

2001 como médica de planta en el Centro de Salud Mental N° 3 “Arturo Ameghino”, integrante de la red de salud pública de CABA. Es decir, en un área de máxima esencialidad e imprescindible durante la vigencia de la pandemia COVID-19 (Coronavirus), en los términos del dec.147/2020.

Sobre la base del diagnóstico que habría emitido el profesional de la salud (neumólogo), al cual habría acudido la actora, esta padecería de hipertensión arterial. Por otra parte, según el certificado suscripto por otro profesional de la salud (psiquiatra, en este caso), el día 3 de abril de 2020 la actora habría presentado “[...] sintomatología compatible con un cuadro pánico a consecuencia de sus actuales condiciones de trabajo (médica) e hipertensión arterial”.

En ese contexto, durante los primeros días de la cuarentena, la actora interpuso una acción de amparo ante el fuero contencioso administrativo y tributario de CABA a los fines de que cautelarmente se le ordenase al Gobierno de CABA “[...] que le conceda [a la actora] la suspensión del deber de asistencia al lugar de trabajo con goce de haberes, hasta tanto concluya el ‘aislamiento social preventivo y obligatorio’ establecido por el dec. 297/2020 PEN, sus modificatorias y ampliaciones y/o hasta tanto se dicte sentencia en esta causa”. Ello, sin perjuicio de no encontrarse dentro de ninguno de los supuestos de excepción previstos en el dec. 147/2020, que la habrían habilitado a mantenerse en su domicilio y no acudir a su lugar de trabajo.

Adicionalmente, tiempo después de la presentación original, la actora amplió su demanda solicitando la declaración de inconstitucionalidad por omisión del Gobierno de CABA en cuanto, dentro de las previsiones del art. 11 del dec. 147/2020, no se había contemplado a la hipertensión como una de las comorbilidades que determinan la pertenencia a un grupo de riesgo.

El 9 de abril de 2020 se dictó sentencia de grado haciendo lugar a la medida cautelar solicitada por la actora, ordenando, en consecuencia, al Gobierno de CABA “[...] que le

conceda la suspensión del deber de asistencia al lugar de trabajo con goce de haberes, hasta tanto concluya el ‘aislamiento social preventivo y obligatorio’ establecido por el dec. 297/2020 PEN, sus modificatorias y ampliaciones y/o hasta tanto se dicte sentencia en esta causa”.

Para decidir de ese modo, el juez interviniente consideró descartada la afectación del interés público y, basándose en el diagnóstico del profesional de la salud interviniente, validó la petición de la actora sobre la base de la tutela efectiva que comprende el derecho a la salud.

IV. La sentencia de Cámara. El estándar tradicional de control jurisdiccional de la Administración en tiempos de emergencia

Notificada la sentencia del juez de grado, la demandada interpuso recurso de apelación.

Analizadas las actuaciones por parte de la sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, con fecha 16 de abril de 2020 la instancia revisora resolvió hacer lugar al recurso interpuesto por el Gobierno de CABA y, en consecuencia, dejar sin efecto la medida cautelar dictada.

Para decidir de esa forma, la instancia revisora se basó en múltiples consideraciones, todas ellas de peso, incluyendo desde el hecho de que la pretensión de la actora excedería la instancia cautelar, en tanto involucra la valoración de elementos que solo estarán disponibles luego de la sustanciación del pleito, hasta la carencia de cualquier tipo de apariencia de buen derecho por parte de aquella, al no estar enmarcada su situación entre aquellos supuestos que justifican la emisión de un permiso de ausencia extraordinario.

Ahora bien, la Cámara no se limitó a descartar la pretensión cautelar exclusivamente bajo dichos argumentos. Por el contrario, la instancia revisora optó por explayarse sobre el rol a desempeñar por el Poder Judicial en contextos de emergencia como el que estamos atravesando, asumiendo una posición

sobre los límites al ejercicio de sus funciones jurisdiccionales en lo que al control de la Administración respecta, componente esencial de cualquier Estado de Derecho.

