



## BOLETÍN INFORMATIVO Octubre 2011

### **ART - Enfermedad inculpable. Un fallo sin respuestas.**

A continuación analizamos un fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo tan interesante como desalentador. La actora, croupier de un casino demanda a su empleador y ART por una supuesta hipoacusia derivado de los intensos ruidos en el lugar de trabajo.

En primera instancia la demanda es rechazada por considerar que la actora padece una enfermedad inculpable. En efecto, en el caso se había comprobado que el ruido en el casino era superior a los 70 decibeles, pero no obstante, inferiores al máximo legal admitido.

La Cámara revocó la sentencia al considerar que *“Si bien los promedios de ruidos medidos en la empresa empleadora no exceden los máximos permitidos, se informan promedios por encima de los 70 decibeles, lo que considerando ocho horas diarias de exposición genera un ambiente ruidoso (í ) que pudo razonablemente influir en el agravamiento de la hipoacusia que padece la actora.”*

Asimismo, sostuvo que *“Aun cuando no se pueda establecer que las tareas cumplidas por la trabajadora hayan sido la causa que originó la hipoacusia (í ) no cabe duda que las condiciones en las que prestó servicios, por la influencia de la música, máquinas tragamonedas y porque la ventilación era por medio de aire acondicionado sin que se abrieran ventanas contribuyeron en forma notoria al agravamiento en plazos breves de la dolencia.”*

Con relación a la ART expone que *“La Aseguradora de Riesgos del Trabajo codemandada resulta responsable en los términos del art. 1074 del Código Civil, pues no se acreditó que hubiera llevado a cabo los exámenes correspondientes a la trabajadora al momento de comenzar a intervenir como aseguradora de la demandada y ello resulta relevante, en tanto si hubiera cumplido con dicho examen, hubiera detectado la dolencia de la actora y hubiera podido sugerir la reubicación en otras tareas.”*

En definitiva, si bien fue probado en el expediente que el ruido en el casino era inferior a los máximos permitidos y por lo tanto no se pudo comprobar que las tareas hayan sido la causa que originó la hipoacusia, el Tribunal consideró que las condiciones en que se prestaron los servicios agravaron sin duda las dolencias de la actora.



Nos preguntamos: Si el ruido era inferior al máximo permitido ¿sobre qué disposición legal se basa la responsabilidad del empleador? ¿Qué medidas pudo haber tomado la ART para evitar la supuesta afección del actor? En este sentido, ¿debió la ART haber recomendado al empleador reduzca los decibeles de ruido aun cuando los mismos se encontraban por debajo de lo permitido por ley?

Estas preguntas no tienen respuesta en el fallo en cometario. ¿Habrá que estarse a las suposiciones de los magistrados por encima de la prueba? Mejor no contestar esta pregunta.

## **REPATRIACION DE FONDOS ó ASEGURADORAS**

El 26 de Octubre pasado la Superintendencia de Seguros de la Nación dictó una resolución<sup>1</sup> que establece que en el plazo de 10 días de publicada en el Boletín Oficial, las aseguradoras deberán presentar, con carácter de declaración jurada, un informe completo y detallado de todas las inversiones radicadas en el exterior correspondientes a su patrimonio.

Esta resolución salió de la mano con otras medidas similares como el decreto 1722/2011 que establece la obligatoriedad

<sup>1</sup> Resolución 36.162/2011 (Superintendencia de Seguros de la Nación)

de ingresar y liquidar la totalidad de las divisas provenientes de exportaciones de hidrocarburos (petróleo crudo, gas natural, gas licuado y derivados).

En lo específico a la norma de la SSN - se establece que en el plazo de 50 días corridos, las entidades aseguradoras deberán acreditar ante dicho organismo haber transferido la totalidad de sus inversiones y disponibilidades en el exterior a la Argentina. Vencido dicho plazo, las aseguradoras no podrán tener ningún tipo de inversión y/o disponibilidad en el exterior.

