuación de las fuerzas públicas, fueron realizados con violencia (*idem*) (47), y c. el impacto negativo

## { NOTAS }

(35) El Comité recomienda, respecto de los migrantes, flexibilizar el requisito de residencia legal para acceder a la Asignación Universal por Hijo (§ 27.a).

(36) El Acuerdo de París se adoptó en la 21ª sesión de la Conferencia de Estados parte de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (París, diciembre/2015). Argentina lo ratificó el 21/09/2016, y entró en vigor el 04/11/2016.

(37) *Climate change and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, declaración, 08/10/2018. La Corte Suprema, en “Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia c. Santa Cruz, Provincia de y otro”, hizo lugar a la medida cautelar solicitada por la actora y, en consecuencia, ordenó la suspensión de las obras “Aprovechamientos Hidroeléctricos del Río Santa Cruz Presidente Dr. Néstor Carlos Kirchner - Gobernador Jorge Cepernic”, hasta que se implemente el proceso de evaluación de impacto ambiental y audiencia previsto en la ley 23.879, o hasta el dictado de la sentencia definitiva (también declaró la competencia de la justicia nacional en lo contencioso administrativo federal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para entender en la causa. Fallos 339:1732 [2016]).

(38) Al Comité de los Derechos del Niño “le preocupan los efectos nocivos bien documentados que la explotación minera a cielo abierto y el uso de agroquímicos, en particular por terceros, como las empresas privadas y transnacionales, tienen para el medio ambiente y la salud de los niños que viven en zonas de actividad minera y producción de soja” (*Observaciones finales: Argentina*, 2018, § 34).

(39) International Agency for Research on Cancer, “IARC Monographs Volume 112: evaluation of five organophosphate insecticides and herbicides”, Lyon, 29/03/2015, [https://cepronat.org.ar/data/arch\\_cont/articulos/305.pdf](https://cepronat.org.ar/data/arch_cont/articulos/305.pdf), rec. 01/11/2018.

(40) “Preocupan al Comité los casos en que el aumento de la utilización de plaguicidas químicos y de semillas de soja transgénicas en regiones tradicionalmente habitadas o utilizadas por comunidades indígenas ha tenido efectos negativos en esas comunidades” (*Observaciones finales: Argentina*, 2011, § 10).

(41) “La interpretación y aplicación de la presente ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política ambiental, estarán sujetas al cumplimiento de los siguientes principios [...] Principio precautorio: Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de informa-

ción o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente” (art. 4º). Es notoria la inspiración en el principio 15, Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo (Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3-14/06/1992), el cual añade, en su comienzo: “[c]on el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades”.

(42) Y añade: “[l]a economía asume todo desarrollo tecnológico en función del rédito, sin prestar atención a eventuales consecuencias negativas para el ser humano. Las finanzas ahogan a la economía real” (§ 109); “[u]na vez más, conviene evitar una concepción mágica del mercado, que tiende a pensar que los problemas se resuelven sólo con el crecimiento de los beneficios de las empresas o de los individuos. ¿Es realista esperar que quien se obsesiona por el máximo beneficio se detenga a pensar en los efectos ambientales que dejará a las próximas generaciones?” (§ 190).

(43) *Vid* en general, GIALDINO, Rolando E.: “Derecho de reunión en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, LA LEY, 2016-C, 1149; “Protesta social.

Derecho de Reunión en clave del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, *La Defensa*, 6, 2017, <http://www.ladefensa.com.ar/La%20Defensa%206/protesta-social.-derecho-de-reunion.-en-clave-del-derecho-internacional-de-los-derechos-humanos.html>.

(44) La ley 26.160 declaró la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas originarias del país, por el término de cuatro años, y suspendió, por igual lapso, la ejecución de sentencias, actos procesales o administrativos, cuyo objeto sea el desalojo o desocupación de dichas tierras (arts. 1/2).

(45) *Vid Observaciones finales: Argentina*, 2017, §§ 18/24.

(46) *Observaciones finales: Argentina*, 2018, § 39. La sala V, CNFed. Cont. Adm., “Centro de Estudios Legales y Sociales y otros c. Estado Nacional - DNM s/ amparo”, revocó el fallo de primera instancia, y declaró la inconstitucionalidad del citado decreto, *inter alia*, por no hallar justificados los recaudos del art. 99.3, CN (22/03/2018).

(47) *Vid* GIALDINO, Rolando E., “El proceso judicial como techo para los sin techo. El juez, los desalojos forzosos y el derecho humano a la vivienda adecuada”,

de la especulación en terrenos, bienes, raíces y construcción sobre la accesibilidad y asequibilidad de la vivienda (*idem*) (48).

B. Será preciso para el Estado, pues, entre otras medidas (§ 48), “[a]doptar un marco normativo e institucional, incluyendo protocolos de intervención pública de desalojos”, y “modificar los *marcos normativos regresivos* existentes en materia de desalojo, en particular el proyecto de ley S 899/16 y las leyes 24.441 y 17.091 así como el dec. PEN 103/2017” (§ 48.a) (49).

#### XIV. Alimentación

A. En la materia el Comité *lamentó* “la ausencia de un reconocimiento y protección constitucional explícitos del derecho a la alimentación, la falta de implementación de la ley 27.118 [de Reparación Histórica de la Agricultura Familiar], los cortes presupuestarios y de personal en el sector de la agricultura familiar y el aumento de personas que dependen de los comedores escolares y comunitarios”, al tiempo que expresó su *preocupación* “por el incremento de los índices de sobrepeso y obesidad, la ausencia de medidas estatales para disminuir el consumo de bebidas azucaradas y la falta de una regulación adecuada para restringir la publicidad de alimentos no saludables (art. 11)” (§ 45).

B. Recomendó, *inter alia* (i) “[r]eforzar el acceso y la calidad de los alimentos a los comedores escolares y comunitarios en todo el país”; (ii) “[f]ortalecer otras asignaciones sociales, fundamentales para asegurar el derecho a la alimentación de las poblaciones desfavorecidas, en especial en zonas rurales, como la Asignación Universal por Hijo”, y (iii) “tomar las medidas efectivas para disuadir el consumo de alimentos y bebidas dañinos para la salud, incluso por medio del incremento del impuesto sobre las bebidas azucaradas, el fortalecimiento de la regulación del Código Alimentario Argentino en cuanto al etiquetado frontal de alimentos, que incluya información sobre azúcar en los productos, e implementar restricciones sobre la publicidad de alimentos y bebidas dañinos para la salud, en particular los destinados a los niños” (§ 46.d, e y f).

