

OPANQ2 EXPTE. 20216/2022 – “LASTRA FLAVIA VALERIA Y OTROS C/ CAJA PREVISIONAL PARA PROFESIONALES DE LA PROVINCIA DE NEUQUEN S/ MEDIDA CAUTELAR”.

RESOLUCIÓN CAUTELAR

Neuquén, 19 de enero de 2022.

I.- ANTECEDENTES

a.- La pretensión cautelar (hojas 11/17)

El 17 de enero de 2022 Flavia Lastra y Marcelo Daniel Iñiguez, en carácter de profesionales matriculados del Colegio de Abogados y Procuradores de la ciudad de Neuquén y aportantes a la Caja Previsional para Profesionales de la Provincia de Neuquén (en adelante, la CPP), promovieron “demanda ordinaria de nulidad de acto jurídico” contra la CPP.

La pretensión consiste en que se declare la nulidad de la Convocatoria a Asamblea Extraordinaria de Afiliados (y de todos los actos posteriores) convocada por el Directorio para el 19 de enero de 2022 a las 19 horas, a realizarse en el Salón Rainbow del Casino Magic, ubicado en calle Planas 4005.

Como medida cautelar de no innovar, en los términos del artículo 230 del CPCyC y 27, 29 y 30 de la Ley 1305 y 252 de la Ley Nacional 19.550, pidieron que se ordene la suspensión de la asamblea.

El sustrato fáctico y jurídico de la pretensión cautelar se puede resumir en los siguientes términos:

- a.** Se convocó a la realización de la asamblea en forma presencial en lugar cerrado, lo cual omite cumplir medidas de protocolo sanitario por la pandemia, que exigen modalidad virtual o al menos mixta. En tal sentido, debe darse la opción a los afiliados de poder concurrir personalmente o por vía remota.
- b.** Ello se torna evidente si se tiene en cuenta que la CPP cuenta con 16.500 afiliados (aunque el informe actuarial de 2019 habla de 8.887 activos y 869 pasivos).

- c. En la última semana se registraron contagios de entre 1.300 y 2.100 personas en la Provincia y según los especialistas ello se incrementará en las próximas semanas.
- d. Tanto la Provincia como la Municipalidad de Neuquén cuentan con protocolos para autorizar este tipo de reuniones.
- e. Esta reunión violaría todos los protocolos vigentes, pues resulta físicamente imposible garantizar la participación de todos los afiliados convocados (entre 9.000 y 16.500) en una reunión a realizarse en un salón que tiene una capacidad máxima de 500 personas en condiciones normales.
- f. En octubre de 2021 se realizó la asamblea mediante plataforma digital en la que tuvieron posibilidad de participación efectiva todos los afiliados. Ello se omitió en esta oportunidad. Ello no permite a los afiliados participar sin riesgos y, en consecuencia, vulnera el derecho a la participación efectiva de los afiliados. De esta forma se vulneran los derechos a la salud y a la participación.
- g. La deliberación es un requisito elemental para el normal funcionamiento de una asamblea de un organismo colegiado.
- h. Esta convocatoria presencial hace pensar que lo que se busca es una baja participación de los afiliados –que priorizan su salud frente al derecho de participación- y que las decisiones sean adoptadas en segunda convocatoria por la minoría presente que se identifica con quienes lideran la administración de la CPP.
- i. Por lo expuesto, la convocatoria no reúne condiciones de razonabilidad y proporcionalidad frente a las condiciones reinantes.
- j. No se han respetado las normas vigentes en materia de protocolos sanitarios (Decreto nacional 678/21 y normas locales que adhieren).
- k. La medida cautelar resulta necesaria para evitar que una sentencia futura se torne ilusoria. Se encuentra justificadas por el evidente peligro en la demora, teniendo en cuenta su fecha de convocatoria.

b.- Medida precauteladora (hoja 20)

