Nota editorial: El presente PDF es parte de los servicios de Thomson Reuters y reemplazará la versión impresa en los plazos dispuestos para el aislamiento social, preventivo y obligatorio establecido por el dec. 297/2020.

LA LEY

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

AÑO LXXXIV Nº 142 — TOMO LA LEY 2020-D

BUENOS AIRES, ARGENTINA - LUNES 3 DE AGOSTO DE 2020 — **ISSN 0024-1636**

COLUMNA DE **OPINIÓN**

Lo "no justiciable"

Ricardo A. Guibourg **(*)**

Realizar una acción es llevar a cabo una conducta cualquiera. Interponer una acción significa formular un reclamo ante los jueces. Tener acción, en cambio, equivale a ser titular de un derecho exigible. Esta ambigüedad permite decir que, frente a la acción de un tercero, una persona interpuso una acción, pero el juez entendió que el demandante carecía del derecho de acción y por eso la rechazó. Todo este galimatías, aunque habitual, no deja de ser molesto, porque los significados tienden a confundirse en ciertos casos y eso trae consecuencias.

Uno de esos casos se exhibe en la concepción de lo "no justiciable". La expresión parece hablar de aquello que no puede pedirse a los jueces, pero en realidad remite a aquello que los jueces no deben conceder cuando se les pide. El art. 19 de la CN dice que "las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados". Pero, en caso de controversia, es el magistrado quien ha de decidir si el caso versa sobre una acción privada exenta de su propia autoridad, lo que no deja de parecer paradojal.

Dice el refrán que contra el vicio de pedir existe la virtud de no dar. Pero la posibilidad de pedir (esto es, de interponer una acción) está abierta a todas las personas y a todos los reclamos, ya que todos tenemos el derecho de peticionar a las autoridades sin que para eso se requiera un permiso previo a la demanda.

No hay, pues, cosa alguna que no pueda demandarse. Lo que hay son cosas que no deben concederse, pretensiones que deben desestimarse.

➲ CONTINÚA EN PÁGINA 4

Todos somos insolventes II: El futuro del derecho concursal

Héctor O. Chomer **(*)**

SUMARIO: I. Introducción.— II. Rediseño del proceso.— III. Corolario.

➔ El debate debe concentrarse en reparar los perjuicios provocados por la pandemia, pero también en encontrar un camino que nos permita conciliar la selección de los más adecuados escudos protectorios que interponer ante eventuales nuevas crisis pandémicas y permitir a los deudores afectados la correlativa salida del laberinto concursal.

I. Introducción

Había sostenido antes que "Todos somos insolventes...", y es por eso que ahora numero como "II" este nuevo aporte **(1)**.

Y en aquella ocasión dije que "...Otra vez Argentina está en emergencia; pero esta vez no es nuestra responsabilidad ni arrastramos culpa alguna.

"En verdad la crisis nos fue contagiada como nunca antes.

"Porque encontraríamos varios ejemplos de problemas ajenos que reflejados en nuestro suelo nos perjudicaron, pero nunca tan profundamente como esta pandemia que importamos involuntariamente desde otros países.

"Coincido con muchos en que tal crisis se presenta en lo sanitario, pero también en lo social, económico, financiero y laboral.

"Y no dudo, de que hasta es posible que haya otros frentes igualmente relevantes en los que impacta la pandemia, mas creo que aquellas cuestiones antes mencionadas son las que necesitan prioritaria solución, por obvias razones de supervivencia comunitaria.

"Es que las estructuras empresarias crujen y la inestabilidad que presentan las muestran al borde de un precipicio insondable en el que si se cae, nadie sabe si sobrevivirá.

"Y la situación de los pequeños comerciantes, consumidores y asalariados no es mejor, sino que padecen el coletazo arrasador de la enfermedad extendida mundialmente.

"La gravedad de la situación se evidencia en la multiplicación geométrica de cheques rechazados en abril 2020 (en un total de 228.225, según BCRA), cuando en épocas anteriores se contaban en unos pocos miles. La Asociación de Pequeñas y Medianas Empresas (Apyme), da cuenta de que en Rosario seis de cada diez pequeñas empresas no pueden afrontar sus obligaciones vencidas.

"De eso se sigue, pienso que muy claramente, tanto la gravedad como la extensión generalizada de la crisis.

"También pienso que la lineal aplicación de la ley 24.522 no dará solución a esta tan inusual como imprevisible crisis.

"Porque la ley concursal está pensada para la crisis particular de un sujeto cuya cesación de pagos es una pequeña gota en un mar de sujetos *in bonis*; pero parafraseando al presidente Kennedy en su discurso en Berlín **(2)**, hoy '...Todos somos insolventes...'.

"Es que un gran porcentaje de las personas tienen problemas económicos graves, lo cual determina que, al contrario de aquel presupuesto central de la ley 24.522, lo usual hoy es estar endeudado.

"Sin embargo, aún no hay alternativas a la ley concursal, como otrora hubo con leyes de emergencia que disiparon las deficiencias de dicho sistema legal.

"Es por eso que, de seguido, trataré de dar alternativas a ciertas interpretaciones restrictivas de normas vigentes, en cuanto complican el acceso de los deudores a la protección concursal.

"Adelanto que el buen manejo de la compleja tecnología moderna a la que nos estamos adaptando y el incierto acceso a la conectividad que nos agobia, bien podrían solucionar muchos de los problemas que presenta la bien llamada 'Insolpandemia' **(3)**.

"Alguien me dijo una vez que no había preguntas difíciles, sino respuestas inesperadas.

"Intentaré superar el desafío y entregar alguna mínima idea, de seguro tan opinable como inesperada, para superar el encontronazo que depara la férrea aplicación de la ley 24.522 con el arrasador paso de esta crisis pandémica...". Y propuse soluciones simples para la coyuntura **(4)**.

Ahora, ya sumergidos en la pandemia y habiendo debatido cómo salir a flote, cabe reflexionar sobre qué hacer cuando concluya la tormenta y las aguas se calmen.

Porque lo vivido durante la agitada crisis sanitaria debe servir como experiencia para afrontar eventuales nuevos episodios similares.

Hemos opinado sobre cómo convivir con una cuarentena prolongada **(5)** y, ahora que sobrevivimos a esa crítica experiencia, o por lo menos eso parecería, y es nuestra esperanza, debemos aprovechar lo acontecido para proponer medidas a más largo plazo

➲ CONTINÚA EN PÁGINA 2

COLUMNA DE OPINIÓN
Lo "no justiciable"
Ricardo A. Guibourg 1

DOCTRINA
Todos somos insolventes II: El futuro del derecho concursal
Héctor O. Chomer 1

NOTA A FALLO
Prestadores de salud: legitimación activa
Susana B. Kraiselburd 5

INFOGRAFÍA
Código Civil y Comercial 5 años de vigencia. Divorcio en la legislación y la jurisprudencia..... 11

JURISPRUDENCIA
SUBROGACIÓN. Obra social que se hace cargo de los gastos médicos de una víctima de un accidente. Legitimación activa. Relaciones obligacionales autónomas. Procedencia. Responsabilidad por el riesgo de la cosa. Sobreseimiento en sede penal. Tasa de interés. Disidencia (CNCiv.)..... 5

REGULACIÓN DE HONORARIOS EN EL PROCEDIMIENTO LABORAL. Rechazo de la demanda intentada contra la ART. Adecuada proporción de los honorarios con los trabajos efectivamente cumplidos. Art. 1255 del Código Civil y Comercial. Ley aplicable (CNTrab.)..... 12

CORREO ARGENTINO
CENTRAL B
FRANQUEO A PAGAR
CUENTA N° 10259F1

Todos somos insolventes II: El futuro del derecho concursal

VIENE DE TAPA

y aplicarlas en la etapa en que se instale la "nueva normalidad" a la que tendremos que adaptarnos.

Es así que, sin presumir de que mi análisis sea completo, aportaré un catálogo de ideas, ciertamente reiterativas, que servirán como punto de referencia o disparadoras del necesario debate previo a adoptar una u otra alternativa modificatoria de la ley concursal vigente.

II. Rediseño del proceso

II.1. La cesación de pagos

He afirmado desde hace tiempo: "Cada una de las jurisdicciones en las que se litiga en nuestro país tiene una diferente visión del concepto de cesación de pagos.

"Unos, más flexible y otros tan estrecho y alambicado que pareciera inalcanzable o que nunca se la padecería.

"En fin, cualquiera fuera el caso, esa idea necesita de revisión a fin de asegurar a los sujetos concursables una adecuada protección para superar la crisis económico-financiera que pudiera aquejarlos.

"Porque no es lógico que el sujeto precavido que desea evitar caer en un estado probablemente irreparable, no pueda ampararse bajo el paraguas concursal, pues deberá aguardar hasta estar en cesación de pagos.