Se establece, asimismo, que la SSN podrá autorizar el mantenimiento temporario de las inversiones radicadas en el exterior, en forma excepcional y por resolución fundada, en los casos donde no existan instrumentos en el mercado local que se correlacionen razonablemente con los compromisos que deban respaldar o cuando se acredite fehacientemente la inconveniencia de adecuarse a la presente resolución. En ambos casos, las circunstancias de hecho que fundamentan la solicitud del criterio excepcional deberán ser acreditadas previo a la presentación de cada Estado Contable.



## **Escribanos - Extensión de la responsabilidad del Fondo de Garantía por actos ilícitos.**

Comentamos a continuación un reciente fallo<sup>2</sup> de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil donde el Tribunal expuso claramente los alcances de la extensión de responsabilidad al Fondo de Garantía que administra el Colegio de Escribanos por actos realizados en el ejercicio de la función notarial.

En el caso, la sentencia de primera instancia condenó al escribano por los daños y perjuicios que sufriera el actor por la apropiación de una suma de dinero entregada al escribano con vistas a su inversión en un mutuo hipotecario que no llega a formalizarse mediante la escritura pública correspondiente, ya que el escribano había desviado su destino.

El Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires apela la sentencia por cuanto hace extensiva la condena al "*Fondo de Garantía Subsidiario de Responsabilidad por el Ejercicio de la Función Notarial*" (hoy continuado por el Fondo Fiduciario de Garantía instituido por el art. 158 de la Ley local Nro. 404/2000), sosteniendo que tratándose de actos dolosos del escribano no corresponde hacerle extensiva la

condena al Fondo de Garantía que administra. La Cámara confirmó la sentencia apelada.

La Cámara considera en primer lugar que *õNo es dudoso que el fondo debe responder en forma subsidiaria por los daños y perjuicios causados por los actos realizados por los escribanos en el ejercicio de la función notarial, sea en la labor fedataria o autenticadora propiamente dicha, sea en las que por su naturaleza guardan con ella estrecha relación.õ* Y continúa: *õEn cambio, es discutible y discutido si tal responsabilidad opera igualmente cuando la actividad del escribano no ha sido realizada en el ejercicio de la función notarial, particularmente en supuestos en los que el perjuicio deriva de la apropiación de una suma de dinero entregada al escribano con vistas a su inversión en un mutuo hipotecario que no llega a formalizarse mediante la escritura pública correspondiente. No siendo ocioso señalar al respecto que cualquiera sea el encuadramiento contractual que correspondiera a esa relación jurídica - mandato, depósito u otros- la recepción del dinero por el notario con tal propósito no implica el ejercicio de la función notarial.õ*

Luego de analizar la normativa aplicable al Fondo de Garantía claramente concluye: *õí el fondo es instituido para responder*

<sup>2</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala I, õFreiria, Jorge Eduardo c. L.M.A.y.o.õ, 19/04/2011.



*por las obligaciones de los escribanos 'por los daños y perjuicios causados con motivo de actos realizados en el ejercicio de la función notarial'. Su responsabilidad no se limita, pues a los daños causados 'por actos realizados en el ejercicio de la función notarial', sino 'con motivo de actos realizados en el ejercicio de la función notarial'. Comprende así otros actos, ajenos a dicha función y aun incompatibles con ella, en tanto hayan sido realizados 'con motivo' de la misma, o sea cuando, de facto, exista entre esos actos y la función notarial una relación de medio a fin, en virtud de constituir ésta un antecedente necesario de aquéllos, tanto en el orden de la intención como de la ejecución*

## **FUSIONES DE EMPRESAS Ó TRATAMIENTO IMPOSITIVO**

Los procesos de fusiones de empresas generan innumerables dudas en lo que se refiere a su tratamiento impositivo. Los requisitos previstos en la Ley de Impuesto a las Ganancias y su decreto reglamentario, para que una reorganización empresaria sea considerada como una *reorganización libre de impuestos* traen aparejados una serie de interrogantes cuya resolución pueden generar importantes problemas financieros.

Bajo dicho régimen, en la medida en que se cumplan los requisitos establecidos, los resultados que pudieran surgir de las

fusiones, escisiones o transferencias dentro de un mismo conjunto económico no se encuentran alcanzados por el impuesto.