En efecto, citando otro precedente del mismo fuero (1), la Cámara manifestó que “[...] en momentos como el actual [es decir, en el marco de contextos de emergencia] es especialmente importante para los integrantes del Poder Judicial recordar el liminar principio que ordena respetar los límites de sus competencias. La promoción indiscriminada de acciones puede, lejos de resguardar el acceso a la justicia, entorpecer los mecanismos de emergencia, como los que en el supuesto que nos ocupa se han articulado para limitar la circulación ante la crisis sanitaria en curso”.

En el mismo sentido, pero en relación particular con el alto componente técnico que da sustento a las normas dictadas tanto a nivel federal como local durante la emergencia, la Cámara sostuvo que “la función jurisdiccional debe sustraerse a la tentación de, impulsada con las mejores intenciones o imbuida de un afán de indebido protagonismo, erigirse en la última palabra en cuestiones que hacen a decisiones técnicas (médicas, en este caso), de gestión o políticas, ajenas por principio a su competencia específica”.

Esta posición, en términos generales dista de ser solitaria, representando una postura inveterada en nuestros tribunales, rechazando como regla general la procedencia de un control judicial de razonabilidad estricto. Así, por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha manifestado en sendas oportunidades que resulta ajeno a la competencia del Poder Judicial determinar si debieron elegirse unos u otros medios distintos de los adoptados en definitiva por la Administración, descartando el análisis de proporcionalidad, en particular, en lo que respecta al subprincipio de necesidad o de medio menos restrictivo (2).

Proporcionalidad que debe manifestarse en el accionar del sector público para que su intervención en la esfera particular sea

considerada legítima y al que se ha referido la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos el pasado 9 de abril de 2020 en relación con las medidas que los Estados adopten en general para hacer frente a la pandemia que nos toca transitar, al sostener que: “[t]odas aquellas medidas que los Estados adopten para hacer frente a esta pandemia y puedan afectar o restringir el goce y ejercicio de derechos humanos deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales, y acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos”, como asimismo, en lo que respecta a las medidas que se adopten en materia de uso de la fuerza pública: “[d]ebe cuidarse que el uso de la fuerza para implementar las medidas de contención por parte de los funcionarios encargados del cumplimiento de la ley se ajuste a los principios de absoluta necesidad, proporcionalidad y precaución de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana” (3).

Es más, con salvadas y loables excepciones en materia de, p. ej., derechos de personas pertenecientes a sectores vulnerables, como, asimismo, en materia de derechos políticos y sociales, este criterio tradicional adoptado por nuestros tribunales en materia de control jurisdiccional de la Administración ha sido enfatizado con especial ahínco en materia de regulaciones dictadas al amparo de normas de emergencia (4) y parecería ser el criterio que hasta el momento habrían seguido los tribunales en el marco de la pandemia.

Por lo pronto, solo queda aguardar que el transcurso del tiempo y el devenir de las circunstancias que se desarrollen en lo que reste de la emergencia nos entreguen nuevos elementos para verificar la consolidación del criterio tradicional hoy presente en materia de control jurisdiccional de la Administración o, por el contrario, la percepción de la crisis que nos encontramos transitando como oportunidad de cambio.

Cita on line: AR/DOC/2042/2020

{ NOTAS }

(1) “Asesoría General Tutelar N° 2 c. GCBA y otros s/ medida cautelar autónoma”, EXP 2991/2020-0, del 07/04/2020.