"Esto es, no puede prevenirla, sino que debe esperarla y cuando lo fulmine, entonces buscar ayuda que, probablemente, no podrá ayudarlo eficazmente porque ya sea tarde.

"Nada más antieconómico, pues la ley debiera ser preventiva y, más simplemente, permitir buscar la protección frente a dificultades económicas o financieras de carácter general.

"Pero la duda sobre el exacto contorno conceptual que comprende la llamada 'cesación de pagos' no solo se presenta en el concurso preventivo, sino que también, dificulta la declaración de quiebra **(6)**.

"Esas dificultades se proyectan gravemente tanto sobre el patrimonio de los sujetos que buscan protección y se les niega por el simple prurito de no encajar en lo que, según fuera la jurisdicción, se entiende como 'cesación de pagos', como en los procesos, en los que, en muchos casos, se producen dilaciones (en decidir pedidos de quiebra), o se utiliza desviadamente la ley (utilizando los pedidos de quiebra como una suerte de extorsión o proceso ejecutivísimo) **(7)**.

"Ese concepto, el que permite el ingreso al proceso supuestamente salvador o el que permite que se produzca el desbarranque hacia la quiebra, necesita ser definido con toda claridad para evitar más dificultades y vaivenes.

"No abdico de la facultad jurisdiccional de interpretación contextual, mas critico lo que, en rigor, es tan etéreo que provoca una diáspora interpretativa que conspira contra toda solución útil y eficaz..." **(8)**.

A esas consideraciones agrego ahora que las diferentes y encontradas visiones del concepto y alcance de la cesación de pagos provoca alguna laxitud interpretativa que determina la inutilidad del concepto como requisito de ingreso al proceso.

Porque, en general, la exigencia más extendida no requiere más que la confesión del pretenso concursado en el sentido de que se encuentra en cesación de pagos.

Nada más dudoso que admitir la "confesión" de la existencia de un elemento de procedibilidad sustancial.

La desnuda confesión puede resultar ciertamente eficaz en tanto suponga la autoincriminación por violación de lo prohibido y la correlativa y consciente admisión de las consecuencias o los castigos legales que ello importa; mas tal eficacia se relativiza cuando dicho reconocimiento procura alcanzar un consecuente beneficio.

Es que la protección y los beneficios del paraguas concursal no pueden quedar sujetos a la discrecional voluntad de los sujetos concursables, ni ser accesibles por la mera admisión de aquello que no aparece comprobado, pues ello supondría que el concursamiento sobreviene mecánicamente, sin control jurisdiccional de fondo o sustancial.

Es obvio que el deudor necesitado del salvataje y de la apertura de su concursamiento confesará cualquier cosa, ser marciano —por caso, y si fuera menester— e, incluso, hallarse en cesación de pagos, aun cuando no la padezca.

Es necesario repensar la utilidad de exigir ese requisito de ingreso al beneficio concursal, porque bien podríamos prescindir de él y proteger más ampliamente a todo el que necesita de amparo, no ya para superar la cesación instalada, sino para prevenirla antes de que sobrevenga.

II.2. Mayor celeridad vs. trámites inconducentes

Y, también, no solo es imprescindible repensar la utilidad y eficacia del proceso concursal tal y como aparece actualmente configurado, sino que también resulta imprescindible analizar las diferentes alternativas que se presentan para alivianar y dotar de mayor celeridad a nuestro sistema.

No solo porque, como antes señalamos, actualmente la exigencia de ciertos requisitos ha devenido vacua, sino porque, por varias razones, el proceso se ha ralentizado y la operatividad de los efectos aparentemente inmediatos se demora en perjuicio de todos.

Porque, como es sabido, los efectos que se disparan desde la presentación, en rigor, solo lo harán retroactivamente desde entonces y tras la necesaria y efectiva apertura que los habilite.

¿Es necesario poner al juez, como "cuentaporotos", a controlar la satisfacción de requisitos innecesarios o superfluos?

¿No sería mucho más razonable prescindir de tantos requisitos?

¿No sería mucho más efectivo disparar los efectos desde la presentación formularia y sencilla, por esquemática?

¿No sería mucho más conveniente que esa presentación tuviera como ineludible y directa respuesta la apertura del proceso y la consecuente protección concursal?

Y a todo eso hay que sumar lo que no lleva a ningún horizonte real por inviabilidad o inconducencia. Dos ejemplos de trámites inconducentes son, claramente, el decreto de quiebras sin activo conocido y el supuesto y mal llamado "pronto pago".

Las quiebras sin activo son un gasto para el erario público y un castigo para los síndicos que no percibirán retribución por el efectivo desarrollo de su función.

Bastaría con no decretar quiebras sin previa denuncia y comprobación de la existencia de activo y solo inhibir al deudor aplicándole algunas restricciones más, pero sin disparar un trámite liquidativo sin nada que liquidar **(9)**.

El "pronto pago" de nuestra legislación fue otrora presentado como la panacea solutoria de todos los problemas del trabajador de una empresa en cesación de pagos.

"La primera desilusión sobrevino a poco de su aparición cuando algunos advirtieron que la falta de pago de aquello reconocido como 'prontopagable' no provocaba consecuencias al deudor en concurso, por lo que, obviamente, nunca se pagaba nada pronto, ni tarde. En definitiva, advertimos azorados que la decisión que disponía el pronto pago solo era declarativa, lo cual ya revelaba la inutilidad del sistema.

"Una eternidad después de dicha revelación llegó la reforma, pero más luego llegaron otros desengaños: porque la alícuota mínima que se imponía pagar nunca podía afrontarse sin riesgo de quiebra; al fin, es que estábamos en cesación de pagos, por lo que pagar, sea cual fuera el crédito, siempre resultaba difícil.

"Y la concursada seguía difiriendo los pagos a los laborales, en la medida de que ninguna consecuencia le reportaba..." **(10)**.

O sea, es un sistema con buenas intenciones, pero que en la práctica nunca ha dado buen resultado. Y basta con ver el buen resultado que la subrogación estatal ha dado en otros países para darse cuenta de que el mal llamado "pronto pago" no es ni pronto ni, la mayor parte de las veces, pago **(11)**.

Podríamos debatir qué alcance debe tener y cuán profundo debería ser ese nuevo perfil, pero lo ciertamente indiscutible es que tenemos que rediseñar el proceso para adaptarlo a las exigencias del mundo moderno.

II.3. La universalidad

Y también destaqué que "...para mí el más relevante de los aspectos concursales, reside en la nueva visión de la universalidad que tiñe a estos procesos.

"Se trata, en fin, de establecer si, como prevé el art. 1º de la ley, cabe que los efectos concursales se extiendan sobre todo el patrimonio del cesante.

"Y es aquí donde se plantean casos en los que la revisión de ese concepto aparece ineludible, pues creo que, cualquiera fuera el grado de deuda, sería cruel privar al deudor y a su familia de una vivienda digna.

"Es menester asegurar al deudor de buena fe y a su grupo familiar, una vida decorosa, sin que la bancarrota reporte un castigo degradante de la persona humana. Para ello debe ceder el concepto de universalidad tal como se lo conoce; debe limitarse su amplitud.

"Por cierto, que ya existen resguardos tales como el sistema llamado 'bien de familia'; mas, en general no aseguran una definida protección ante la quiebra.

"Por caso, las diferentes interpretaciones y consecuente indefinición en torno de la exacta protección del bien de familia, crean mayor dificultad al no conocerse el exacto contorno de aquel resguardo y consiguientemente establece una exclusión, o amputación patrimonial más aparente que real, por lo menos en el campo falimentario **(12)**.

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) Subdirector del Departamento Económico Empresarial de la Facultad de Derecho (UBA). Profesor Titular Regular de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho (UBA). Profesor Titular de Derecho Comercial UMSA y UCSE. Disertante en varias Universidades extranjeras (Munich, Mainz, Valladolid). Vice Director del Departamento Económico y Empresarial de la Facultad de Derecho UBA. Investigador UBA. Juez Nacional en lo Comercial.

(1) CHOMER, Héctor O., "Todos somos insolventes: soluciones concursales simples", *Revista Electrónica del Departamento de Derecho Económico y Empresarial UBA*, Número Extraordinario: "Pandemia y emergencia empresarial", junio/2020.

(2) El presidente estadounidense John F. Kennedy, durante su visita a Berlín Occidental en junio de 1963, pronunció un discurso desde el balcón del Rathaus para conmemorar el decimoquinto aniversario del bloqueo comunista que luego llevó a la construcción del muro. Como acto de respaldo y adhesión dijo en alemán: "*Ich bin ein berliner*", cuya literal traducción sería: "Yo soy un berlinés", pero que aparece igualmente traducido como: "Yo también soy berlinés". Luego la frase se universalizó y tomó otra forma más omnicomprensiva, quedando: "Todos somos berlineses", como homenaje mundial a los cercados alemanes que eran aprisionados por el régimen comunista de la mal llamada Alemania Democrática. Bien podríamos aplicar la frase a la situación económica actual, en que las estadísticas son demoledoras y muestran una clara morosidad generalizada. Por eso "todos somos insolventes" es solo una frase que busca brindar apoyo, comprensión y solidaridad para aquellos que padecen las tan imprevistas como indeseadas consecuencias económicas de la pandemia.