#### XV. Salud

A. La *preocupaciones* del Comité en cuanto a la salud en general (art. 12, PIDESC), además de las ya señaladas (2.A, 8.A/C, 13.B), derivaron del “deterioro de la infraestructura de salud en ciertas regiones [...] con el potencial de empeorarse en caso de cortes adicionales en los presupuestos de salud y el posible debilitamiento de la función supervisora del Estado federal por la degradación del Ministerio de Salud en Secretaría de Estado (art. 12)” (§ 49) (50). También puso de manifiesto estar “preocupado por la falta de marco normativo e institucional para garantizar servicios de salud adecuados a las “personas intersexuales” (§§ 55 y 56.g).

B. En cuanto a la *salud mental*, no obstante advertir que, conforme la Ley Nacional de Salud Mental (2010), Argentina se comprometió a transformar el sistema de salud mental y cerrar los manicomios antes del 2020, el Comité manifestó su *preocupación* tanto porque “el encierro en instituciones psiquiátricas sigue siendo la principal respuesta del Estado en materia de salud mental”, cuanto por “las condiciones de vida en estas instituciones de las personas” y la “muy fuerte reducción del presupuesto asignado a la Dirección Nacional de Salud Mental incumpliendo con la pauta fijada por la Ley Nacional de Salud Mental (10% del gasto en salud) (art. 12)” (§ 53) (51). Entre las recomendaciones del Comité se cuentan *garantizar*: (i) el cumplimiento en todo el país de la resolución ORSM 15/14 sobre Muertes en Instituciones Monovalentes de Salud Mental (52) y la resolución ORSM 17/14 sobre el no uso de electroshock (§ 54.b) (53), y (ii) que los tratamientos se administren sobre la base de un consentimiento libre e informado (§ 54.c); así como *propiciar* “que niños y adolescentes sean atendidos en forma comunitaria, priorizando la atención ambulatoria, domiciliaria y en la zona de arraigo, y se restrinja la institucionalización” (§ 54.f). También instó a adoptar medidas para prevenir y abordar actos de *malos tratos* en todos establecimientos de salud mental (§ 54.a).

C. Renglón separado ocupó la recomendación a “adoptar medidas de prevención del consumo de tabaco, en especial con la prohibición de la publicidad, el aumento del impuesto a un nivel suficiente para tener un efecto de disuasión del consumo de tabaco y la adopción de medidas de información sobre el impacto negativo del tabaco en la salud, con énfasis en la protección de los niños y jóvenes” (§ 52). También instó a la Argentina a ratificar el Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco (*idem*), cuando más, agregaríamos, que nuestro país es uno de los pocos que, a pesar de haberlo firmado en 2003, no lo ha ratificado (54).

#### XVI. Derechos sexuales y reproductivos

A. Otras *preocupaciones* no menores del Comité surgieron a partir de “los altos números de aborto peligrosos en el Estado parte, directamente ligado[s] a la mortalidad materna, los obstáculos que encuentran para acceder al aborto en las causales previstas legalmente, como la falta de medicinas requeridas o el impacto negativo de la objeción de conciencia de médicos” (§ 55).

B. Llamó, entonces, a la Argentina a adoptar medidas efectivas “para la implementación en todas las provincias de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia (2012) sobre el aborto legal, y garantizar que todas las provincias adopten protocolos para facilitar el acceso efectivo y el cuidado integral a las niñas y mujeres que acuden al aborto en los casos previstos en la ley vigente y en conformidad con dicha sentencia”

(§ 56.a). Entendemos que la alusión es al fallo “F, A. L. s/ medida autosatisfactiva” (cit. *supra* IV), en el cual la Corte Suprema resolvió *exhortar*: (i) “a las autoridades nacionales, provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con competencia en la materia, a implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, en los términos aquí sentados, protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles y para la asistencia integral de toda víctima de violencia sexual”, y (ii) “al Poder Judicial nacional y a los poderes judiciales provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a abstenerse de judicializar el acceso a los abortos no punibles previstos legalmente” (parte resolutive). Previamente, había juzgado que “cuando el legislador ha despenalizado y en esa medida autorizado la práctica de un aborto, es el Estado, como garante de la administración de la salud pública, el que tiene la obligación, siempre que concurren las circunstancias que habilitan un aborto no punible, de poner a disposición de quien solicita la práctica las condiciones médicas e higiénicas necesarias para llevarlo a cabo de manera rápida, accesible y segura” (§ 25), y advertido que “deberá disponerse un adecuado sistema que permita al personal sanitario ejercer su derecho de objeción de conciencia sin que ello se traduzca en derivaciones o demoras que comprometan la atención de la requirente del servicio [...]” (§ 29).

C. Asimismo, entre otras recomendaciones para el Estado (§ 56), figuran: (i) garantizar el acceso a los medicamentos que permiten una interrupción del embarazo seguro, como el *misoprostol* y la *mifeprestona* (§ 56.b); (ii) tomar todas las medidas necesarias “para liberalizar las condiciones para el aborto legal y en todo caso nunca criminalizar a las mujeres que recurren al aborto” (§ 56.f). Lamentó, asimismo, “que no se haya aprobado la despenalización del aborto” (§ 55).

#### XVII. Educación

Aun cuando el Comité tomó nota de los planes y normativa en materia de educación y del compromiso del Estado parte para garantizar un gasto social del 6%, PIB, para la educación, igualmente mostró su *preocupación*, con arreglo a los arts. 14 y 15, Pacto, por: (i) los posibles cortes en el gasto social para la educación en el marco de las medidas de ajustes estructurales; (ii) el alto abandono escolar; (iii) la limitada cobertura de la educación temprana marcada por altas disparidades regionales y según ingreso familiar; (iv) la falta de datos sobre el acceso a la educación para personas con discapacidad; (v) la deficiencia en la implementación del Programa de Educación Sexual Integral, y (vi) la falta de datos sobre la educación intercultural bilingüe (§ 61). Recomendó al Estado, *inter alia*, “[a]umentar el gasto social para la educación, de acuerdo con los compromisos acordados en la Declaración de Purmamarca (6% del PIB), con el fin de garantizar el acceso universal e

igualitario a la educación temprana, primaria y secundaria (55); “[a]doptar e implementar una política de Educación Bilingüe Intercultural para todas las comunidades indígenas”, y “[g]arantizar que la educación en derechos humanos se imparte en escuelas de todos los niveles y universidades, y que cubra los derechos económicos, sociales y culturales” (§ 62.a, c y d).