El mismo 17 de enero de 2022 se ordenó correr traslado de la pretensión cautelar a la CPP y, frente a la posibilidad de que se configure un perjuicio grave durante el tiempo que pueda insumir la tramitación y resolución de la medida, por elementales

razones de economía procesal y en resguardo de la efectividad de la tutela judicial, se resolvió con carácter pre-cautelar suspender la convocatoria a Asamblea Extraordinaria de Afiliados (art. 41 Ley 2223) fijada para el día 19/01/22, a las 19:00 hs. por el Directorio de la CPP.

c.- Contestación de la medida cautelar por la CPP

El 18 de enero de 2022 se presentó la CPP espontáneamente a tomar vista y copia de las actuaciones y de ese modo quedó notificada del traslado de la medida cautelar.

El 19 de enero de 2022 contestó la pretensión en los siguientes términos:

- a. No existe en la actualidad ningún tipo de impedimento jurídico para la realización de la asamblea, por lo que su prohibición judicial es un indebido avance sobre el ejercicio del derecho de reunión de los afiliados a la caja.
- b. La CPP cuenta con aproximadamente 9.000 miembros activos y 800 beneficiarios que perciben mensualmente algún beneficio previsional.
- c. La Asamblea de Afiliados es el máximo órgano de gobierno de la entidad, pues se compone de todos sus miembros, quienes cuentan por esta vía de la posibilidad de participar directamente de sus decisiones estructurales.
- d. En diciembre de 2021 el Directorio convocó a Asamblea Extraordinaria para el 19/01/2022 con el fin de tratar y eventualmente aprobar la Memoria y Balance de la entidad correspondiente a 2019.
- e. La fecha dista de ser caprichosa. Se debe a la imperiosa necesidad de aprobar el balance 2019 (postergado por la pandemia y por la falta de aprobación en la Asamblea ordinaria del 14/10/2021. Ello es así, porque de dicha aprobación depende el funcionamiento administrativo y financiero de la CPP y la posibilidad de actualizar adecuadamente los haberes de los jubilados y pensionados de la CPP.
- f. La CPP dispuso que la reunión fuera presencial en una sala con capacidad para 500 personas, debido a las dificultades de algunos afiliados para participar en modo virtual. Para ello se tuvo en cuenta que actualmente no existen restricciones para este tipo de encuentros sociales, porque el Decreto nacional 678/2021 y Decreto provincial 1680/2021, que adhirió al primero, perdieron vigencias el 31/12/2021.
- g. Esa modalidad presencial permite la intervención directa de “un universo” (Sic.) de afiliados que, de otro modo, se verían impedidos de participar por su

imposibilidad de acceso a las nuevas tecnologías.

- h.** El pedido de los actores, teniendo en cuenta la ausencia de restricciones, consiste en solicitar la creación judicial de restricciones sanitarias. La creación pretoriana de una restricción al derecho de reunión que titularizan todos los afiliados de la entidad.
- i.** Solo una ley en sentido formal y material puede establecer restricciones de derechos.
- j.** La confusión de los actores entre disenso e invalidez denota una concepción autoritaria de la sociedad, contraria a las premisas sobre las que se asienta nuestro sistema democrático, en el que el disenso es inherente a la convivencia social.
- k.** Solo corresponde a los jueces revisar la legitimidad de las decisiones, mas no su oportunidad mérito o conveniencia.
- l.** No existen restricciones sanitarias ni ningún otro elemento que derive en la ilegitimidad de la convocatoria, que garantiza “la participación de la cantidad usual de afiliados que concurren a la misma”.
- m.** De todas formas, si llegara a darse el inédito supuesto en que miles de afiliados concurrieran masivamente a participar, correspondería suspender el encuentro y garantizar un espacio más amplio. Ello es improbable y conjetural. La práctica histórica indica que la participación nunca supera el centenar de concurrentes. La más concurrida, en 2016, contó con 250 concurrentes.

d.- Intervención del Fiscal de Estado

El 19/01/2022 a las 13:01 hs. se presentó el Fiscal de Estado y contestó el traslado de la medida cautelar.