(3) ANICH, Juan, "La insolpandemia. La insolvencia en tiempos de pandemia", *LinkedIn*, 09/04/2020.

(4) CHOMER, Héctor O., "Todos somos insolventes: soluciones concursales simples", ob. cit.

(5) Ver nota 4.

(6) CHOMER, Héctor O. - SÍCOLI, Jorge S., "Ley de Concursos y Quiebras 24.522 y sus modificaciones, incluidas las introducidas por la ley 26.684. Comentario exegético", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2011, 2ª ed. actual. y ampl., comentario al art. 79, ps. 171 y ss.

(7) Ver CHOMER, Héctor O., "La petición de quiebra y el (¿previo?) agotamiento de las vías individuales", *Revista de Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa,* nro. 1, año II, febrero/2011, ps. 51 y ss., y fallo allí comentado.

(8) CHOMER, Héctor O. (dir.), *Concursos y quiebras. Ley 24.522. Comentada, anotada y concordada. Complementaria del Código Civil y Comercial,* Ed. Astrea, Buenos Aires, 2016, t. I, p. 6.

(9) La Ley de Concursos alemana (art. 26) impedía la apertura del proceso en caso de no advertirse la existencia de bienes que previsiblemente alcanzaran para pagar los costos judiciales; ver también CHOMER, Héctor O., "El problema de la quiebra sin activo", *Revista de Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa*, nro. 2, año II, Ed. La Ley, agosto/2011, p. 43.

(10) CHOMER, Héctor O., "Futuro del derecho concursal", LA LEY, 2012-D, 1299.

(11) CHOMER, Héctor O., "Futuro del derecho concursal", ibídem.

(12) CHOMER, Héctor O., "La perdurable indefinición sobre la exacta protección que alcanza el bien de familia", *Revista de Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa,* nro. 3, año II, junio/2011, ps. 94 y ss., y fallo allí comentado.

"Como protección de la unidad familiar, es necesario consensuar mínimas exclusiones patrimoniales que hagan a su subsistencia, sin dejar de tutelar el correlativo derecho de los acreedores.

"Mantener ese delicado equilibrio será el desafío por emprender legislativamente..." **(13)**.

Porque la nueva protección del art. 249 del Cód. Civ. y Com. tiene lagunas, y con una interpretación no literal bien podría esquivarse esa regla.

Pero la vivienda no es la única necesidad de la familia, y los arts. 104 y 108, LCQ, no alcanzan a perfeccionar una protección suficiente.

Debiera regularse tal amparo en la ley concursal y establecerse un mínimo de patrimonio excluible de la ejecución colectiva, que fuera el imprescindible para la subsistencia digna de la familia.

Tal vez la determinación de ese mínimo debiera quedar sujeta a la apreciación judicial, según el mérito y las particularidades de cada caso.

II.4. La unidad del procedimiento

En la República Argentina existe un solo procedimiento concursal.

Por cierto, es necesario reconocer que se regulan los pequeños concursos (arts. 228 y 289, LCQ); mas esa diferenciación es también pequeña, pues no hay casi diferencia en la columna vertebral de los pequeños y grandes concursos.

Bien podría afirmarse que en este caso la solución legal es: "Todos para uno y uno para todos...". En verdad, todos tienen asignado un proceso, pues en lo estructural no hay diferencias.

He afirmado años atrás, sin mucho eco legislativo, que "...Uno de los paradigmas del derecho concursal fue la 'unidad' del proceso, esto entendido como la posibilidad de que cualquier sujeto pudiera acceder al concurso preventivo.

"En rigor, lo que sucedió fue que el proceso instituido para todos, solo sirvió para algunos.

"Porque los padecimientos de una sociedad comercial no son los mismos que los de un empleado o un jubilado.

"Los problemas de una sociedad aparecen por diferentes y muy variadas razones y, en general, tienen muy diversas soluciones a las que necesita una persona física.

"No me es posible identificar ahora, las personas afectadas por este procedimiento único. Encontrará el lector referencias bibliográficas en las que se lo menciona amplia y flexiblemente como 'persona física', en otros casos como 'consumidor' y hasta como 'persona física con ingresos regulares anuales...' limitados hasta un cierto monto e, incluso, excluyéndose al profesional universitario.

"No es que no me importe limitar más concentradamente quiénes podrían acceder a la protección del paraguas concursal, mas tal problema deberá debatirse luego de admitir que aplicar el mismo procedimiento para todos, es condenar a algunos al fracaso.

"Porque la mayoría de los concursos de personas físicas (permítaseme ahora esa acepción), concluyen en quiebra o, por lo menos, presentan infinidad de problemas y nunca solucionan los padecimientos de la gente.

"Por caso y en el esquema concursal vigente, habría que preguntarse qué propuesta puede efectuar a sus acreedores un jubilado en cesación de pagos. Es claro que la única posibilidad de alcanzar las mayorías es que sus acreedores tengan un acto de piedad, porque es imposible suponer que el deudor pueda superar sus dificultades o proponer seriamente un proyecto atractivo, con el solo respaldo de una magra jubilación estatal.

"Esa sola situación demuestra la ineficacia del proceso a fin de proteger a ciertos sujetos del mismo modo que lo logra respecto de las sociedades comerciales.

"Debería primero identificarse a quiénes no les sirve el proceso actual y, luego, debatirse si a ellos podría aplicárseles un proceso especial y diseñarlo a la medida de tales necesidades que, en general, son muy urgentes en tanto alimentarias y de subsistencia familiar.

"Lo aconsejable es abrevar en legislaciones extranjeras y adaptarlas a las necesidades locales **(14)**; mas es indiscutible el buen resultado que reporta la negociación previa a la actuación judicial. Los negociadores podrían ser expertos delegados por los colegios profesionales, las universidades, comunas, municipios, etcétera.

"Acaso tras la previa actuación de esos expertos y en caso de que fracasaran, habría que pensar un procedimiento similar al acuerdo preventivo extrajudicial (APE), con adaptaciones al caso del consumidor **(15)**. Todo es debatible.

"Cualquiera fuera la alternativa, lo cierto es que estamos retrasados en este aspecto de protección del 'consumidor' que incurre en dificultades financieras o sobreendeudamiento, por lo que es imprescindible afrontar una rápida solución..." **(16)** **(17)**.

Nada podría agregar hoy, más que el tiempo ha pasado sin solución a este problema, que parece no interesar al legislador.

II.5. Los privilegios y el llamado "acreedor involuntario"

El problema de los privilegios no es nuevo y se complica aún más con la irrupción de los llamados "involuntarios" o "vulnerables".

El tema es abordado con excelencia por Gabriela Boquín **(18)**.

Agrego yo ahora: "...Es sabido que se presentan constantes debates acerca de la pertinencia de que la ley reconozca prevalencia a uno u otro crédito, porque la comunidad evoluciona y cambia sus criterios y percepciones mucho más rápidamente de lo que el legislador puede reformar la legislación.

"Podríamos debatir y hasta disentir sobre muchos aspectos de este tema, pero hay uno en el que probablemente todos coincidamos en conciencia: aparece hasta cierto punto repugnante que ciertos créditos sean pagados y quede totalmente postergado y sin pagarse un resarcimiento a una persona impedida, o que padece las consecuencias físicas, o psíquicas de un obrar culpable del deudor.

"Si bien este es el caso que generalmente es referido como ejemplo, lo cierto es que existen muchos otros que presentan igual desagrado.

"No se trata entonces de modificar integralmente el orden de privilegios, porque siempre podrá aparecer una situación imprevisible que excederá el catálogo; por lo que, según creo, resultaría más eficaz dotar al juez concursal de amplias y flexibles facultades para que fundadamente pudiera postergar algunos de los privilegios o preferencias y pagar aquellos créditos que razonablemente entienda necesitan de atención prioritaria.

"De ese modo y sin modificaciones extremas, para atender dichas situaciones excepcionales no se imponen al juez decisiones extremas como declarar la inconstitucionalidad del orden de privilegios, sino que se le defiere a su consideración la necesidad de variar el orden de cobro.

"No se trata de permitir una mirada discrecional, sino de flexibilizar el orden granítico de los privilegios a fin de evitar claras injusticias.

"Por ello y sin privar a los privilegiados de una porción razonable, podría encontrarse una fórmula para dar una medida igualmente lógica a quien necesita de ese cobro para su subsistencia digna.

"Asegurándose también un adecuado control jurisdiccional con la implementación de la facultativa apelación contra la decisión que postergue un privilegio para dar a otro acreedor, parece que todo se acomodaría mucho mejor a lo razonable.