#### XVIII. Derechos culturales

Tres puntos dominaron el campo de los derechos culturales (art. 15, Pacto): (i) la falta de preservación de los idiomas indígenas, afectando directamente y de manera irreversible el ejercicio de los derechos culturales por parte de los pueblos indígenas; (ii) la falta de participación de la población en la gestión de los patrimonios culturales de la humanidad en el Estado, y (iii) “*la alta concentración de los medios [de] comunicación en manos de unos pocos*, que limita el *pluralismo* y dificulta el acceso a licencias y financiamiento para desarrollar medios de comunicación audiovisual de grupos desfavorecidos y de los pueblos indígenas” (§ 63, destacados agregados).

#### XIX. Otras recomendaciones

El Comité, asimismo, recomendó a la Argentina que vele por el pleno disfrute de los derechos, PIDESC, en la aplicación de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. La consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible se vería considerablemente facilitada, añadió, si el Estado parte estableciera “mecanismos independientes” para supervisar los progresos y tratara a los beneficiarios de los programas públicos como “titulares de derechos” a los que pueden acogerse. Dicha consecución, sobre la base de los principios de *participación, responsabilidad y no discriminación*, permitiría “que nadie se quedara atrás” (§ 65) (56). También le recomendó que proceda a elaborar y utilizar “indicadores” adecuados sobre el ejercicio de los DESC a fin de facilitar la evaluación de los progresos, remitiendo, p. ej., “al marco conceptual y metodológico sobre los indicadores de los derechos humanos preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (HRI/MC/2008/3)” (§ 66). Finalmente, previo solicitarle que dé amplia difusión a las *Obs. finales* en todos los niveles de la sociedad, incluidos los niveles federal, regional y territorial, en particular entre los parlamentarios, los funcionarios públicos y las autoridades judiciales, lo alentó a colaborar con las ONG y otros miembros de la sociedad civil, “en el seguimiento de las presentes observaciones finales y en el proceso de consultas en el plano nacional antes de la presentación de su próximo informe periódico”, que deberá tener lugar, “a más tardar”, el 31 de octubre de 2023 (§§ 67/69) (57). ●

Cita on line: AR/DOC/2650/2018

#### { NOTAS }

LA LEY, 2015-A, 42; “Los desalojos y los derechos humanos”, LA LEY, 2010-B, 813.

(48) Vid GIALDINO, Rolando E., “El derecho a un nivel de vida adecuado en el plano internacional e interamericano, con especial referencia a los derechos a la vivienda y a la alimentación adecuadas. Su significación y contenido. Los sistemas de protección”, en *Investigaciones*, 3, 2000, p. 795; “La protección de la vida y de la familia, y el derecho a la vivienda y a la seguridad social, en situaciones de pobreza extrema. Obligaciones positivas, sustanciales y procesales, del Estado”, en JA, 2008-IV, p. 1257; “El carácter ‘adecuado’ de la vivienda en el derecho internacional de los derechos humanos”, en JA número especial: Derecho Internacional de los Derechos Humanos 2013-I (GIALDINO, R. E., coord.).

(49) El citado proyecto de ley, presentado en el Senado nacional (05/04/2016, expediente 899/16), tendía a modificar el Cód. Proc. Civ. y Com., respecto del proceso de desalojo. Caducó el 28/02/2018 (<http://www.senado.gob.ar/parlamentario/comisiones/verExp/899.16/S/PL>, rec. 31/10/2018).

(50) El Comité de los Derechos del Niño “[s]i bien observa la disminución general de la mortalidad infantil [...] está profundamente preocupado por el hecho de que la tasa de mortalidad de lactantes sigue siendo elevada en algunas provincias debido a la falta de servicios adecuados de atención de la salud, incluida la atención prenatal para las mujeres embarazadas sin seguro médico, la pobreza y una nutrición inadecuada” (*Observaciones finales: Argentina*, 2018, § 15; asimismo: §§ 30/32).

(51) Se trata de la ley 26.657, sancionada el 25/11/2010, y promulgada el 02/12/2010. Su art. 27 dispone: “[q]ueda prohibida por la presente ley la creación de nuevos manicomios, neuropsiquiátricos o instituciones de internación monovalentes, públicos o privados. En el caso de los ya existentes se deben adaptar a los objetivos y principios expuestos, hasta su sustitución definitiva por los dispositivos alternativos. Esta adaptación y sustitución en ningún caso puede significar reducción de personal ni merma en los derechos adquiridos de los mismos”; al paso que el art. 32 prescribe: “[e]n forma progresiva y en un plazo no mayor a tres [3] años a partir de la sanción de la presente ley, el Po-

der Ejecutivo debe incluir en los proyectos de presupuesto un incremento en las partidas destinadas a salud mental hasta alcanzar un mínimo del diez por ciento (10%) del presupuesto total de salud. Se promoverá que las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires adopten el mismo criterio”. “Las internaciones de salud mental deben realizarse en hospitales generales [...]” (art. 28).

(52) Se trata de la resolución SE 15/2014, del 21/10/2014, que tuvo por aprobado el Documento Sobre Muertes en Instituciones Monovalentes de Salud Mental. Fue dictada por la Secretaría Ejecutiva del Órgano de Revisión, el cual fue creado por la ley 26.657 (n. anterior, art. 38) en el ámbito del Ministerio Público de la Defensa, con el objeto de proteger los derechos humanos de los usuarios de los servicios de salud mental. Para la Secretaría Ejecutiva, *vid* el dec. 603/2013, que aprobó la reglamentación de la ley 26.627 (Anexo I, art. 38).

(53) Se trata de la resolución SE 17/2014, del 30/10/2014, dictada por la Secretaría Ejecutiva del Órgano de Revisión (n. anterior), que aprobó el Dictamen sobre el Uso de Electroshock, por el cual dicho Órgano recomendó la prohibi-

ción del uso del “método electroconvulsivo”.

(54) El citado Convenio, que entró en vigor el 27/02/2005, ha sido ratificado por 180 países y la Unión Europea. La Comisión Nacional de Coordinación del Control del Tabaco, junto con 73 organizaciones, solicitaron al Congreso de la Nación la pronta ratificación del tratado (31/05/2018, [http://www.msal.gob.ar/images/stories/bes/graficos/0000000966cnt-2018-05\\_convenio-marco-control-tabaco.pdf](http://www.msal.gob.ar/images/stories/bes/graficos/0000000966cnt-2018-05_convenio-marco-control-tabaco.pdf), rec. 31/10/2018).

(55) La Declaración de Purmamarca fue adoptada por el Consejo Federal de Educación, reunido en dicha ciudad, el 12/02/2016.

(56) La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, fue adoptada por la Asamblea General, ONU, en 2000. Plantea 17 Objetivos (v.gr. “fin de la pobreza”, “hambre cero”, “trabajo decente y crecimiento económico”...), con 169 metas de carácter integrado e indivisible que abarcan las esferas económica, social y ambiental.