(2) En este sentido, ver “Compañías Swift de la Plata SA - Frigorífico Armour de la Plata”, Fallos 171:349; “Inchauspe”, Fallos 199:483; “Cine Callao”, Fallos 199:530;

“Grupo Clarín”, Fallos 336:1774, entre otros. Para un análisis detenido del subprincipio de necesidad o de medio menos restrictivo, como, asimismo, de los dos restantes subprincipios que componen el principio de proporcionalidad, es decir la adecuación y la proporcionalidad en sentido estricto, recomendamos ver AGUILAR

VALDEZ, Oscar R., “El control judicial de razonabilidad de las medidas de intervención y regulación económica”, en AA.VV., *Control Público y acceso a la justicia*, Ed. RAP, Buenos Aires, 2016, ps. 333-339.

(3) Declaración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1/20, del 09/04/2020, disponible en

www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/declaracion_1_20_ESP.pdf.

(4) En este sentido, ver “Peralta”, Fallos 313:1513; “Bustos”, Fallos 327:4495, entre otros.

JURISPRUDENCIA

Notificación por medios electrónicos

Petición de divorcio. Notificación fuera del país. Utilización del correo electrónico.

En las condiciones de emergencia sanitaria, y el cierre de las fronteras por la pandemia de COVID-19, sería interminable el tiempo que llevaría notificar de la petición a la cónyuge por la vía legal prevista, que es la vía consular a través de la Cancillería Argentina, y con eso le estaríamos posponiendo al peticionante su legítimo derecho a dar por concluido un matrimonio que según lo dicho, y el tiempo transcurrido, al menos, desde su presentación original, hace mucho tiempo se ha desintegrado. Por ello, se dispone que la notificación de la petición de divorcio a la cónyuge deberá realizarse por la actuario del Juzgado de Familia a través de la casilla de correo electrónico oficial

del mismo tribunal, a su casilla de correo electrónico.

JFamilia Nro. 1, Tandil, 29/07/2020. - G. E. A. c. W. B. s/ Divorcio por presentación unilateral.

[Cita on line: AR/JUR/29139/2020]

1ª Instancia.- Tandil, julio 29 de 2020.

Considerando:

Que resulta ser un hecho notorio, que a partir de que por DNU se decretara en Argentina la emergencia sanitaria, como consecuencia del estado de pandemia provocado por el virus conocido como COVID-19, y entre las muchas medidas que se dictaron, además del aislamiento social preventivo y obligatorio, también se dispuso un cierre de fronteras. Circunstancias que también fueron adoptados por el resto de los países del mundo.

Las medidas adoptadas por el PEN, fundamentalmente las referidas al aislamiento, acarrearón como consecuencia que la SCBA dictara la suspensión de todas las actuaciones judiciales y administrativas. Suspensión que, con el tiempo y la modificación de las fases sanitarias por las que países y regiones transitan, se ha ido morigerando, sin que a la fecha se considere que la emergencia sanitaria ni en la Argentina, ni el mundo se encuentre ni superada ni totalmente controlada.

En estos tiempos de emergencia sanitaria prolongada, las actuaciones procesales, para poder mantener el servicio de justicia, han debido ser adaptadas por los Magistrados a cargo de los procesos, a las circunstancias mencionadas, apareciendo distintas resoluciones por las que se fueron cumpliendo actos procesales mediante los distintos medios telemáticos, o en domicilios constituidos en otros expedientes ver, en entre muchas otras Juzgado de Paz Laprida “S. S. G. c. G. R. A. s/ alimentos”, Juzgado nacional en los civil N° 76, 22/04/2020, sentencia interlocutoria, “C., F. A. c. B. B. s/

alimentos” - Juzgado Nacional en lo Civil N° 10 - 29/04/2020 (elDial.com - AABBAF), “Z. F. D. c. D. O. A. s/ alimentos”, expediente 2212/2020 Juzgado de Familia N° 1 San Isidro a cargo de la Dra. Mónica Urbancic de Baxter.

Las normas procesales son normas instrumentales, y se encuentran al servicio de un fin ajeno, que surge de la aplicación de las normas de fondo.