"Entonces, si nos repugna postergar a los necesitados, es que necesitamos una reforma..." **(19)**.

Aún la esperamos...

II.6. La renegociación del acuerdo homologado

Juan Anich presenta un desarrollo notable en este tema **(20)**, en el que me permitiré agregar alguna pequeña idea más.

Es sabido que la posición mayoritaria descarta la posibilidad —o por lo menos la desaconseja— y la pertinencia de reabrir negociaciones tras la homologación.

Esta idea se asienta básicamente sobre dos premisas: la inmutabilidad de la cosa juzgada y la confianza de los acreedores.

La característica de la inmutabilidad de la sentencia homologatoria no es absoluta en la ley 24.522.

La nulidad de los arts. 60 y ss. hace caer la cosa juzgada afectada por el dolo descubierto luego de la homologación.

Y algo similar sucede en el caso en comentario, pues la procedencia de la renegociación se apoya en la modificación radical de las circunstancias y del contexto en el que fue ofrecido a los acreedores un determinado proyecto adecuado a ese entorno.

No es que se descubra que la homologación se basó en un engaño ni que sobrevenga una ineludible imposibilidad de cumplimiento, pero han variado sustancial y profundamente los antecedentes tenidos en consideración, las circunstancias y el contexto en el que se ofrecieron las pautas del acuerdo propuesto y aceptado por los acreedores.

Y esa sustancial diferencia entre el pasado y el imprevisto presente podría derivar en la quiebra. ¿Hay necesidad de ser tan exigentes? ¿Hay necesidad de enarbolar la cosa juzgada para descartar otro acuerdo negociado y aprobado por mayorías legales?

¿Cómo podría un concursado de hoy, no facturando desde hace meses, pagar la cuota concursal?

Y que no se diga que la renegociación traiciona la confianza de los acreedores; todo lo contrario, pues si se regulara el instituto, acaso requiriendo mayorías más exigentes, las necesidades de todos podrían ser satisfechas.

II.7. La liberación o descarga del deudor

Nuestra legislación es pobre en la regulación de la llamada "descarga de deudas".

Prefiero utilizar otra denominación: la liberación.

La implementación de este sistema emparentado con la rehabilitación, pero menos inclinado a lo personal, es imprescindible no solo para recomenzar en el campo económico de un modo aligerado que habilite mejores posibilidades competitivas, sino que también lo es para que al deudor devastado emocionalmente le sea concedida otra oportunidad de torcer su pasado y aventurarse con fuerzas hacia el futuro. No es esta una oportunidad para el olvido en beneficio de quebrados desaprensivos ni abusivos o de mala fe, sino que constituye un sistema organizado para proteger a quienes, a pesar de sus esfuerzos, cayeron en insolvencia e intentan reconstruir sus vidas y las de sus familias en un nuevo escenario despojado de prejuicios y discriminaciones.

Claro que muchos de los críticos de esa chance de olvido ven una oportunidad para que sea desviadamente aprovechada por deudores de mala fe.

"...Para evitar abusos en el empleo del beneficio, la liberación o exoneración se consagra como una regla de protección del deudor honesto o de buena fe. Algunos ordenamientos describen las conductas que impiden su aplicación y exigen que el obrar correcto esté presente al momento del nacimiento de la obligación, durante el proceso de insolvencia e incluso en algunos casos, hasta el cumplimiento de las obligaciones que impone el propio procedimiento concursal **(21)**.

"En varios países se sujeta su otorgamiento al pago de un porcentaje de las acreencias,

{ NOTAS }

(13) CHOMER, Héctor O. (dir.), *Concursos y quiebras. Ley 24.522...,* ob. cit.

(14) Sobre las diferentes soluciones en la legislación comparada, recomiendo dos imperdibles obras que abordan el tema desde diferentes perspectivas: GEBHARDT, Marcelo, "Prevención de la insolvencia", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2009, ps. 151 y ss.; DASSO, A., "Derecho concursal comparado", Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2009, ts. I y II.

(15) Un interesante sistema alternativo fue propuesto por el suscripto en la investigación liderada por el académico español Don Rafael Illescas Ortiz (Universidad Carlos III de Madrid), en la que participaban, entre otros, los distinguidos profesores argentinos J. C. Veiga (UNSTA) y R. A. Etcheverry (UBA). Se trataba allí el especial supuesto de las pymes, mas podría adoptarse la idea para el comienzo del debate. Ver el "Documento para consulta pública. La flexibilización para el fomento de pequeñas y medianas iniciativas empresariales", Ed. Universidad Santo Tomás de Aquino, San Miguel de Tucumán, 2008, ps. 114-5.

(16) CHOMER, Héctor O., "La quiebra del consumidor y la presunción de fraude", LA LEY, 2012-D, 47.

(17) CHOMER, Héctor O., "Futuro del derecho concursal", ob. cit.

(18) BOQUIN, Gabriela, "Los acreedores involuntarios. Vulnerabilidad, concursos y COVID-19", *Revista Electrónica del Departamento de Derecho Económico y Empresarial UBA,* Número Especial de julio/2020.

(19) CHOMER, Héctor O., "El futuro del derecho concursal", ob. cit.

(20) ANICH, Juan, "La insolpandemia y su incidencia en los procesos concursales. Readecuación de propuestas", LA LEY del 09/06/2020.

(21) Entre ellos, se cita a Francia, Alemania, España, Colombia, Italia, Irlanda, Escocia, Canadá, Uruguay (CABALLERO GERMAIN, Guillermo, "La adquisición *a non domino* de valores anotados en cuenta", Ed. Civitas, España, 2010, p. 141, notas 33 y 34).

a través de un plan acordado con los acreedores, durante períodos de tiempo variables **(22)**.

"La inexistencia o insuficiencia de bienes no excluye de por sí la buena fe del deudor, por lo que no impide la exoneración, y en ciertos ordenamientos se regulan para esas situaciones procedimientos simplificados incluso sin sujeción a un plan de pagos..." **(23)**.

"...Nada de todo esto ocurre en nuestro ordenamiento actual, con excepción del carácter automático con que el beneficio se obtiene por ser consecuencia de la rehabilitación del deudor, y operar esta de pleno derecho (art. 236, LCQ).

"La doctrina objeta una rehabilitación indiscriminante que lleva a una liberación sin distinciones de ningún tipo, permitiendo que fallidos 'pícaros' se liberen y utilicen la quiebra como un buen negocio **(24)**. Y la jurisprudencia intenta poner límites, al advertir un uso disfuncional del derecho a quebrar como camino hacia la liberación, dando lugar a soluciones no exentas de cuestionamientos **(25)**. Esos límites han consistido, en algunos casos en impedir directamente el acceso al procedimiento falencial **(26)**, o bien a la posibilidad de rehabilitarse **(27)**, y más recientemente en la exclusión de ciertos créditos del beneficio de la liberación..." **(28)** **(29)**.

A pesar de ciertas posturas inflexibles, parece del todo necesario conceder una segunda oportunidad a quien haya demostrado su buena conducta y no ha cometido abusos en la actividad que precedió a la falencia.

Pero debemos debatir los exactos contornos de la liberación del fallido: cuándo, cómo y con qué alcance; establecer con exactitud de qué deudas puede liberarse tras el proceso y cuáles subsistirán sobreviviendo a la quiebra concluida y, tal vez, poner un límite de descargas viables **(30)**.

II.8. La despapelización de procedimientos

Se trataba de encontrar soluciones inmediatas a la imposibilidad de actuar que presentaba la cuarentena.

En ese contexto, y para eludir la parálisis, propuse —para salvar la coyuntura— un proceso alternativo que permitiera formular las insinuaciones aun en cuarentena.

Y destaqué, consciente de la provisoriedad de mi propuesta: "...En el proceso de insinuaciones '...la complicación es doble: porque ante la cuarentena y aun levantada esa, pero con las perdurables dificultades de traslados y de visitas, el problema es tanto para los insinuantes que deben presentar sus demandas, como para el síndico que las debe recibir'.

"Y en esto la propuesta es sencilla: la sede de recepción de tales insinuaciones será el sistema Lex100. O sea, que las insinuaciones se presentarán vía remota con firmas electrónicas y dirigidas a los autos concursales **(31)**. Quedará a criterio de cada juez el mantenerlas en el principal o, alternativamente, formar un incidente; pero de todo lo ingresado se deberá dar inmediata noticia al síndico **(32)**.

"Obvio que, como en cualquier demanda digitalizada, la documentación, en principio, solo será visible en sistema; por lo que deberá advertirse que la presentación supone la declaración jurada de la existencia del original digitalizado y, a la vez, de que esa copia es idéntica a aquel.