(57) El tercer informe de Argentina ante el Comité fue presentado “con un retraso de ocho años” (*Observaciones finales: Argentina*, 2011, § 2).

## La promoción de la acción de remoción de los administradores no constituye un requisito para la intervención judicial de sociedades

VIENE DE TAPA

escasas ante la ausencia de una manifiesta inconstitucionalidad de la norma en el caso concreto”. En definitiva, me imputa, en su trabajo de doctrina, echar mano a un instituto de naturaleza cautelar en mi afán de eludir el cumplimiento de los requisitos que prevé la legislación societaria, utilizando a la intervención judicial como una suerte de comodín o remedio genérico tan eficaz como para resolver cualquier tipo de situaciones, aun aquellas que ya tienen un procedimiento expresamente previsto en la ley con requisitos claramente definidos, para concluir que “El resultado fue el razonablemente esperado, aunque resulta difícil comprender las razones de negarse deliberadamente al cumplimiento de las pautas legales en la materia”.

Tales afirmaciones autorizan, a mi juicio, a utilizar el derecho a réplica, derecho que ejerceré con las consideraciones que a continuación se expondrán.

II. El autor del referido artículo de doctrina se equivoca gravemente en sus consideraciones y, como es de toda lógica, falla en sus conclusiones. Ello no podía ser de otra manera, pues, al ignorar las características fácticas del caso en análisis, se dedicó a pontificar sobre supuestos errores en los que incurren “los profesionales del derecho”, que a la hora de defender sus clientes y en lugar de cumplir las pautas legales en la materia optan —como se me imputa en el caso— por utilizar estrategias procesales inadecuadas que merecen el justo rechazo por parte de los jueces.

III. En primer lugar, la exigencia de la promoción de la acción de remoción de los administradores, como requisito de procedencia de la intervención judicial de sociedades, como lo manda el art. 114, primer párrafo de la ley 19.550, resulta absolutamente inaplicable al caso. En el supuesto que nos ocupa, la sociedad demandada —“Condemark SA”— tenía un directorio integrado por dos personas: el suscripto y otro abogado, quienes, en el legítimo ejercicio

de nuestro cargo, habíamos convocado en varias oportunidades a sendas asambleas a las cuales no concurrió ningún accionista, quienes de ese modo demostraron, desde que asumieron el carácter de socios, un total desinterés sobre el funcionamiento de dicha sociedad que, dicho sea de paso, carecía de toda actividad mercantil, al haber sido constituida, hacía muchos años, para ser aquella —exclusivamente— titular de dominio de un inmueble donde residió hasta su fallecimiento su socio fundador y titular mayoritario de las acciones emitidas.

Al fracasar la celebración de asambleas convocadas para aumentar el capital social y para tratar nuestra renuncia al cargo de directores de dicha sociedad, mal podíamos los únicos directores de la sociedad Condemark SA, ante el total desinterés de los propios accionistas, recurrir al instituto de la intervención judicial, pues la acción de remoción de directores es figura legal que sólo puede ser iniciada por sus accionistas (art. 114, primer párrafo de la ley 19.550), pero no por sus directores a título particular y ello con muchísima mayor razón cuando quienes pretendían desvincularse de la sociedad éramos quienes nos desempeñábamos como únicos directores titulares de dicha persona jurídica. Debo confesar que no conozco jurisprudencia ni doctrina alguna, emanada de autor nacional ni extranjero, que se refiera a la factibilidad jurídica de que un director se autodemanda a sí mismo por remoción del cargo que ocupa.

IV. Queda claro que, atento a las especiales circunstancias del caso, nadie pretendió eludir las exigencias legales previstas por el art. 114, primer párrafo de la ley 19.550, simplemente porque la acción de remoción era, según las características del caso que nos ocupa, absolutamente improponible.

V. Pero aun cuando prescindamos de las circunstancias del caso, tampoco puede afirmarse, como lo sostiene a rajatabla el autor del artículo en debate, que sin acción judicial de remoción de los administradores de las sociedades la medida de intervención judicial carece de todo andamio, pues en reiteradas oportunidades la jurisprudencia ha admitido la procedencia de esta medida precautoria, sin necesidad de cumplir el último de los requisitos previstos por el art. 114, primer párrafo de la ley 19.550, tal como acontece cuando, a título de ejemplo, se interpone una demanda de nulidad de la decisión asamblearia que designó a los nuevos administradores de la sociedad y existía imposibilidad de los administradores anteriores de reasumir el cargo (3). Del mismo modo también ha sido declarada proceden-

te la intervención judicial existiendo graves discrepancias en el seno de los órganos de gobierno y administración de la sociedad, oportunidad en que nuestros tribunales han resuelto que la designación de un interventor judicial constituye el único camino posible para que la sociedad —aun en forma temporaria— pueda cumplir con el objeto social, mientras se intenta poner fin a las desavenencias que llevaron a esa irregular aunque no tan infrecuente situación (4).

En el mismo sentido, la jurisprudencia ha admitido la designación de un interventor judicial para el caso de fallecimiento de los dos únicos accionistas de la sociedad, que se desempeñaban también como únicos directores de la firma (5); y, sin pretender agotar el repertorio de criterios que admiten la intervención judicial sin la promoción de la acción de remoción, no debemos olvidar la opinión del siempre recordado profesor Carlos Malagarriga quien, en su *Tratado Elemental de Derecho Comercial*, sostenía la procedencia de la designación de un interventor judicial a pedido de un gerente de una sociedad de responsabilidad limitada, al que no se le permitía el ejercicio de su cargo, para restablecer el estado patrimonial de la empresa (6).

Todas estas configuran situaciones no previstas por la ley sustancial ni por la ley procesal, de manera tal que las medidas autosatisfactivas se presentan como la solución ideal “ante supuestos o conflictos societarios cuya solución no esté contemplada en las normas de fondo o en aquellos supuestos en los que no existan mecanismos procesales más aptos o idóneos para dar respuesta efectiva y oportuna a la tutela requerida”, razonamiento que he querido destacar, pues pertenece a la pluma del mismo autor en su artículo publicado en el ejemplar del 22 de noviembre de 2018 y que se ajusta perfectamente a la solución que se intentó arribar con la promoción de dicha acción.

Basta preguntarse al respecto: ¿Qué otra solución puede encontrarse en nuestro ordenamiento positivo en general y societario en particular, cuando los accionistas de una sociedad anónima —como lo es en el caso “Condemark SA”— se desinteresan absolutamente de la suerte y del patrimonio de dicha sociedad y los directores pretenden desvincularse de la sociedad —lo cual constituye un derecho inherente de todos quienes administran bienes ajenos— y el ente cuenta con un patrimonio —en el caso, un departamento en pleno barrio de Recoleta— que necesariamente debe ser administrado?