En un reciente fallo<sup>3</sup> de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se avaló un dictamen de la Procuración General en materia de reorganización empresaria donde hace prevalecer la realidad económica por sobre el ritualismo jurídico formal.

En efecto, uno de los requisitos previstos en la normativa, es la comunicación a la AFIP de la reorganización en un plazo de 180 días contados desde la fecha de reorganización.

En el caso, si bien la empresa había realizado la comunicación a la AFIP en tiempo y forma, en la misma, se informó que se trataba de una fusión por absorción.

La AFIP rechazó la reorganización por entender que no se habían cumplido los requisitos previstos por la normativa para las fusiones por absorción. Puntualmente, entendió que no se había cumplido con lo establecido en el artículo 105 del DR, incisos I y II, que establecen que las empresas que se reorganicen deben estar en marcha y deben haber desarrollado actividades iguales o vinculadas durante

<sup>3</sup> Corte Sup. Just. Nac; Frigorífico Paladini SA c/AFIP s/demanda, 02/03/2011.





los doce meses inmediatos anteriores a la fecha de reorganización.

El contribuyente presentó un recurso de apelación contra la decisión de la AFIP y solicitó se encauce su reorganización como efectuada dentro del mismo *õconjunto económicoö*, figura que no exige el cumplimiento de esos requisitos. También fue denegado por la AFIP.

Habiendo apelado el contribuyente tanto el Juez de Primera Instancia N° 1 de la Ciudad de Rosario como en la Sala òAö de la Cámara Federal de Apelaciones de la misma ciudad rechazaron la reorganización empresaria efectuada.

La actora interpuso recurso extraordinario y ante la denegación parcial del mismo, la apelante se presentó en queja motivando el tratamiento, en primer término, por parte de la Procuración General de la Nación.

La Señora Procuradora Fiscal hizo lugar a la queja del apelante y consideró -criterio este que primó en el seno del Máximo Tribunal para fallar en el mismo sentido- que debía declararse formalmente procedente el recurso extraordinario, revocando la sentencia apelada.

Para arribar a dicha conclusión y con sustento en el principio del informalismo a favor del administrado, señaló que la mera circunstancia de que la actora no haya comunicado desde el inicio su

reorganización bajo la forma del artículo 77, inciso c) de la ley del tributo, sino que tal notificación fue hecha con posterioridad y en el marco de un recurso de apelación no puede resultar fatal para su derecho ni obsta a que el funcionario actuante -o el juez interviniente en su caso- brinden adecuada respuesta a esta petición, aplicando las normas vigentes a los hechos y antecedentes obrantes en la causa.

Por ello, la Señora Procuradora Fiscal consideró que la solución brindada por la Cámara que se ciñe estrictamente a lo declarado por Frigorífico Villa Diego SA ante la AFIP e ignora la realidad económica de su operatoria, encierra un excesivo rigor formal y no satisface sino en forma aparente la necesidad de ser derivación del derecho vigente.

La Corte Suprema, como ya expresáramos, hizo suyo los fundamentos del dictamen de la Procuración con el alcance citado anteriormente e imponiendo las costas a la Administración Federal de Ingresos Públicos.

#### **UN òSTOPö AL PODER DE POLICIA DE LA AFIP<sup>4</sup>**

La ley de procedimientos tributarios otorga a la AFIP la facultad de disponer la

---

<sup>4</sup> òBuitron, Horacio Andrés s/ Clausura Preventiva Apelaciónö SALA I Cámara Federal de San Martín (9/11/2011)



clausura preventiva cuando se dan las circunstancias del art. 35 inc. f. de la 11.683. En tal caso, deberá ser comunicada de inmediato al juez federal quien decidirá dejarla sin efecto o mantenerla hasta tanto se regularice la situación.

La AFIP con fundamento en esta norma procedió a la clausura de un local donde la empleada que lo atendía no pudo dar respuesta a ninguno de los requerimientos de los inspectores. Frente a tal circunstancia, asumieron la falta de inscripción del titular como contribuyente y sin constatar antecedentes procedieron a la clausura preventiva.