"Y si para pronunciarse la sindicatura necesitara consultar los originales, no habrá más remedio que dar un turno para que tales sean depositados en el Juzgado para que luego, a su turno **(33)**, el síndico los analice.

"Cabe aclarar que la insinuación deberá ser digitalizada con constancia de la transferencia del monto del arancel previsto por el art. 32, LC, a la cuenta que previamente hubiera señalado la sindicatura.

"Del mismo modo podrían manejarse las observaciones (art. 34, LC)..." **(34)**.

Esa propuesta puede encontrar cientos de críticas tanto formales como concursales, pero la idea solo fue instalada para superar la parálisis de la cuarentena.

Pero lo que me interesa ahora es hacer notar que no solo esta crisis necesitó de medios alternativos más modernos, sino que la llegada de la llamada "nueva normalidad" reclamará la adaptación de viejas estructuras presenciales a las más modernas de actuación remota y el abandono del formato papel por el digital.

III. Corolario

Esto nuevo que ahora sostengo constituye una mera información para comenzar el debate.

Ese debate debe concentrarse en reparar los perjuicios provocados por la pandemia, pero también en encontrar un camino que nos permita conciliar la selección de los más adecuados escudos protectorios que interponer ante eventuales nuevas crisis pandémicas y permitir a los deudores afectados la correlativa salida del laberinto concursal.

Conciliar esas alternativas no es sencillo, porque debe mirarse el pasado para comprender el porqué; hay que analizar el mapa del presente para evaluar los daños, y tratar de pensar y proyectar el futuro para evitar tropezar con la misma piedra.

No es fácil, pero de eso depende el futuro del derecho concursal. Y, lógicamente, de la solución de estos problemáticos asuntos depende nuestro futuro; porque, por ahora..., todos somos insolventes.

Cita on line: AR/DOC/2349/2020

MÁS INFORMACIÓN

Monzón, Hugo G., "Pandemia, economía y derecho concursal", RDCO 302, 163, AR/DOC/2122/2020
Pereyra, Valeria C., "El abuso del derecho en el ámbito concursal", RCCyC 2020 (julio), 37, AR/DOC/1884/2020
Gerbaudo, Germán E., "Pensar el derecho concursal frente a la pandemia por COVID-19", SJA 10/06/2020, 3, JA 2020-II, AR/DOC/1731/2020
Tévez, Alejandra N. - Souto, María Virginia, "El crédito UVA en el concurso preventivo: régimen de conversión e implicancias frente a la emergencia económica y al COVID-19", LA LEY 09/06/2020, 8, AR/DOC/1528/2020

LIBRO RECOMENDADO

Ley de Concursos y Quiebras Comentada
Autor: Molina Sandoval, Carlos A.- Junyent Bas, Francisco
Edición: 2018
Editorial: Abeledo Perrot, Bs. As.

{ NOTAS }

(22) Caso de Italia, España, Irlanda, USA, Alemania, Francia (*idem,* nota 35).

(23) En Francia (Código de Consumo), Reino Unido, Irlanda, Nueva Zelanda (*idem*, nota 36).

(24) Habilitando a que "aquellos que no dejan ni el palito del helado, se liberen" [MARTORELL, Ernesto - PINTO, Hugo J., "Problemática concursal-penal, ¿en qué consiste el sometimiento a proceso penal que permite mantener la inhabilitación del fallido (art. 236, ley 24.522)?", LA LEY, 1997-E, 1350 y ss.]; de cierta forma, "es el reinado de la impunidad" (CONIL PAZ, Alberto, "Conclusión de la quiebra. Según ley 24.522", Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1996, p. 136); "...esta nueva institución —se refiere a la liberación por rehabilitación— resulta un cuerpo extraño en un sistema tributario de otra filosofía falencial y pensado para otros operadores" (COMISIÓN DE DERECHO COMERCIAL Y ECONÓMICO DE LA ASOCIACIÓN DE ABOGADOS DE BUENOS AIRES, "Efectos del cese", p. 142). MACIEL, Hugo, "La rehabilitación del fallido. Urgente modificación de su régimen legal", LA LEY, 2000-C, 989. Se ha propuesto incluso el agravamiento de la inhabilitación ante la clausura por falta de activo para evitar las consecuencias disvaliosas de la ley (DI NOTO, Norma, "Agravamiento de la inhabilitación en el supuesto de clausura por falta de activo", en *De la insolvencia. II Congreso Iberoamericano*, Fespresa, Córdoba, 2000, p. 629).

(25) TRUFFAT, Daniel, "Pedido de propia quiebra del consumidor sobreendeudado y la crisis que seguirá a la pandemia", *Revista DECONOMI,* nro. 2: "Pandemia y emergencia empresarial", año II.

(26) En algunos casos rechazó el pedido de propia quiebra de sujetos que no acreditaban activos o solo contaban con un sueldo: CCiv. y Com. Rosario, sala IV, 07/09/2007, "Gerlo, Rolando A. s/ propia quiebra", LLLitoral 2007-1235; CCiv. y Com. Rosario, sala IV, 22/02/2008, "Tudela, Fernando H. s/ pedido de propia quiebra"; sala III, 27/08/2007, "Mac Guire, Daniel s/ pedido de quiebra"; *idem*, 12/06/2008, "Calvo Sabina, Noemí s/ quiebra"; *idem*, 23/10/2013, "Chebli, Isabel s/ propia quiebra". Más recientemente: CCiv. y Com. Santa Fe, sala I, 21/11/2019, "Urbano, Marcelo A. s/ solicita propia quiebra"; *idem*, 08/11/2019, "Fleitas, Martín I. s/ quiebra"; *idem*, 20/04/2020, "Franco, Víctor J. s/ solicitud de propia quiebra".

(27) En casos de clausura por falta de activo (art. 232, LCQ) no se ha conferido la rehabilitación con el argumento de que es necesario concluir antes la investigación penal. Esa prórroga de la inhabilitación impide su cese y la consecuencia que le sucede: la liberación. Nos hemos pronunciado en sentido contrario a esta solución, en "La clausura por falta de activo no impide el cese de la inhabilitación con plazo cumplido", ponencia presentada en el VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, Rosario, 27, 28 y 29/09/2006, *Libro de Ponencias*, t. I, p. 345.

(28) CCiv. y Com. Rosario, sala I, 30/09/2009, "Servidio, Marta s/ quiebra", inédito. Otros fallos inéditos de Rosario: Dist. CC 4ª Nom., 01/09/2011, "Orellana, Cristian s/ propia quiebra"; Dist. CC 16ª Nom., 19/07/2011, "Agnoli, Marcelo E. s/ pedido propia quiebra"; y 29/03/2011, "Reinoso Juan s/ propia quiebra". Pero recientemente se ha expedido en sentido contrario la CCiv. y Com., sala IV, 21/09/2018, "Chaparro, Domingo O. s/ propia quiebra". En estos precedentes, no se exoneraron los créditos por honorarios: CCiv. y Com. 3ª Nom. Córdoba, 11/11/2012, "Rodríguez, Graciela del Carmen —quiebra propia simple— cuerpo de ejecución de honorarios", RDCO 259-508; CCiv. y Com. 2ª Nom. Córdoba, 18/10/2012, "Suárez, Mario A. —quiebra propia simple— cuerpo de ejecución de honorarios", RDCO 259-501; C3ªCiv. Mendoza, 28/12/2015, "Doria, Rosa P. c. Conti, Claudia R. p/ ejecución honorarios", LLGran Cuyo (agosto) 2016, 465; CNCom., sala D, 24/05/2016, "Manzi, Adriana L. s/ quiebra"; *idem*, 17/09/2015, "Scalso, Ma. Rosa s/ quiebra".

(29) GARCÍA, Silvana M., "Volver a empezar... sin el peso de las deudas", *Revista Electrónica del Departamento de Derecho Económico y Empresarial UBA,* Número Especial de julio/2020.

(30) Es del todo razonable propiciar el perdón y la liberación de deudas una vez, tal vez dos..., bajo ciertas condiciones más estrictas; pero no parece tan razonable perdonar una tercera vez.

(31) Por lo que dichas insinuaciones deberían llevar firma del letrado.

(32) Habrá que estar atentos al sistema por implementar en el concurso preventivo de Vicentin SA, en jurisdicción de Santa Fe, pues sería la primera experiencia de insinuaciones remotas.

(33) Porque luego de concluida la feria es probable que la atención al público que ineludiblemente necesite concurrir al Juzgado no sea espontánea, sino programada con turnos.

(34) CHOMER, Héctor O., "Todos somos insolventes: soluciones concursales simples", ob. cit.

_COLUMNA DE **OPINIÓN**

Lo "no justiciable"

VIENE DE TAPA

¿Por qué se desestima una pretensión? Porque no está amparada por el derecho. Si no está amparada, eso significa que el acto o estado de cosas denunciado no constituye delito penal ni acto ilícito en aspecto alguno. En otras palabras, porque lo que sea que haya sido hecho, se hizo sin infringir la ley, cualquiera sea el contenido que a ella se atribuya. Esto sucede cuando un particular hace lo que le está permitido o cuando un órgano estatal ejerce una facultad, sin que su discreción exceda el marco de su competencia.