Mal puede entonces predicarse, como lo hace Bilvao Aranda, que resulta inad-

misible la intervención judicial de una sociedad si no se inicia una acción de remoción, pues, por más que lo diga la ley, no puede ignorarse que la realidad nos pone en presencia de infinitas circunstancias en las cuales la intervención judicial de una sociedad puede considerarse una solución idónea para restablecer el funcionamiento de una sociedad, aun cuando ninguna actuación ilegítima puede serle imputada al órgano de administración de la compañía.

VI. Pero todavía hay una última consideración adicional para hacer frente a las categóricas manifestaciones contenidas en el artículo de doctrina que me ocupa: la intervención judicial requerida como medida autosatisfactiva no es idea original del suscripto, sino que ya ha sido consagrada en un fallo de la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en los autos “Burgwardt & Cía. SAIC y AG c. Cerro del Águila de Olavarría SA s/ medida precautoria”, dictado el 27 de febrero de 2013, en el cual, y como una importante excepción al requisito de la promoción de la acción de remoción de los administradores, dicho tribunal declaró admisible la medida autosatisfactiva consistente en la intervención judicial de la sociedad, a los fines de que el interventor judicial proceda a convocar a una asamblea para que los socios elijan nuevas autoridades, toda vez que la permanencia en el cargo por parte de los directores —más allá de la estipulación legal y la ausencia de otra vía procesal idónea— y la circunstancia de que cada accionista fuera titular del 50% de las acciones evitaba tener que tomar decisiones al respecto, lo cual, a juicio del tribunal de alzada, permitía reconocer la urgencia de la pretensión, en tanto el grado de conflicto exteriorizado era suficientemente demostrativo de que no podía esperarse una solución que provenga de un juicio de conocimiento en que se debata la cuestión sustancial.

Ello, sin dejar también de recordar que las medidas autosatisfactivas no son en absoluto extrañas al derecho societario y que ya han sido utilizadas con éxito dentro del ámbito del conflicto interno, como, por ejemplo, obligando a quien detenta los libros sociales a entregarlos a los legítimos administradores de la sociedad a los fines de permitir su normal funcionamiento (7).

En conclusión: el profundo conocimiento de los antecedentes del caso y la constatación de la existencia de precedentes jurisprudenciales sobre el tema considerado constituyen siempre elementos de suma importancia al momento de comentar una resolución judicial. ●

Cita on line: AR/DOC/2633/2018

### { NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(\*) Profesor Titular de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho de la UBA y de la UNDAV. Ex Inspector General de Justicia.

(1) VERÓN, Alberto V., “Desestimación del pedido de intervención judicial”, publicado en LA LEY del 14 de noviembre de 2018.

(2) Publicado en LA LEY, del 22/11/2018, p. 4.

(3) CNCom., sala A, 11/04/1989, en autos “Mattiauda Silveira, José c. Unidad Cardiorrespiratoria y de Emergencia Móvil SRL sobre medida precautoria”.

(4) CNCom., sala A, 20/07/2001, en autos “Kleiman, Luis I. c. Castro, Silvia L. s/ medida precautoria”, solución con la cual concuerda autores de la envergadura ju-

rídica de Jaime Anaya, en el prólogo al libro de Carlos MOLINA SANDOVAL, “Intervención judicial de sociedades comerciales”.

(5) Fallo firme del JNCom. N° 24, 08/06/1978, en autos “Arrabito, E. c. Forgiat SA”.

(6) MALAGARRIGA, Carlos, “Tratado Elemental de Derecho Comercial”, Ediar, Buenos Aires, t. I, ps. 713 y

ss., apoyando la resolución de la sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial del 12 de abril de 1962, que resolviera en tal sentido.

(7) CNCom., sala C, 29/04/2005, en autos “Grufintas SA c. Tasselli, Sergio s/ medida precautoria”; *idem*, sala C, 30/08/2012, en autos “TPYAC SA s/ medida precautoria”.

## NOTA A FALLO

### Testamento

Capacidad para testar. Sentencia que exige la intervención del curador para los actos de disposición. Efectos.

Véase en página 7, Nota a Fallo

La limitación de la capacidad de obrar establecida por una sentencia que exige la intervención del curador para los actos de disposición no puede interpretarse en el sentido de que priva de la capacidad para otorgar testamento, ya que éste será válido si se otorga conforme a las formalidades

exigidas por el art. 665 del Cód. Civil español.

121.614 — TS España, sala I en lo Civil, 15/03/2018. - Procedimiento N° 2093/2015.

[Cita on line: AR/JUR/37170/2018]

[El fallo *in extenso* puede consultarse en Atención al Cliente, <http://informacionlegal.com.ar> o en Preview]

# Salud mental y nulidad del testamento

## A PROPÓSITO DE UN FALLO DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL Y SU PROYECCIÓN EN LA ARGENTINA

Juan Pablo Olmo (\*)

**SUMARIO:** I. Introducción.— II. El fallo del Tribunal Supremo español.— III. La solución del caso a la luz de nuestro Código Civil y Comercial.

### I. Introducción

Mediante la res. 146/2018 del Tribunal Supremo de España, sala de lo Civil, se ratificó la validez de dos testamentos otorgados por una persona con discapacidad intelectual, cuyo diagnóstico era retraso mental leve, que habían sido atacados de nulidad por otros parientes de la causante. Teniendo en cuenta que entre el sistema legal español y el argentino existen ciertas similitudes, la sentencia en comentario reviste interés, a propósito del nuevo régimen jurídico vigente en nuestro país a partir de la entrada en vigencia el 01/08/2015 del Código Civil y Comercial. Por ello, repasaremos la cuestión allí planteada para luego intentar resolverla a la luz de nuestra legislación, por si llegara a presentarse una situación similar en el país.

### II. El fallo del Tribunal Supremo español

En primer término, haremos una breve reseña de la cronología de los hechos. El día 01/12/1993 el Ministerio Fiscal inició una demanda de incapacidad respecto de una persona. Acto seguido, esta persona el 29/12/1993 otorga un testamento en el cual nombra heredera a una prima (pariente colateral en cuarto grado). El 28/10/1995 el juzgado dicta sentencia —con una aclaración en fecha 15/11/1995— en la cual restringe la capacidad de la interesada para realizar “actos de disposición de sus bienes”, la que finalmente fue confirmada en fecha 17/07/1996. Años después, el 15/10/2012, la mujer a la cual se le había restringido la capacidad jurídica otorga un segundo testamento, en el cual vuelve a nombrar como heredera universal a su prima y también lega una finca a la hija de esta última (colateral en quinto grado). Pocos días después, el 29/10/2012, fallece.