La clausura fue revocada por el Juez pero se extendió por aproximadamente 24hs y la postergación de la intervención le causó lógicos perjuicios al dueño del local.

En sus argumentos la AFIP destacó que, conforme al ejercicio del poder de policía otorgado a ellos por ley, la finalidad de la clausura preventiva era evitar que se continúe consumando la supuesta contravención.

Si bien en ciertos casos se han admitidos funciones jurisdiccionales a la AFIP, estas se encuentran limitadas a que tal ejercicio no implique un ataque total a las atribuciones del Poder judicial, pues lo contrario implicaría autorizar la supresión o la omisión del principio de división de

poderes. Sumado a esto, las medidas tomadas por la AFIP deben guardar una adecuada proporción con las circunstancias fácticas del caso en particular.

En el presente caso, los jueces de la Sala resolvieron confirmar la declaración de inconstitucionalidad de esta norma ya que el otorgar a los funcionarios de la AFIP la potestad para clausurar unilateralmente un establecimiento comercial, sin necesidad de esperar siquiera la conformidad del juez, no se adecua al principio constitucional de la división de poderes, y además desconoce los más elementales fundamentos del principio de la tutela judicial efectiva y de la defensa en juicio.

En efecto, la medida impuesta tuvo que ser soportada por el dueño del local sin una previa revisión judicial y sin posibilidad alguna de defenderse. Era tarde para interponer cualquier tipo de defensa u objeción ya que la limitación impuesta por el órgano administrativo ya se había hecho efectiva.

En un escenario que parece cada vez más desalentador, esperamos que el Poder Judicial actúe (en caso de ser necesario) e imponga esta clase de límites a las facultades de policía de la AFIP.

**La caducidad marcaría ó Alcances y requisitos.**



La firma titular de varias marcas promovió acción a fin que se condene a dos personas a cesar definitivamente su uso como nombre comercial. Asimismo, reclamó una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por el uso indebido. En primera instancia se rechazó el planteo, al considerar que había operado la caducidad marcaria. Apelado dicho pronunciamiento por la actora, la Cámara lo revocó e hizo lugar a la demanda<sup>5</sup>.

El fallo en análisis es interesante ya que explica claramente los alcances de la caducidad marcaria.

El Tribunal explica en primer lugar que *de acuerdo con lo dispuesto por el art. 4º de la Ley N° 22.362, primer párrafo, la propiedad de una marca y la exclusividad de uso se obtienen con su registro.*

Lugo continúa con cita al Dr. Jorge Otamendi sosteniendo que *El uso de la marca puede ser efectuado por el titular del signo o bien por un tercero habilitado para hacerlo. Del propietario dependerá la voluntad inicial de utilizar la marca, sea fabricando o vendiendo directamente, o bien autorizando a otros a hacerlo. En tal caso, no será el titular del signo quien propiamente comercialice el producto o*

<sup>5</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala II, El Trust Joyero Relojero S.A. c. Carvallo, Gustavo Sergio y otro s/cese de uso de marcas, daños y perjuicios, 06/10/2011

*preste el servicio, pudiendo haber concedido una licencia y cobrar por ello cierta regalía. Lo esencial a los efectos del uso, es que el producto o servicio con la marca en cuestión se encuentre en el mercado* (confr. Jorge Otamendi, *Derecho de Marcas*, 7ª ed., pág. 250 y ss.).

Ahora bien, recordamos que la *caducidad marcaria*, se encuentra regulada en el art. 26 del mismo cuerpo legal al establecer que *A pedido de parte se declarará la caducidad de la marca que no hubiera sido utilizada en el país dentro de los cinco años previos a la fecha de la iniciación de la acción, salvo que mediaren causas de fuerza mayor.*

Así para determinar si ha existido *uso marcario* debe recurrirse a un criterio flexible, comprensivo de todo acto que tenga por consecuencia hacer aparecer al signo en el mercado, abarcando los actos de intercambio y cualquier otra forma posible de disposición del producto (v.gr., a los actos preparatorios anteriores a la comercialización seguidos de ésta, a las demostraciones, publicidad previa al lanzamiento, a la entrega de muestras gratis o en préstamo para pruebas, a los de alquiler o donación; en fin, que el término *utilización* cubre todas las formas en que una marca puede hacerse advertible en el mercado.