Dicho de otra manera, en conclusión, un acto es "no justiciable" cuando no está prohibido y constituye el ejercicio legítimo de un derecho o de una facultad. Para afirmar tal cosa, la conducta impugnada debe ser analizada a la luz del sistema jurídico y, en caso de controversia, este análisis constituye la función típica de la administración de justicia. Examinado desde este punto de vista, nada hay que no sea justiciable: cualquier pretensión, correcta, injustificada o incluso descabellada puede ser objeto de una demanda y, en tal supuesto, requerir una decisión judicial que la acoja o la desestime.

¿Por qué, entonces, hablar de cuestiones no justiciables en lugar de hablar de pretensiones infundadas o, derechamente, de libre ejercicio de los derechos por parte del demandado o imputado, o del ejercicio lícito del poder de un órgano dentro de los límites de su competencia? Si se examina desde la subjetividad y teniendo en cuenta la naturaleza de las cuestiones que han sido calificadas de no justiciables, es posible aventurar que la expresión encierra un lavado de manos acaso temeroso, con la excusa de la división de poderes.

Véanse, en este contexto, algunos supuestos posibles.

En el trámite de las leyes, el Congreso puede incurrir en prácticas no autorizadas por la Constitución o por sus propios reglamentos. En el uso de facultades discrecionales, el Ejecutivo puede cometer desaguisados injustificables. Planteados estos temas en el ámbito jurisdiccional, sería posible sancionar la nulidad de tales acciones o bien declarar que, cualquiera fuera su acierto o error, los actos corresponden plenamente a las atribuciones del órgano que las llevó a cabo. Sin embar-

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UBA). Profesor emérito de la UBA. Director de la Maestría en Filosofía del Derecho.

go, puede suceder que lo primero condujese a un grave conflicto y lo segundo no pudiera decirse sin dejar la impresión de que el tribunal aprueba lo que tal vez juzgase inapropiado. Decir que se trata de un tema no justiciable equivale, pues, a exclamar, como en el Evangelio, "¡aparta de mí este cáliz!".

Tal vez fuera conveniente aclarar mejor nuestro lenguaje jurídico, desterrar la ilusión de lo que no puede pedirse y, en lo posible, dejar mejor establecido qué es lo que debe o no debe concederse o admitirse. Esta última aclaración contribuiría grandemente a regularizar las decisiones y los procedimientos de los órganos estatales; a condición, claro está, de contar con una justicia independiente y respetada en todos sus niveles y ramas.

Lo dicho aquí sobre la expresión comentada resalta apenas un caso de una condición bastante extendida en el lenguaje jurídico, tan influido por los lenguajes moral y político. La contaminación de contenidos emotivos dentro de las descripciones de hecho o de derecho tiene por efecto (y, en ocasiones, por propósito consciente) inducir al interlocutor a pensar que el planteo, decisión u opinión que el sujeto sustenta no corresponde simplemente al parecer del mismo sujeto, sino que es el resultado evidente de una observación adecuada de la realidad. Observación acerca de la cual el sujeto se atribuye cierta maestría, aunque el método para ejercerla esté lejos de ser claro ni dotado de consenso intersubjetivo.

En efecto, decir que quiero esto o no quiero aquello, aunque sea con buenas razones y con plena atribución jurídica para declararlo, es socialmente incómodo, porque suena autoritario, y deja al sujeto a la intemperie de las críticas por parte de los disidentes: después de todo, las preferencias son subjetivas, no hay un método objetivo para dirimir las controversias acerca de ellas y la autoridad política o jurídica, institución que afortunadamente hemos inventado para suplir la ausencia de tal método, es una atribución contingente y carente de garantías de corrección. Asumir la responsabilidad de una decisión que luego pueda considerarse errada suele sentirse como algo peligroso y temible. El sujeto, pues, trata de respaldarse en algo, aunque sea ficticio: adopto este parecer no simplemente porque sea el mío, sino porque es lo que indudablemente corresponde, o lo que resulta de un mandato divino, o del curso irreversible de la historia, o de la soberana voluntad del pueblo, debidamente interpretada, naturalmente, por mí. De modo que, si algo sale mal, la culpa no será mía, sino de la entidad metafísica de la que afirmo depender. Y, de paso, quienes ahora se opongan a lo que digo no serán simplemente personas en desacuerdo conmigo, sino sujetos incapaces de interpretar la realidad de manera correcta o, peor aún, seres perversos que deliberadamente buscan torcerla.

Tal vez, algún día, los humanos seamos capaces de asumir la responsabilidad de cada una de nuestras opiniones —sean cuales fueren— alegando para ello los argumentos que en verdad sean los que nos convencen, y no simplemente aquellos con los que esperamos convencer a otros. Acaso, en algún tiempo, adquiramos la lealtad de valorar los hechos y sus consecuencias mediante criterios sinceros y de aplicación general, aunque bien puedan ser solo nuestros y equivocados. Si esta evolución sucede, el idioma en el que nos comunicamos acerca del derecho servirá realmente para entendernos y debatir en profundidad nuestras divergencias. Y la práctica del derecho se volverá más transparente, aun cuando todas las pretensiones que en su ámbito se formulen sean discutibles y, eventualmente, justiciables.

Cita on line: AR/DOC/2396/2020

NOTA A FALLO

Subrogación

Obra social que se hace cargo de los gastos médicos de una víctima de un accidente. Legitimación activa. Relaciones obligacionales autónomas. Procedencia. Responsabilidad por el riesgo de la cosa. Sobreseimiento en sede penal. Tasa de interés. Disidencia.

1.- Si una obra social se ha hecho cargo del pago de los gastos por la atención médica recibida por una paciente en razón de su carácter de afiliada, al constituir tales gastos parte de la indemnización de la damnificada, sin dudas opera la subrogación legal prevista por el art. 768 inc. 3 del Código Civil. **[1]**

2.- Si bien la obra social es deudora ante su asociado con motivo del contrato, resulta ser tercera en cuanto al crédito que la víctima tenía ante el responsable del daño, siendo ambas relaciones obligacionales autónomas, de modo que la que soportaba la mutual frente al afiliado no podría ser esgrimida como obstativa a la subrogación operada a raíz de la cobertura, total o parcial, del perjuicio resarcible.

3.- Los demandados reconocieron la existencia del contacto, por lo que estaba en cabeza de ellos fracturar el nexo causal entre el suceso y los daños, demostrando el caso fortuito, la culpa de la víctima o la de un tercero por el que no deba responder; aun cuando se pretenda justificar que el camión que interviniera en el accidente, por su porte, debió girar de forma más abierta —como señaló el perito mecánico—, y por ello no se encontraba en el carril más cercano al momento de la maniobra; ello no alcanza a desvirtuar las restantes pruebas colectadas, que permiten asumir que el conductor debió percibir antes de efectuar el giro a la motocicleta de las víctimas que se encontraba circulando a su lado.

4.- Si bien en sede penal se decidió sobreseer al demandado, no se afirmó en la sentencia la inexistencia del hecho principal o que el procesado no hubiera participado en el accidente; simplemente se lo absol-

Prestadores de salud: legitimación activa

Susana B. Kraiselburd **(*)**

SUMARIO: I. Introducción.— II. Fundamentos del fallo.— III. Consideraciones previas.— IV. Damnificados directos e indirectos.— V. Sucesión singular.— VI. Conclusiones.

I. Introducción

El planteo sobre si los prestadores de salud están legitimados para reclamar los gastos realizados en la atención de una víctima contra el causante del daño no es nuevo.

Hace ya veinte años abordamos este tema **(1)** con un muy querido colega, el Dr. José Fontana, hoy fallecido; y pese al tiempo transcurrido, el tema tiene aún vigencia, por lo que se abordará con algunas variantes: fundamentalmente con el agregado de la nueva normativa del Código Civil y Comercial de la Nación, que en lo fundamental no modifica el Código derogado.

El análisis, teniendo en cuenta el fallo en comentario, se circunscribirá a la legitimación activa por parte de los prestadores de salud. Es decir, si estos tienen algún derecho otorgado por la ley sustancial; y, en su caso, cuáles son las normas que facultan a accionar contra el causante del daño, a los fines de recuperar los gastos médicos-asistenciales y que la pretensión pueda ser admitida en la sentencia.

II. Fundamentos del fallo

La Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Capital Federal en fecha 26/02/2020 en los autos "Obra Social Empresarios Profesionales y Monotributistas c. Federación Patronal Seguros SA y otros s/ cobro de sumas de dinero" **(2)** con este pronunciamiento confirma el fallo de primera instancia, que había acogido la demanda instaurada por la obra social en la que se reclamaba el reintegro de gastos por ella efectuados en la atención de una víctima de accidente de tránsito contra el causante del daño, haciendo extensivos sus efectos a la aseguradora.