La causante también tenía dos sobrinos, hijos de un hermano prefallecido. Se trata de parientes colaterales en tercer grado, quienes se verían desplazados de la sucesión, puesto que la ley no les asigna una porción legítima de la herencia. En efecto, en el año 2013 los nombrados interponen una demanda contra las beneficiarias de los testamentos reclamando su nulidad, para lo cual invocan que la causante no tenía capacidad suficiente para otorgarlos. Sostienen que carecía de capacidad para otorgar los testamentos al no estar en su sano juicio y no poder comprender el alcance del acto de disposición que se estaba realizando, por padecer desde siempre de una discapacidad intelectual. Respecto del segundo de los testamentos, añaden que,

además, al momento de su otorgamiento estaba vigente una sentencia que restringía su capacidad jurídica a tal fin. Por su parte, las demandadas alegaron que la discapacidad intelectual no le había impedido a la causante comprender los alcances del acto y, además, respecto del segundo testamento, que en oportunidad de su otorgamiento ante el notario intervinieron dos facultativos que justamente dieron cuenta de ello, conforme lo establece el art. 665 del Cód. Civil español (1).

Así las cosas, en primera instancia se hizo lugar a la demanda y, en consecuencia, se declaró la nulidad de ambos testamentos otorgados ante un notario. El decisorio se funda en el hecho de que la discapacidad, ya existente al momento del primer testamento, no le permitía comprender los alcances de este tipo de actos y que tampoco permitía la existencia de intervalos lúcidos. Respecto del segundo testamento, se le suma que la causante tenía restringidos los actos de disposición, lo cual alcanzaba la disposición por testamento, ya que la sentencia no distinguía entre actos de disposición *inter vivos* o *mortis causa*.

La decisión es apelada por las demandadas y, cuando llega a segunda instancia, se revoca la sentencia y se rechazan los pedidos de nulidad. En este caso, por el contrario, se consideró que la causante tenía capacidad suficiente para comprender los alcances de los actos llevados a cabo por testamento y que ambos daban cuenta de la coherencia de querer beneficiar a quienes le habían brindado apoyo y asistencia toda su vida, en quienes ella confiaba; a diferencia de los otros parientes, respecto de quienes se observaba una clara, inequívoca, coherente y decidida voluntad de excluirlos de su sucesión.

Las actoras interponen un recurso de casación y la cuestión llega a conocimiento de sala de lo Civil del Tribunal Supremo. Finalmente, el 15/03/2018 se desestima el recurso y se confirma la sentencia, entre otros, por los siguientes fundamentos: a) el principio de presunción de la capacidad, reforzado por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; b) la capacidad para testar es la regla y la incapacidad la excepción, ya que, de acuerdo con el art. 662, Cód. Civil español, la prohibición debe estar dada “expresamente”. De ello se deriva que la falta de capacidad para testar no se puede determinar ni por analogía ni por interpretación extensiva de otra incapacidad; c) la disposición de bienes *mortis causa* no puede

equipararse a los actos de disposición *inter vivos*, ya que existe una regulación específica para el otorgamiento de un testamento por personas con discapacidad mental o intelectual.

En resumen:

1. El sistema español prevé como regla la capacidad para testar, excepto que la persona accidental o habitualmente no se encuentre en su cabal juicio.

2. Asimismo, la capacidad jurídica de una persona puede ser restringida para ciertos actos a través de una sentencia, entre ellos la posibilidad de otorgar un testamento. Si los actos *mortis causa* no están mencionados expresamente en la sentencia, debe interpretarse que una eventual limitación para realizar actos de disposición se refiere sólo a los actos *inter vivos*. En este caso, la persona puede testar pero con los recaudos del art. 665, Cód. Civil español: el notario designará dos facultativos que avalen la capacidad para testar.

3. En cambio, si la sentencia restringe expresamente los actos *mortis causa*, el testamento posterior es nulo.

Por lo tanto, el primer testamento fue válido puesto que no se demostró la falta de capacidad al momento de su otorgamiento, y el segundo, no sólo por ello, sino porque la sentencia no había restringido la posibilidad de testar; de modo que la situación encuadraba en el art. 665, Cód. Civil español, en cuya observancia los facultativos se expidieron favorablemente.

### III. La solución del caso a la luz de nuestro Código Civil y Comercial

#### III.1. Restricciones a la capacidad jurídica

En la Argentina, la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume (art. 31, inc. a), Cód. Civ. y Com.) y sus limitaciones son de carácter excepcional (inc. b)). Existen tres posibles encuadres jurídicos para restringir la capacidad de una persona a través de una sentencia judicial:

1. Sentencia de capacidad restringida: “El juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes” (art. 32, párr. 1º, Cód. Civ. y Com.). En relación con dichos actos, se designarán apoyos (arts. 32, párr. 2º, y 43, Cód. Civ. y Com.) para asistir a la persona (art. 102, Cód. Civ. y Com.).

2. Sentencia de incapacidad: “Por excepción, cuando la persona se encuentre abso-

lutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador” (art. 32, párr. 4º, Cód. Civ. y Com.). El curador será el representante legal del incapaz (art. 101, inc. c), Cód. Civ. y Com.).

3. Sentencia de inhabilitación: “Pueden ser inhabilitados quienes por la prodigalidad en la gestión de sus bienes expongan a su cónyuge, conviviente o a sus hijos menores de edad o con discapacidad a la pérdida del patrimonio...” (art. 48, Cód. Civ. y Com.). La declaración de inhabilitación importa la designación de un apoyo, que debe asistir al inhabilitado en el otorgamiento de actos de disposición entre vivos y en los demás actos que el juez fije en la sentencia (arts. 49 y 43, Cód. Civ. y Com.).

#### III.2. Causales de nulidad testamentaria

En materia testamentaria, la capacidad para otorgar el testamento y revocarlo se rige por el derecho de domicilio del testador al tiempo de la realización del acto (art. 2647, Cód. Civ. y Com.). Por lo tanto, para aquellos testamentos que fueran otorgados con posterioridad a la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (2), el art. 2467 prevé ciertas causales para declarar su nulidad, entre ellas:

1. Por haber sido otorgado por una persona privada de la razón en el momento de testar. La falta de razón debe ser demostrada por quien impugna el acto (inc. c)).

2. Por haber sido otorgado por una persona judicialmente declarada incapaz. Sin embargo, ésta puede otorgar un testamento en intervalos lúcidos que sean suficientemente ciertos como para asegurar que la enfermedad ha cesado por entonces (inc. d)).

3. Por ser el testador una persona que padece limitaciones en su aptitud para comunicarse en forma oral y, además, no sabe leer ni escribir, excepto que lo haga por escritura pública, con la participación de un intérprete en el acto (inc. e)).