En este sentido, a fin de acreditar el empleo de las marcas no es menester que se pruebe que los productos a los que se aplica han sido puestos en la vidriera de un comercio o que se los haya adquirido para revender.

En base a lo expuesto la Cámara concluyo que las marcas del actor no se extinguieron y se encuentran en vigencia por haberse utilizado<sup>6</sup>, haciendo lugar al cese de uso de marca y nombre.

### **TARINGA ó ¿EL COMIENZO DEL FIN?**

La Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional<sup>7</sup> confirmó el procesamiento de los tres administradores del sitio web Taringa al determinar que son responsables de poner a disposición de los usuarios de internet los contenidos de obras literarias sin autorización de sus autores, violando así la Ley de Propiedad Intelectual (art. 72 inciso a) de la Ley 11.723).

De este modo, se analiza por primera vez en la Argentina la responsabilidad penal de los titulares de una persona jurídica por actividad desplegada por terceros (no como

actores, sino como partícipes necesarios ó òfacilitadoresö)

En resumen, los argumentos de TARINGA fueron los siguientes:

- 1) Los links desde los cuales se habría descargado las obras reproducidas ilegalmente (rapidshare.com, 4shared.com y mediafire.com) están ubicados fuera de la Argentina.
- 2) En el ámbito internacional se excluye la responsabilidad de los intermediarios en servicios de internet por contenidos generados por terceros que se difundan a través de ellos (Puntos 2, apartados òaö y òbö del Comunicado conjunto de la Relatoría de la ONU y otros Organismos Internacionales).
- 3) Que para acusar como partícipe necesario de un delito a una persona que no evita la producción de un resultado (comisión por omisión), debe acreditarse de manera clara que el agente contaba con la posibilidad física de realizar la acción mandada ó alegan que es imposible investigar el destino final de cada uno de los 20.000 post diarios que reciben para determinar cuál es lícito y cual ilícito.
- 4) Además, luego de eliminar los links con las obras ilegítimas en la página, existe la posibilidad de que estos sean òsubidosö nuevamente.

<sup>6</sup> En el caso se había demostrado la existencia de un contrato de òuso de marca comercialö.

<sup>7</sup> òNakayama, Alberto s/ Procesamiento ó CNCRIM Y CORREC SALA VI. 07/10/2011.





Estos son los argumentos en los cuales se apoyó el Tribunal para decidir el procesamiento de los administradores:

- 1) Si bien la publicación de obras sin el consentimiento de sus titulares es mediante la remisión a otro espacio de internet, lo cierto es que no es posible si no se hace a través de [www.taringa.net](http://www.taringa.net).
- 2) Que la Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión en Internet por la que se trata de deslindar de responsabilidad a los intermediarios de sus servicios por los contenidos generados por terceros que se difundan a través de ellos NO fue firmada por la Argentina, ni tampoco sus parámetros han sido receptados por la legislación interna.
- 3) Más allá de que los links desde los cuales se habrían descargado las obras reproducidas ilegalmente están ubicados fuera del país, lo cierto es que los servidores del dominio [taringa.net](http://www.taringa.net) desde donde se ofrecía su descarga registran domicilio en la Argentina.
- 4) No solo existió una omisión por parte de Taringa sino también una acción comisiva ó facilitar los medios para que los usuarios pudieran compartir y descargar gratuitamente los archivos.

A estos argumentos se le suman el hecho de que los titulares del dominio Taringa reciben un beneficio económico por la

actividad cuestionada ya que cuantas más visitas tiene el sitio, más ranqueado se encuentra y por lo tanto existen mayores posibilidades de obtener ingresos.

¿Que pase CUEVANA?