En términos generales, sus argumentos fueron los siguientes:

- a.** La Constitución impone como deber ineludible a la Provincia velar por la salud e higiene públicas, especialmente en lo que se refiere a prevención de enfermedades (art. 134). El derecho a la salud es una derivación del derecho a la vida.
- b.** Si bien es cierto que el decreto 678/21 perdió vigencia, no lo es menos que existe un actual y vertiginoso aumento de casos de Covid-19, lo cual es un hecho de público y notorio conocimiento.
- c.** Por ello, no es razonable que en un lugar con capacidad para 500 personas se realice un evento previsto para una cantidad de afiliados que supera con creces dicho número.

- d. La convocatoria no prevé la adopción de medidas sanitarias preventivas, de lo que deriva que es irrazonable, pues existen medidas alternativas para que se pueda efectuar sin riesgos para la salud.
- e. La previsión de asistencia mixta (virtual y presencial), más la información sobre condiciones sanitarias exigidas por el establecimiento era un método sencillo, de fácil adopción, que se imponía como un mecanismo moderno para evitar el riesgo de contagios masivos.

II.- ASPECTOS JURÍDICOS

1.- Encuadre normativo y recaudos de procedencia

Tal como fue planteada, la cautelar es una medida de no innovar.

La viabilidad de las medidas precautorias de la naturaleza de la aquí involucrada (de encuadre en el artículo 27 de la Ley 1305), se halla supeditada a que se demuestre la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora.

a.- Verosimilitud del derecho

En relación con el primero de los recaudos, la Corte Suprema ha destacado reiteradamente que como resulta de la naturaleza de las medidas cautelares, ellas no exigen de los magistrados el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud. Es más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no exceda del marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad¹.

En la misma línea, la Corte ha sostenido que exigir un juicio de certeza contradice la propia naturaleza del instituto cautelar, que se desenvuelve en el plano de lo hipotético o aparente².

b.- Peligro en la demora

Por otro lado, la normativa antes reseñada también exige la presencia del requisito del peligro en la demora, cuya comprobación requiere evaluar el riesgo de que, sin el dictado de la medida solicitada, la tutela jurídica definitiva que se espera de la sentencia no logre, en los hechos, su cometido.

¹ CSJN, *Fallos*, 306:2060; 330:2610, entre muchos otros.

² CSJN, *Fallos*, 330:5226, entre muchos otros.

En consecuencia, este presupuesto se configura cuando existe urgencia en evitar que la demora en la resolución del pleito principal pueda causar perjuicios apreciables al solicitante, de modo que el eventual reconocimiento del derecho invocado como fundamento de la pretensión resulte tardío³.

Al analizar el mencionado recaudo, la Corte Suprema ha afirmado que *“el examen de la concurrencia del recaudo aludido pide una apreciación atenta de la realidad comprometida con el objeto de establecer cabalmente si las secuelas que lleguen a producir los hechos que se pretenden evitar pueden restar eficacia al reconocimiento del derecho en juego, operado por una posterior sentencia”*⁴.

2.- Análisis de procedencia de la medida peticionada

La CPP La Caja Administra un sistema obligatorio de jubilaciones, pensiones y retiros basado en la solidaridad y con capitalización individual (Ley 2223, art. 1).

La CPP es una persona jurídica de derecho público no estatal, con autonomía institucional, autarquía financiera y capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones (Ley 2223, art. 2).

La afiliación a la CPP es obligatoria (Ley 2223, art. 6).

Como ente público, la CPP está integrada por un órgano de administración (el Directorio), un órgano de Gobierno (la asamblea de afiliados) y un órgano de control (la Comisión Fiscalizadora).

La asamblea es el órgano de deliberación democrática por excelencia y el ámbito en el que pueden participar todos los afiliados de la CPP que se encuentran al día en el pago de sus aportes (Ley 2223, art. 85⁵).