#### III.3. Análisis de los distintos supuestos

Para testar (3), la persona debe actuar con comprensión de los alcances del acto. De lo contrario, la voluntad jurídicamente relevante estará viciada (art. 2467, inc. c), Cód. Civ. y Com.), lo cual provocará la nulidad del acto; o bien, directamente no habrá voluntad expresada por el testador, puesto que se encuentra absolutamente imposibilitado de expresarla al no poder interaccionar con su entorno (inc. d)). En rigor de verdad, en este último caso no habría nulidad por estar viciado el consen-

### { NOTAS }

#### Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(\*) Abogado (UBA). Especialista en Derecho de Familia (UBA). Docente de grado y posgrado en las áreas de Derecho de Familia, Salud Mental y Discapacidad. Defensor Público, Tutor, Titular de la Defensoría Pública Tutoría N° 1 de la Capital Federal.

(1) El Código Civil español regula la capacidad para disponer por testamento en sus arts. 662 a 666. Art. 662, Cód. Civil español: “Pueden testar todos

aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente”. Art. 663, Cód. Civil español: “Están incapacitados para testar: 1º Los menores de catorce años de uno y otro sexo. 2º El que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio”. Art. 664, Cód. Civil español: “El testamento hecho antes de la enajenación mental es válido”. Art. 665, Cód. Civil español: “Siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad

para testar pretenda otorgar testamento, el notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad”. Art. 666, Cód. Civil español: “Para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento”.

(2) En cambio, si el testamento fue otorgado antes de la entrada en vigencia del nuevo Código, se regirá según

las pautas del Código Civil derogado (arts. 3615, 3616 y 3617, Cód. Civil), a pesar de que la muerte del testador —y con ello la apertura de la sucesión (art. 2277, Cód. Civ. y Com. de la Nación)— se haya producido estando vigente el nuevo Código.

(3) Para un desarrollo más detallado, nos remitimos a OLMO, Juan P., “Salud mental y discapacidad. Análisis del Código Civil y Comercial de la Nación”, Ed. Dunken, Buenos Aires, 2017, 2ª ed. ampl., ps. 173 y ss.

timiento, sino que directamente no habría consentimiento.

Por lo tanto, siendo la falta de razón la excepción a la regla, quien la invoque deberá probarla si es que no hay una sentencia de capacidad restringida (art. 32, párr. 1º, Cód. Civ. y Com.) o la hay pero no afecta a dicho acto. En cambio, si hay una sentencia de capacidad restringida que limita el acto de testar, entonces se invierte la regla y si se alega no estar privado de razón a tal fin, y lo que corresponde es iniciar el cese (aunque más no sea parcial) de las restricciones (art. 47, Cód. Civ. y Com.).

A diferencia de lo que ocurre con la sentencia de capacidad restringida (art. 32, párr. 1º), de darse el caso de sentencia de incapacidad (art. 32, párr. 4º) ahí sí se aplica automáticamente el inc. d) del art. 2467, Cód. Civ. y Com., dada la absoluta imposibilidad de la persona de interactuar con el entorno y expresar su voluntad. En este caso no hay nulidad (voluntad viciada), sino que directamente no hay voluntad manifestada (inexistencia). Sin embargo, la persona podrá otorgar un testamento válido si recuperara su capacidad de comunicarse con el entorno, aun estando vigente la sentencia de incapacidad. En este caso, si bien sería nulo el testamento que haya sido otorgado por una persona judicialmente declarada incapaz, la norma deja abierta la posibilidad de probar que la persona ha podido otorgar un testamento en estado de lucidez.

En cuanto a la situación de la persona declarada inhabilitada en los términos del art. 48, Cód. Civ. y Com., la solución es similar a la de la sentencia de capacidad restringida, con la salvedad de que el art. 49, Cód. Civ. y Com., prevé que la declaración de inhabilitación importa la designación de un apoyo, que debe asistir al inhabilitado en el otorgamiento de actos de disposición entre vivos y en los demás actos que el juez fije en la sentencia. Por ende, en principio, y salvo que la sentencia aclare lo contrario, la sentencia no afecta la capacidad para disponer *mortis causa*.

Finalmente, en concordancia con las nuevas normas sobre capacidad jurídica, la causal referida a las limitaciones en la comunicación (art. 2467, inc. e), Cód. Civ. y Com.) permite a las personas que no sepan leer y escribir, y que además tengan dificultades en la comunicación oral, testar por escritura pública, con la presencia de un intérprete en el acto.

#### III.4. La resolución del caso en la Argentina

Si la situación llevada a consideración del Tribunal Supremo de España se planteara en nuestro país y debiera ser analizada desde la óptica del Código Civil y Comercial de la Nación, debería resolverse a la luz de lo normado en los arts. 32 y 2467, Cód. Civ. y Com. .

El supuesto encuadraría en el de una persona con “capacidad restringida” (art. 32, párr. 1º, Cód. Civ. y Com.) a la cual

se le restringieron los actos “de disposición de bienes”. Por lo tanto, dada la regulación específica que tienen los actos de disposición *mortis causa*, entendemos que —salvo aclaración en contrario— la restricción sólo opera respecto de los actos de disposición *inter vivos*.

De este modo, las restricciones de la sentencia no afectan a ninguno de los dos testamentos: el primero porque fue anterior a la sentencia, y el segundo porque no se restringió el acto de testar. Respecto del segundo testamento, no se requiere la evaluación previa de facultativos que certifiquen la capacidad de la persona como requisito de validez del acto.

Por otro lado, la discapacidad mental o intelectual, en principio, tampoco afecta la validez de ninguno de los dos testamentos, salvo que se compruebe que la persona no comprendía los alcances del acto al momento de testar (art. 2467, inc. c), Cód. Civ. y Com.), en cuyo caso la carga de la prueba pesa sobre quien invoque la nulidad testamentaria.

#### III.5. A modo de cierre: semejanzas y diferencias entre el derecho español y el argentino

1. Tanto en España como en la Argentina, los sobrinos de la causante (parientes colaterales en tercer grado) tienen un llamado preferente respecto de la prima (pariente colateral en cuarto grado) y de la hija de ésta (pariente colateral en quinto grado, sin vocación hereditaria), conforme

lo establecen los arts. 946 y 954, Cód. Civil español, y los arts. 2438 y 2439, Cód. Civ. y Com. .

2. En ambos países los parientes colaterales no tienen asignada una porción legítima de la herencia de la cual no pueden ser privados, de modo que la voluntad de la causante expresada en un testamento válido se impone por sobre el llamamiento legal, conforme lo establecen el art. 807, Cód. Civil español, y el art. 2444, Cód. Civ. y Com. .