El fallo fue apelado por la demandada y su aseguradora; y si bien la vocal preopinante rechaza la demanda, esa postura no es acompañada por los restantes vocales, por lo que el fallo no hace lugar a la excepción de falta de legitimación activa incoada por la demandada y confirma la sentencia de baja instancia.

La Dra. Liliana Abreut de Begher, por la minoría y para fundamentar su rechazo, dice —en postura que compartimos— que la figura del pago con subrogación no resulta aplicable al reclamo por el cobro de los gastos médicos y sanatoriales que insumió la atención de un afiliado, por cuanto quien efectuó el pago tenía que hacerlo como deudor directo, y no era tercero, dado que estaba obligado ante la víctima conforme el contrato médico de salud, ya que lo medular es que si bien la obra social pagó, ella no es un tercero frente a la víctima; no hay traspaso del crédito a favor del subrogado.

Reconoce que la jurisprudencia y doctrina no han coincidido y que existen pronunciamientos en sentido contradictorio, citando doctrina y jurisprudencia a la que me remito.

Sin perjuicio de ello, entiende que el pago con subrogación no es una forma especial de pago, sino uno de sus efectos incidentales que se presenta por convenio de partes o mandato de la ley. Dice que resulta claro que no se trata de una convención y que el supuesto no encuadra en el art. 768 inc. 3º del Cód. Civil **(3)** vigente al momento del hecho, ya que el que efectuó el pago tenía derecho a hacerlo porque era un deudor directo y no un tercero, no habiendo traspaso del crédito.

Por su parte el fallo de la mayoría, que confirma la sentencia, entiende que el caso encuadra en el art. 768 inc. 3º del Código derogado, agregando que, conforme a su art. 1068, el responsable del ilícito tenía que hacerse cargo de reparar esos daños y si una obra social se ha hecho cargo de los esos gastos, al constituir tales gastos parte de la indemnización de la damnificada, sin dudas opera la subrogación legal prevista por la norma citada.

Agrega que el inc. 3º concede la subrogación a terceros no interesados que puedan incluso pagar con ignorancia del deudor; por lo tanto, no existiendo oposición expresa del deudor ni prohibición legal, el reclamo resulta viable.

También que si bien la obra social es deudora ante su asociado con motivo del contrato, resulta ser tercera en cuanto al crédito

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) Abogada (UNR) con especialidad en Derecho del Seguro. Miembro de la Comisión Directiva del Instituto de Derecho del Seguro del Colegio de Abogados de Rosario (Santa Fe); Presidenta (2001-2002) y Directora de la Publicación del mismo (2003-2018). Vicepresidenta Segunda de la Comisión Directiva de la Asociación Argentina de Derecho de Seguros. Rama Nacional de AIDA.

(1) FONTANA, José A. - KRAISELBURD, Susana B., "Prestadores de Salud: Legitimación activa contra el causante del daño", ponencia presentada en las IX Jornadas Nacionales de Derecho del Seguro, VII Conferencia Internacional y II Jornada Latinoamericana de Derecho de Seguros, 21 al 23 de septiembre de 2000, Villa Carlos Paz, Córdoba.

(2) AR/JUR/3771/2020. Procedencia de la subrogación de la obra social actora para efectuar el reclamo por el cobro de los gastos médicos y sanatoriales que insumió la atención de un afiliado, quien sufrió un accidente cuando circulaba con su motocicleta.

(3) Cód. Civil, art. 768, inc. 3º. La subrogación tiene lugar sin dependencia de la cesión expresa del acreedor, a favor:... 3º Del tercero no interesado que hace el pago, consintiéndolo tácita o expresamente el deudor, o ignorándolo.

vió al no haberse podido establecer de manera "certera y categórica" la mecánica del hecho.

5.- Aun si se considerara que la fijación de ciertos montos a valores actuales importa una indexación del crédito, no puede afirmarse que la tasa activa supere holgadamente la inflación que registra la economía nacional, de forma tal de configurar un verdadero enriquecimiento del acreedor; la fijación de tasas menores, en las actuales circunstancias del mercado, puede favorecer al deudor incumplidor, quien nuevamente se encontrará tentado de especular con la duración de los procesos judiciales, en la esperanza de terminar pagando, a la postre, una reparación menguada —a valores reales— respecto de la que habría abonado si lo hubiera hecho inmediatamente luego de la producción del daño.

6.- La figura del pago con subrogación no resulta aplicable al caso, por cuanto quien efectuó el pago tenía que hacerlo como deudor directo; y no era tercero, dado que estaba obligado ante la víctima conforme el contrato médico de salud (del voto en disidencia de la Dra. Abreut de Begher).

CNCiv., sala H, 26/02/2020. - Obra Social Empresarios Profesionales y Monotributistas c. Federación Patronal Seguros S.A. y otros s/ cobro de sumas de dinero.

[Cita on line: AR/JUR/3771/2020]

JURISPRUDENCIA VINCULADA

[1] En igual sentido. Entre otros: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, "Galeno Argentina S.A. c. Vázquez, María Luisa y otros s. cobro de sumas de dinero", 21/04/2016, AR/JUR/20958/2016.

COSTAS

Se imponen a las encartadas.

INTERESES

Se aplica la tasa activa.

2ª Instancia.- Buenos Aires, febrero 26 de 2020.

La doctora *Abreut de Begher* dijo:

I. *Agravios*

Contra la sentencia de fs. 953/965, apela la demandada y su aseguradora a fs. 973, con recurso concedido libremente a fs. 975, quienes expresan agravios a fs. 1034/1038. Corrido el pertinente traslado, el mismo ha sido contestado por la actora a fs. 1065. En consecuencia, las actuaciones se encuentran en condiciones para que sea dictado un pronunciamiento definitivo.

II. *La sentencia*

A fs. 953/965 se dictó sentencia haciéndose lugar a la demanda promovida por la parte actora, y en consecuencia, se condenó a Néstor Ángel Pensa y Federación Patronal Seguros SA a abonar a la Obra Social de Empresarios Profesionales y Monotributistas (OSDEPYM) la suma de $314.510,94, con más los intereses referidos en el considerando VI de dicho resolutorio y las costas del proceso en el término de diez días de quedar firme ese pronunciamiento.

III. *Agravios:*

El demandado y su aseguradora vierten sus quejas a fs. 1034/1036 por encontrarse disconformes con el rechazo de la excepción de falta de legitimación activa interpuesta y la admisión de la acción entablada.

Invocan que la obligación de la actora de brindar las prestaciones al afiliado lesionado, Sr. Sisti, obedece al contrato de prestaciones médicas celebrado con el mismo a cambio de la percepción de una cuota onerosa. Agregan que la accionante no hizo más que asumir las obligaciones a las cuales se había comprometido a responder con anterioridad al hecho de litis y que nunca asumió una deuda ajena, por lo que no se configuró la subrogación legal que haga viable el progreso de la acción intentada.

En esa medida, requieren que se revoque el pronunciamiento apelado y se rechace íntegramente la demanda interpuesta por la parte actora, con costas.

En subsidio, se quejan respecto a la responsabilidad atribuida a su parte en la producción del siniestro. Indican que el *a quo* tiene por ciertos extremos que jamás fueron acreditados en estas actuaciones o en la causa penal. Consideran que al haberse sobreseído el conductor del camión en sede penal, ello constituye cosa juzgada y no resulta revisable en esta instancia, al no haber aportado la parte actora nuevos elementos probatorios.

IV. *Excepción de falta de legitimación activa*

a) En el presente caso estamos en presencia de un peculiar tema en el cual la doctrina y la jurisprudencia no siempre han coincidido, llegando inclusive a observarse decisiones judiciales abiertamente encontradas. Ya me he pronunciado en esta Sala sobre el particular, en los autos Nº 40.364/14 caratulados "Obra Social de los Empleados de Comercio y Actividades Civiles (OSECAC) c. Línea 10 SA y otro s/ Cobro de Sumas de Dinero" con fecha 31 de julio del año 2017.

Algunos han entendido que la situación planteada en autos es un supuesto típico de pago con subrogación, figura que tiene lugar cuando un tercero cumple una prestación de una obligación y, en virtud de ello, sustituye al acreedor en el vínculo que tenía con su deudor (véase sobre pago con subrogación Cazeaux-Trigo Represas, "Derecho de las Obligaciones", T. II, Librería Editorial Platense, 1989, p. 831; Llambías, "Tratado de derecho civil. Obligaciones", T. II, Editorial Perrot, Lafaille, actualizado por Bueres-Mayo, "Derecho civil. Tratado de las obligaciones", T. I, LA LEY-Ediar, p. 677).