El divorcio por petición unilateral, a partir de la puesta en vigencia del Cód. Civ. y Com. de la Nación, pasó de ser propio de la jurisdicción contenciosa, en el que devenía mandatorio fundarlo, frente a la imposibilidad de acuerdo, en, por lo menos, el tiempo transcurrido de la separación, como medio de interrupción de la comunidad de vida, y en su probatoria, razón por la cual, el demandado podía contradecir dicha alegación de separación y tiempo de la misma; y esta mutación del divorcio ha devenido, en que, a mi criterio, los divorcios, hoy, deben ser considerados procesos de jurisdicción voluntaria.

Decía el maestro Couture (Couture, Eduardo J., “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”, Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 46), que la jurisdicción voluntaria, ni era jurisdicción ni era voluntaria, mientras que, para Guasp, el órgano de la jurisdicción actúa como sujeto administrativo o como administrador de derecho privado: “Jurisdicción voluntaria, es, por lo tanto, la administración judicial del derecho privado”, por lo que la jurisdicción voluntaria no es auténtica jurisdicción”

Siempre siguiendo a Guasp, el proceso es la institución jurídica de satisfacción de pretensiones. Destaca el autor mencionado que: “El estudio de la llamada jurisdicción contenciosa agota, en realidad, toda la problemática del verdadero derecho procesal. Pues aunque el proceso no se confunda con una contienda, la figura de la jurisdicción contenciosa encierra toda la serie de cuestiones que el instituto del proceso plantea...”, puntualizando, luego, que: “Proceso es solo el fenómeno jurídico de satisfacción de pretensiones (...); por lo tanto, allí donde no se trata de satisfacer coactivamente una pretensión procesal (...) no se está, ciertamente, en presencia de un verdadero proceso...” (Guasp, Jaime, “Derecho procesal civil”, 3ª edición corregida, Tomo segundo, Parte Especial, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, ps. 946/7).

Por su parte nos dice Laplacette “...El hecho de que sean los jueces quienes, tradicionalmente, conozcan en esta clase de asuntos no contenciosos, obedece, entre otras razones, a la índole estrictamente jurídica que presentan, a la facilidad con que pueden derivar en una verdadera contienda, y a la conveniencia de que ciertos actos realizados por particulares, en razón de la trascendencia de los efectos que están llamados a producir, sean objeto de una previa y segura comprobación o fiscalización”. La Jurisdicción Voluntaria y el Control de Constitucionalidad, disponible online en el siguiente [link](https://www.calz.org.ar/wp-content/uploads/2017/03/La-jurisdicci%C3%B3n-voluntaria-y-el-control-de-constitucionalidad-CARLOS-LAPLACETTE.pdf), que he accedido el 29/07/2020 <https://www.calz.org.ar/wp-content/uploads/2017/03/La-jurisdicci%C3%B3n-voluntaria-y-el-control-de-constitucionalidad-CARLOS-LAPLACETTE.pdf>.

Coincido ciertamente con esas posturas, y siguiendo a Guasp he calificado en esta misma resolución (y en todos los primeros despachos de los procesos de divorcio en el marco de lo dispuesto por el Cód. Civ. y Comercial) como “peticiones”, porque ni hay pretensión, ni hay partes. De hecho, la función del Juez es la del control de legalidad, y la del dictado de una sentencia judicial acorde a dicho control que habrá de darle marco jurídico a lo que en los hechos ya ha sucedido, el fin de la comunidad que los cónyuges instituyen al momento de celebrar el matrimonio. Estoy también convencida que se ha mantenido el divorcio en el ámbito de lo jurisdiccional, más por las cuestiones y efectos conexos del divorcio, que se avizoran contenciosos en su mayoría, que por la petición en sí misma.

Ya caracterizada la cuestión del marco jurisdiccional de esta petición y aclarado el sentido y finalidad de hacer conocer la misma al otro cónyuge, es importante entonces hacer un análisis de la eficacia del medio que se utilice para hacer dicha notificación.