La asamblea (que debe ser convocada como mínimo durante 3 días en el diario de mayor circulación de la provincia y por un día en el boletín oficial) necesita de un *quorum* de la mitad más uno de los afiliados aportantes y beneficiarios en condiciones de participar. Sin embargo, una hora más tarde de la fijada para su comienzo, se reúne válidamente con los presentes. Adopta sus decisiones por simple mayoría de los presentes (Ley 2223, art. 39).

En este caso, el motivo de la convocatoria a la asamblea extraordinaria es la aprobación de la Memoria y Balance del año 2019, que no fue aprobado en la asamblea ordinaria celebrada en modalidad virtual en octubre de 2021.

3 GARCIA DE ENTERRÍA, – FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, Madrid, Civitas, 1998, p. 628.

4 CSJN, *Fallos 306:2060 y 319:1277*, entre otros.

5 *Cuando esta Ley hace referencia a afiliado aportante, y en función de ello se conceden derechos y obligaciones, se entiende que es aquel que se encuentra al día con el pago de los aportes previsionales.*

El Directorio administra la masa de dinero conformada por los aportes de los afiliados. Por lo tanto, la aprobación de los balances es un acto que reviste importancia suprema para éstos, que tienen en dicha asamblea la posibilidad de controlar cómo se invierte el dinero que ellos aportan y que esperan que sea su renta cuando pasen a la pasividad.

Toda convocatoria a asamblea debe garantizar la participación efectiva e informada de los afiliados en condiciones de participar y debe hacerlo con mayor razón una de semejante importancia, como la extraordinaria en la que se pretende aprobar un balance que ya fue censurado en su primer intento de aprobación.

Luego, sólo será respetuosa del derecho de los afiliados a participar en la decisión que en definitiva se tome respecto del balance, aquella convocatoria que permita efectivamente, y no en forma meramente formal, la participación debidamente informada de todos los afiliados en condiciones de participar.

En consecuencia, si los afiliados de la CPP se cuentan de a miles (no se cuenta en esta causa con información precisa, pero según la propia CPP cuenta con aproximadamente 9.000 afiliados activos y 800 pasivos), no respeta dicho estándar convocarlos a un salón cerrado cuya capacidad no supera el medio millar de personas.

Además, el propio Casino Magic tiene, según su página web, un protocolo según el cual no pueden ingresar a Casino Magic quienes⁶:

- a. Se hallen autoexcluidos.
- b. Pertenezcan a grupo de riesgo respecto del COVID-19.
- c. Hayan tenido contacto estrecho con un caso sospechoso o confirmado de COVID-19 en los últimos 14 días.
- d. Hayan tenido síntomas compatibles con COVID-19.

Al mismo tiempo, a quienes sí se permite el ingreso, se exige mantener 2 metros de distanciamiento social.

Luego, el aforo del Salón Rainbow (de 500 personas en condiciones de normalidad según lo afirmaron ambas partes), se ve drásticamente reducido con el deber de distanciamiento de 2 metros, que surge de la página web del propio Casino.

Además, teniendo en cuenta las restricciones de ingreso, quedarían excluidos muchos afiliados que podrían participar si la asamblea se realizara en lugar abierto o en modo virtual o mixto. Así, por ejemplo, se verían impedidos de ingresar y debatir en asamblea los afiliados catalogados como pacientes de riesgo.

⁶ <https://casinomagic.com.ar/cm/covid-19/>.

En definitiva, la convocatoria en el modo en que se ha efectuado no solo no garantiza, sino que impide desde un comienzo que puedan participar de la asamblea todos los afiliados en condiciones de hacerlo. La propia demandada lo admite cuando manifiesta que esta convocatoria garantiza la asistencia de “la cantidad usual” de afiliados que participan.

Ello, lógicamente, puede leerse a la inversa. Esta convocatoria no garantiza la participación de todos los afiliados con derecho a participar.

Más aún, es posible inferir que sólo podrían participar efectivamente de la asamblea convocada en estos términos aproximadamente unas 200 personas, cuando los afiliados de la CPP son -según las alegaciones de las partes- aproximadamente 10.000.