3. En España, si a una persona se le restringió su capacidad jurídica sin hacerla extensiva a los actos de disposición *mortis causa*, podrá otorgar un testamento válido ante un notario, previa evaluación de dos facultativos (art. 665, Cód. Civil español); al contrario de lo que ocurre en la Argentina, donde el causante puede otorgar un testamento sin la necesidad de ese requisito previo.

4. Se ve que en ambos lados del océano Atlántico, en ocasiones, parientes con un llamamiento preferente, sin vínculo efectivo con el causante o a quien no le brindaron asistencia en vida, se presentan en el sucesorio a impugnar disposiciones testamentarias a favor de quienes sí lo han hecho, por lo general alegando razones vinculadas a la falta de salud mental al momento de testar. ●

Cita on line: AR/DOC/1620/2018

## JURISPRUDENCIA

### Contrato de trabajo

#### Despido por falta o disminución de trabajo. Rechazo.

La crisis económica, la caída del producto bruto interno, del consumo, de la actividad económica y la alta inflación no son argumentos idóneos para justificar la aplicación del art. 247 de la Ley de Contrato de Trabajo, desde que es menester que la empresa denuncie y acredite haber tomado medidas empresariales apropiadas para intentar evitar que esas circunstancias proyecten sus efectos sobre los trabajadores, habida cuenta que los riesgos propios de la actividad no deben trasladarse a quienes se desempeñan con relación de dependencia, sino que deben ser afrontados por el empresario.

121.615 — CNCom., sala D, 06/12/2018. - Organización Anselmi S.R.L. s/concurso Preventivo s/ Incidente de verificación por Zarza, Carlos Miguel.

[Cita on line: AR/JUR/66915/2018]

2ª Instancia. — Buenos Aires, diciembre 6 de 2018.

1. La concursada apeló en fs. 110/112 la decisión de fs. 107/108, en cuanto descartó la operatividad al caso del art. 247 de la LCT.

Sus fundamentos allí expuestos fueron respondidos en fs. 118/119 y en fs. 121.

2. Debe comenzar por reseñarse que la reducción en la indemnización contemplada en la mencionada normativa requiere básicamente que el empleador acredite, en forma fehaciente, que el despido se dispuso por causa de fuerza mayor o por falta o disminución de trabajo no imputable a su parte, esto es, extremos de los cuales pudiera inferirse que la supuesta falta o disminución de trabajo fueran ajenas al empleador, pues el sólo acaecimiento de esas situaciones resulta de suyo inidóneo para justificar su aplicación (esta Sala, 12/11/2009, “Marta Harff SA s/ quiebra s/ incidente de revisión por Ochoa, Antonio Luis” y sus citas, entre otros).

En otras palabras —como se explicitara en ese precedente— no es suficiente con que se invoque una involución en las ganancias sino que se le exige a la empresa demostrar que se tomaron medidas empresariales apropiadas para intentar evitar la proyección de sus efectos sobre los trabajadores, quienes no son partícipes de las crisis empresariales, ya que —como regla y en virtud del principio de ajenidad del riesgo de la empresa— los quebrantos o la baja rentabilidad de la explotación (cualquiera fuera su causa) constituyen situaciones que debe asumir el empresario, y que —en función de esas razones— la operatividad de la preceptiva en cuestión debe juzgarse con carácter restrictivo.

Con tales premisas, y teniendo a la vista la causa principal (expte. N° 8406/2016), la

cual se encuentra actualmente a estudio de esta instancia por apelaciones allí deducidas, no se comparte que los hechos señalados por la recurrente, esto es, la crisis económica nacional, la caída pronunciada del producto bruto interno, del consumo, de la actividad económica y la altísima inflación —en general—, y la rescisión intempestiva de su relación con el Ministerio de Cultura de la Nación —en particular—, sean idóneos para justificar la aplicación de la norma en debate, desde que, como se dijo, también es menester en estos casos que la empresa denuncie y acredite (en concreto) haber tomado medidas empresariales apropiadas para intentar evitar que esas circunstancias proyecten sus efectos sobre los trabajadores, habida cuenta que, como se explicitara, los riesgos propios de la actividad no deben trasladarse a quienes se desempeñan con relación de dependencia sino que deben ser afrontados por el empresario (en similar sentido, esta Sala,

09/02/2007, “Pantin SA s/ concurso preventivo s/ incidente de verificación por Rojas, Mirta” y sus citas, entre otros).

De allí que en tales condiciones descriptas y por los fundamentos expuestos, habrá de desestimarse la proposición recursiva de que se trata, con imposición de los gastos causídicos a cargo de la recurrente, en su condición de vencida (art. 68, Código Procesal).

3. Por ello, se resuelve: Rechazar el recurso en examen; con costas. Cúmplase con la comunicación ordenada por la Excm. Corte Suprema de Justicia de la Nación (Ley 26.856 y Acordadas 15/13 y 24/13) y notifíquese electrónicamente. Fecho, devuélvase sin más trámite, confiándose al magistrado de primera instancia proveer las diligencias ulteriores (art. 36, inc. 1º, Código Procesal). — Gerardo G. Vassallo. — Juan R. Garibotto. — Pablo D. Heredia.

## EDICTOS

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 5, Secretaría N° 10, sito en Libertad 731, piso 10º de Capital Federal, hace saber que HUMBERTO ROSALES ABREU, DNI N° 95.438.941, de nacionalidad cubana y de ocupación director de arte, ha iniciado los trámites tendientes a la obtención de la Ciudadanía Argentina. Cualquier persona que tuviere conocimiento del algún acontecimiento que pudiere obstaculizar a dicha concesión, deberá hacer saber su oposición fundada al Juzgado. Publíquese

por dos veces, en el lapso de quince días en el “Diario LA LEY”.

Buenos Aires, 23 de octubre de 2018  
M. Andrea Salamendy, sec.  
LA LEY: I. 14/12/18 V. 14/12/18

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 8, a cargo del Dr. Marcelo Gota, Secretaría N° 16, a mi cargo, sito en Libertad 731, 7º piso de Capital Federal, hace saber que MARELYS SANTANA PERAZA, nacida en Sagua La Grande,

Villa Clara, Cuba, el 16 de noviembre de 1969, con D.N.I. N°: 94.204.816, ha peticionado la concesión de la Ciudadanía Argentina, a fin de que los interesados hagan saber a este Juzgado las circunstancias que pudiesen obstaculizar a dicho pedido. El presente deberá ser publicado por dos veces en un lapso de quince días en el diario “LA LEY”.

Buenos Aires, 20 de septiembre de 2018

Sebastián Andrés Ferrero, sec.  
LA LEY: I. 14/12/18 V. 14/12/18