Conocido es que los actos procesales son pasibles de nulidad, cuando violan las normas que los regulan, porque uno de los principios procesales de mayor importancia ha sido siempre, el *principio de legalidad*.

Este principio parte del siguiente concepto: “Las formas procesales existen para garantizar el debido proceso y, con ello, el derecho de defensa de las partes. Por lo tanto los actos procesales deben realizarse conforme

lo dispuesto por la ley procesal pues la ausencia de formas “produce desorden e incertidumbre”, Maurino, Alberto L., “Nulidades Procesales”, Ed. Astrea, ed. 2011, p. 4.

Sin embargo, también es cierto, que esos actos procesales, además de su legalidad, tienen una finalidad, es decir han sido creados, no porque el proceso sea “una misa jurídica” en el decir del maestro Couture, sino para cumplir con una función y de ahí los principios de finalidad y trascendencia, que determinan que, si a pesar del vicio el acto cumple su función y no acarrea perjuicio alguno, el mismo no puede ser declarado nulo.

Por lo tanto, y ya volviendo a la actual situación procesal, lo que efectivamente se busca no es conferir un traslado propio del marco de la defensa del derecho (art. 18 de la CN), sino hacerle conocer al otro cónyuge que se ha instado una petición que concluirá con una sentencia de divorcio, que también le pondrá fecha a la disolución de la sociedad conyugal.

Si, por otra parte, tenemos en cuenta que al 2019 se estimaban que, por día, en el mundo, circulaban 236.000 millones de correos electrónicos, no podemos menos que concordar que el *e-mail* o correo electrónico es hoy una de comunicación con un altísimo alcance en la población.

Es por ello, y estando convencida, que ningún proceso sería eficaz si desconociéramos el entorno social y si nos aferráramos a un principio de legalidad alejado del principio de finalidad de los actos procesales.

Bajo las actuales condiciones de emergencia sanitaria, y el cierre de las fronteras, no tengo ninguna duda que sería interminable el tiempo que llevaría notificar de la petición a la cónyuge por la vía legal prevista, que es la vía consular a través de la Cancillería Argentina, y con eso le estaríamos posponiendo al peticionante, su legítimo derecho a dar por concluido un matrimonio, que según lo dicho, y el tiempo transcurrido al menos, desde su presentación original, hace mucho tiempo se ha desintegrado.

Ha dicho la doctrina: “Esto es coherente con el principio de que, si un matrimonio se celebra y mantiene por la voluntad de dos personas, si una de ellas no quiere continuar, ya el proyecto de vida en común se cae y justifica la posibilidad de peticionarse el divorcio. De este modo, si ambos integrantes están de acuerdo, es claro que la petición será conjunta; pero ya si uno de ellos no quiere continuar el matrimonio, también se habilita a que solicite el divorcio por aplicación del principio de libertad y autonomía personal, además de ser beneficioso para todo el grupo familiar no tener que estar obligado por la ley a mantener un vínculo que ya no se quiere sostener” (Herrera, Marisa, “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, Dir. Lorenzetti, 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, TII, p.730).

Por lo que, resuelvo disponer, en base a los argumentos de derecho sobre los cuales ya me he explayado, que la notificación de la petición de divorcio a la Sra. B. deberá realizarse por la actuario del Juzgado a través de la casilla de correo electrónico oficial de este Juzgado de Familia, a la casilla de correo electrónico denunciada de la misma, con transcripción íntegra del presente auto y con copia de la petición a la que podrá acceder desde el link que se incluye a continuación, <http://docs.scba.gov.ar/Documentos?nombre=42076a9e-70c9-40bb-9c55-62d0f3e49732&hash=7899D214A25C2C47ABD2A448614DEFAB&nombreparch=Galvan%20c%20West%20-%20Exppte.%2022345.pdf> (art. 135, 169 y concordantes del CPCBs. As. — *Silvia I. Monserrat*.