El hecho de que usualmente no participe más que un grupo minoritario de quienes pueden hacerlo no es un argumento válido para justificar la razonabilidad de la convocatoria. Ésta, para ser razonable y no discriminatoria, debe garantizar la posibilidad efectiva de participación de todos y cada uno de los afiliados con derecho a hacerlo y no debe impedir *a priori* la participación de ninguno de ellos. De lo contrario, vulnera potencialmente el derecho a la participación.

Es el legislador quien dispuso, como mecanismo de democracia directa, que este tipo de decisiones deben tomarse en asamblea de afiliados. El análisis y juzgamiento de la conveniencia de semejante previsión normativa queda fuera del alcance de este Juez.

Sin embargo, aquello que sí se puede ponderar es que de dicha previsión deriva que del mismo modo en que una asamblea 100 % virtual es pasible de vulnerar la posibilidad de participar de aquellos que carecen de conectividad, de alfabetización digital o acceso a las nuevas tecnologías, una enteramente presencial es potencialmente atentatoria del derecho de reunión de quienes están dentro de grupos de riesgo, son contactos estrechos o están cursando la enfermedad.

Por lo demás, el aforo del lugar sumado al distanciamiento exigido por el propio anfitrión ni siquiera garantiza que asistan a la reunión las personas que, según la propia CPP asistieron en 2016.

El deber de los jueces de custodiar la constitución consiste, sobre todo, en custodiar las reglas del debido proceso democrático, es decir, que se garanticen las pautas necesarias para esa participación, que debe ser informada, previa, y efectiva.

El debido proceso en su faz colectiva o democrática consiste en que debe garantizarse la participación previa, informada y efectiva en el procedimiento de toma de decisiones de todas aquellas personas que resultarán directamente afectadas en definitiva

por la decisión que sea el corolario de dicho procedimiento. Esta convocatoria parece tender justamente a lo contrario.

Asiste razón a la demandada en cuanto a que los decretos invocados por la actora han perdido vigencia el 31/12/2021. Sin embargo, la convocatoria no garantiza el debido proceso democrático incluso en este escenario de ausencia de restricciones, pues aún sin protocolos sanitarios no es posible que participen de la asamblea más que un escaso porcentaje de los afiliados en condiciones de participar.

Por lo demás, más allá de que los Decretos mencionados por la parte actora no están vigentes, de la consulta a la página web del casino Magic surge *prima facie* que existen restricciones del propio Casino, de las que derivaría que hay afiliados imposibilitados de participar en las condiciones de la convocatoria.

Además, es un hecho de público y notorio conocimiento que el nivel de contagios al día de hoy es enormemente superior al de octubre de 2021, fecha en la que la asamblea se celebró en modalidad virtual. En efecto, es uno de los peores momentos en cuanto a cantidad de contagios registrados por día desde el comienzo de la pandemia⁷. Esta circunstancia permite inferir que muchos afiliados tampoco podrían participar de la asamblea, por el hecho de haber sido ésta convocada en modo 100 % presencial.

Es decir que sin perjuicio de la pérdida de vigencia de los Decretos, la situación dista de ser normal. Ello debe ser ponderado por cualquier entidad pública como la CPP, a fin de que sus decisiones estén basadas en la realidad de las circunstancias fácticas.

En tales condiciones, la convocatoria no cumple *prima facie* con la exigencia de razonabilidad que debe cumplir todo acto jurídico, más allá de la pérdida de vigencia de las normas jurídicas que imponían restricciones sanitarias, porque no es idónea para garantizar la finalidad tenida en miras por el legislador. Es decir que en clave de control de proporcionalidad, esta medida no supera en principio el examen de idoneidad o adecuación.

Por ello, corresponde confirmar la suspensión de la realización de la asamblea extraordinaria.

No se me escapa que esta decisión tiene virtualmente la calidad de una sentencia y que una vez suspendida la celebración de la audiencia la CPP deberá convocar a una nueva asamblea.