INFOGRAFÍA



CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL 5 AÑOS DE VIGENCIA

NUEVAS FORMAS DE CONTRATACIÓN

EN LA LEGISLACIÓN Y LA JURISPRUDENCIA

Contrato de Arbitraje

Ley 22.921 (B.O. 27/09/1983)

Ratifica la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros

Ley 24.322 (B.O. 17/06/1994)

Ratifica la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Panamá, 1975)

RG I.G.J. 4/01 (B.O. 24/05/2001)

Art. 1 - La INSPECCION GENERAL DE JUSTICIA admitirá la inclusión de cláusulas arbitrales en los contratos de sociedades de responsabilidad limitada, en los estatutos de sociedades por acciones sometidas a su control y en los contratos de colaboración empresarial regulados por la Ley N° 19.550.

Dec. 276/98 (B.O. 13/03/1998)

Crea el Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo

Código Civil y Comercial

Regulado en los arts. 1649 al 1665

Ley 27.449 (B.O. 26/07/2018)

Ley de Arbitraje Comercial Internacional

Ley 23.619 (B.O. 04/11/1988)

Ratifica la Convención de Nueva York de 1958 relativa a la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras

Ley 25.223 (B.O. 14/12/1999)

Aprueba el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur.

Ley 24.240

Art. 59 (sustituido por Ley 26.361). - Tribunales Arbitrales. La autoridad de aplicación propiciará la organización de tribunales arbitrales que actuarán como amigables compondores o árbitros de derecho común, según el caso, para resolver las controversias que se susciten con motivo de lo previsto en esta ley. Podrá invitar para que integren estos tribunales arbitrales, en las condiciones que establezca la reglamentación, a las personas que teniendo en cuenta las competencias propongan las asociaciones de consumidores o usuarios y las cámaras empresarias.

Dichos tribunales arbitrales tendrán asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en todas las ciudades capitales de provincia. Regirá el procedimiento del lugar en que actúa el tribunal arbitral.

Contrato de Agencia

Código Civil y Comercial

Regulado en los arts. 1479 al 1501

Contrato de Distribución

CNCom, sala C, “Maupe, S. R. L. c. Industria Tehuelche de Schnabel, J. C.” 05/11/1981, Cita online: AR/JUR/3999/1981

CNCom, sala E, “Recoaro, Franco V. c. Marcolla, S. A.”, 16/11/1981, Cita online: AR/JUR/6539/1981

La ausencia de caracterización legal del contrato de distribución no constituye óbice para una configuración generada en el tráfico mediante la reiteración de los elementos que se incluyen en la práctica, por lo que puede ser considerado un contrato usualmente típico.

El contrato mercantil de distribución exclusiva, pese a no hallarse legalmente tipificado y reglado puede considerarse usualmente típico en su configuración característica.

Código Civil y Comercial

Regulado en los arts. 1502 al 1511

Contrato de Concesión

CSJN, “Automóviles Saavedra S.A.C.I.F v. Fiat Argentina S.A.C.I.F.”, 04/08/1988, Cita Online: 04_311v1t229

No puede sostenerse válidamente la nulidad de la cláusula del contrato de concesión que autoriza a cualquiera de los contratantes a rescindir unilateralmente el contrato sin causa. Tratándose de un contrato atípico, y por ende carente de normas expresas que lo regulen, la solución debe buscarse principalmente en la propia voluntad de las partes expresadas en la convención y en los principios generales de los contratos.

Código Civil y Comercial

Regulado en los arts. 1502 al 1511

Contrato de Franquicia

CSJN, “Rodríguez, Juan Ramón v. Compañía Embotelladora Argentina S.A. y otro.”, 15/04/1993, Cita Online: 04_316V1T107

En los contratos de distribución, concesión, franquicia y otros, la actividad normal del fabricante o concedente excluye las etapas realizadas por el distribuidor o concesionario, por lo que no existe contratación de servicios en los términos de la LCT. art. 30.

Código Civil y Comercial

Regulado en los arts. 1512 al 1524