Por ello, me permito instar a la CPP a que en futuras convocatorias garantice que en la asamblea puedan efectivamente participar la totalidad de los afiliados con derecho a

⁷ <https://drive.google.com/drive/folders/1aNve2fhZUvGPonLFsN-Dtnb4o8GDFeI7>.

hacerlo, independientemente de que luego muchos elijan no participar.

Por último, me permito señalar que en estos casos es prudente sopesar el daño que acarrea posponer la realización de la asamblea frente al que significaría su realización si es que luego se confirmara eventualmente la nulidad de la convocatoria.

Evidentemente esa ponderación aconseja confirmar la medida precauteladora dispuesta, que sólo significará la necesidad de una nueva convocatoria y realización de la asamblea con algún tiempo mínimo de postergación.

Por el contrario, en el hipotético caso de decretarse la nulidad de una convocatoria a una asamblea luego de un juicio de conocimiento, ello acarrearía mayores daños, tanto al interés de la actora cuanto al de la demandada.

3.- Contracautela

Corresponde determinar el alcance de la prestación de contracautela, entendida ésta como una función de garantía de los daños y perjuicios que eventualmente se puedan ocasionar al afectado, si resultase que el requirente abusó o se excedió en lo que la ley le otorga.

En dicho contexto, y a fin de establecer la relación de verosimilitud del derecho con la caución a fijar, ha de establecerse que mientras menos incertidumbre haya en el derecho invocado por el solicitante de la medida cautelar, menor será la necesidad de contracautela y viceversa, cuanto más incertidumbre haya en el derecho, mayor será la necesidad de la misma. Hay siempre una relación de contrapeso entre estos dos requisitos que no debe ser olvidada si no se quiere violar el principio de igualdad⁸.

En el presente considero que una caución juratoria deviene suficiente garantía como contracautela.

4.- Costas

Las costas se imponen en el orden causado, por tratarse de un asunto novedoso y ser algunos de los puntos abordados cuestiones dudosas de derecho (art. 68; 69 y cctes. del CPCyC y 78 del CPA). En esta decisión sobre las costas no puede dejar de ponderarse que la actora invocó los Decretos 678/21 y 1680/21, y la demandada fundó su contestación en que dichos reglamentos carecen de vigencia temporal.

III.- RESOLUCIÓN

⁸ TSJ NQN, R.I. N° 1.567/96 y R.I. N° 1.657/97, entre muchas otras.

En mérito a lo expuesto, **RESUELVO:**

1.- Hacer lugar a la medida cautelar y, en consecuencia, **mantener la suspensión de la convocatoria a Asamblea Extraordinaria de Afiliados (art. 41 Ley 2223) fijada para el día 19.01.22, a las 19:00 hs. por el Directorio de la CAJA PREVISIONAL PARA PROFESIONALES DE LA PROVINCIA DE NEUQUEN**, en el salón Rainbow del Casino Magic, sito en calle Teodoro Luis Planas N° 4.005 de esta ciudad, hasta tanto se convoque a una reunión en la que tengan efectiva posibilidad de participar todos los afiliados con derecho a hacerlo.

2.- La accionante cumplir con la caución juratoria fijada en el punto II.3 de la presente resolución.

3.- Imponer las costas en el orden causado (art. 69 CPCyC y 78 CPA).

4.- Regular los honorarios profesionales del siguiente modo:

a.- Por la actora, a Marcelo Daniel Iñiguez y Andrea Lorena Paz, en carácter conjunto de patrocinantes, en la suma de \$ 10.107 en conjunto (arts. 9; 35, 37; 39 y cctes. de la Ley 1594).

b.- Por la demandada, a Juan Justo, en doble carácter de apoderado y patrocinante, en la suma de \$ 14.150 (arts. 9; 10; 35, 37; 39 y cctes. de la Ley 1594).

c.- Sin regulación para el Fiscal de Estado (art. 2 de la Ley 1594).

5.- Registrar y **notificar electrónicamente**.

José C. Pusterla

Juez Subrogante