Han dicho algunas salas de este Tribunal que el pago efectuado por la mutual que prestaba cobertura a la víctima de un accidente, por los gastos asistenciales de la afiliada, configura un supuesto de pago por subrogación en los términos del art. 768 inc. 3 del Cód. Civil, que si bien desinteresa al damnificado, no extingue la deuda a cargo del autor del siniestro, quien debe responder ante la entidad asistencial (CNCiv. Sala B, "Galeno Argentina SA c. Vázquez, María L. y otros s/ cobro de sumas de dinero" del 21/04/2016, La Ley Online AR/JUR/20958/2016, ídem Sala K, "Asociación Mutualista de Empleados del Banco de la Provincia de Buenos Aires c. Galván, Norma B. y otros", del 02/05/2003, LA LEY, 2003-C, 846; ídem sala A, "Asociación Mutualista de Empleados de la Provincia de Buenos Aires c. Toledo, Juan R. y otros; s/ daños y perjuicios" del 06/05/1999,

que la víctima tenía ante el responsable del daño, siendo ambas relaciones obligacionales autónomas, de modo que la que soportaba la mutual frente al afiliado no es obstativa a la subrogación operada a raíz de la cobertura, total o parcial, del perjuicio resarcible.

Afirman que la obra social es tercera interesada, porque si el responsable no cancela su obligación indemnizatoria, aquella tiene que hacer frente a la reclamación del asociado; y que debe tenerse presente que si el responsable hubiese satisfecho de inmediato —como correspondía— los gastos derivados de la atención médica de la víctima, la mutual no habría tenido que asumirlos a pesar de estar ligada a ella por el contrato que los unía.

Como expresaremos más adelante, no compartimos este criterio.

III. Consideraciones previas

Corresponde analizar previamente qué relación o relaciones jurídicas determinan un tríptico formado por la presencia de: 1. Una víctima (en accidente de tránsito, por ejemplo). 2. Una obra social o el hospital público que brinda a esa víctima cobertura médico-asistencial por un daño a su salud que tenga relación causal con el hecho dañoso. 3. Un responsable civil que es el causante del daño.

Existe en la especie un único hecho generador, que desencadena dos órdenes de relaciones jurídicas dentro del triángulo descripto. Una primera relación que vincula a la víctima con el prestador del servicio de salud. En una segunda relación tenemos la vinculación jurídica de la víctima del accidente con él o los responsables y su aseguradora en el caso que estos contaran con seguro que cubriera su responsabilidad civil.

Resulta evidente que en ambos supuestos la víctima es acreedor, tanto del prestador del servicio de salud (obra social, prepaga u hospital público), como de su dañador. Puede percibir de cualquiera de ellos a su elección; y hasta donde llegue la extensión de su derecho, la correspondiente prestación o indemnización según corresponda. Tiene opción para reclamar a uno u otro. Lo que no podrá hacer es percibir una doble indemnización, ya que ello implicaría un enriquecimiento sin causa y excedería el principio de reposición de las cosas al estado anterior al evento dañoso.

Analizaremos, dentro del marco de nuestra legislación civil, si los prestadores de salud son damnificados (directo o indirectos); es decir, si les asiste un derecho a la indemnización propio o derivado, y en este último caso cuál es la vía adecuada para su trasmisión, considerando los diferentes supuestos de sucesión singular.

IV. Damnificados directos e indirectos

En términos generales para que un daño sea resarcible y un sujeto pueda ser considerado damnificado, este debe haber sufrido un *daño personal*; es decir, que nadie puede pretender sino la reparación de un daño que le es propio.

Este elemento debe estar presente, ya se trate de un *damnificado directo,* que es quien sufre un daño directamente en las cosas de su dominio, posesión o en su persona, derechos o facultades (1737 Cód. Civ. y Com., que se corresponde al art. 1068 Cód. Civil), o bien un *damnificado indirecto*, que es el tercero afectado en sus derechos o en sus bienes personales como consecuencia del acto ilícito cometido contra la víctima inmediata (arts. 1741-1745 Cód. Civ. y Com., los que se corresponderían con el art. 1079 Cód. Civil). Es decir que, como regla general, la acción de indemnización corresponde al damnificado que ha sufrido un daño personal, ya sea este directo o indirecto.

Alfredo Orgaz **(4)**, al referirse al contenido del art. 1079, dice: "... sin perder su formal generalidad, tiene sustancialmente la debida limitación: la acción de resarcimiento pertenece a *toda persona* o *al tercero* que haya sufrido un perjuicio por causa del acto ilícito cometido contra otra persona; pero el perjuicio debe ser entendido en sentido jurídico, es decir, solo ese perjuicio que resulta de la lesión de un derecho o de un bien personal protegido por la ley".

Se consideran damnificados indirectos al cónyuge, conviviente, hijos con derecho alimentario, haciéndose extensivo según las circunstancias a los ascendientes y quienes convivían con aquel recibiendo trato familiar ostensible.

Todos ellos han sufrido un daño personal, consistente en la lesión de un *derecho subjetivo preexistente al hecho dañoso*; y el daño producido a la víctima directa se propaga a ellos en razón del mismo hecho.

Es damnificado indirecto, por ejemplo, el alimentado que con motivo del daño sufrido por la víctima del accidente (damnificado directo) que quedó imposibilitada de trabajar, dejó de percibir la ayuda de este. Tiene un derecho *propio* protegido por la ley que fue lesionado y sufre un daño *personal* con motivo del hecho dañoso.

Llevando los conceptos vertidos al supuesto en análisis, los prestadores de salud por el gasto que realizan en la atención de sus afiliados o en la prestación del servicio público, a causa de un hecho dañoso del que es responsable un tercero, no son damnificados directos, es decir, no son titulares del derecho o bienes jurídicos inmediatamente lesionados por el acto ilícito, lo que resulta obvio y no merece mayores comentarios.

Tampoco son damnificados indirectos al no tener con relación a la víctima directa del daño ningún derecho propio preexistente al hecho dañoso que pueda ser lesionado, ni sufrir por tal motivo un daño personal.

En consecuencia, al no ser damnificados directos ni indirectos, no se encuentran legitimados por la ley civil para accionar en tal carácter.

V. Sucesión singular

Analizaremos si puede existir algún tipo de sucesión particular que les permita constituirse en acreedor de la obligación por sustitución subjetiva (del damnificado directo).

Zavala de González **(5)** dice que "... en el supuesto de la adquisición de la titularidad ajena existe una conversión subjetiva de la titularidad de la acción: empieza presentándose en la persona del acreedor un derecho perfecto a exigir que se indemnice su interés, derecho que luego pasa al tercero..." "En

{ NOTAS }

(4) ORGAZ, Alfredo, "El Daño Resarcible", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1967, p. 102.

(5) ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, "Daño a las personas", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1990, 2º ed., p. 568.

R 256.985; esta Sala con otra composición, "Obra Social del Personal de Dirección de Sanidad Luis Pasteur c. Instituto Divino Corazón y otro", del 29/06/2006, R 437.381, J 91, expte. Nº 93.849/2000).

En un interesante fallo de la sala F, se analizó el supuesto de pago con subrogación y se opinó que existe un desdoblamiento de la obligación, pues si bien el pago a la víctima a raíz de la cobertura médica agota la pretensión del acreedor desinteresado —en el caso, el afiliado— no extingue la deuda, ya que el deudor —o sea, los demandados— sigue obligado frente al tercero, la empresa de salud. Remarcó que "seguramente la Asociación Mutual de empleados del Banco Prov. de Bs. As." no ha querido hacer una donación al deudor agente del daño y tal *animus donandi* no se presume (conf.art. 1813 y 1818 Cód. Civil), por lo cual como tercero que ha hecho el pago para desinteresar al acreedor —con conocimiento de éste y sin consentimiento de éste, en atención a las características de la prestación—, puede pretender la recuperación de lo desembolsado (Llambías, Jorge J, "Obligaciones", Perrot, Bs. As., 1975, T. II-B, p. 133/4 y 147/8)" (conf. CNCivil sala F, *in re* "Asociación Mutual Empleados Banco Provincia de Buenos Aires c. Muggeri, Alberto y otros; s/ daños y perjuicios", L 251.305, del 09/03/1999, con primer voto de la Dra. Highton de Nolasco).

La sala G, en un exhaustivo primer voto del Dr. Bellucci dijo en un supuesto similar que "No es exacto que —como sostienen los quejosos— la actora haya carecido de legitimación *ad caussam*, porque por mérito del entuerto causado, debió erogar la asistencia hospitalaria de su afiliada, con total independencia de factores endógenos a ella (enfermedad, accidente por descuido, etc.) (...). Más allá de la dualidad de fuentes contractual (para la relación AMSA S.A-asociada.) y extracontractual (damnificada - responsables concurrentes del evento lesivo), resulta determinante que la peticionaria en este pleito soportó la reparación del rubro cuyo reembolso solicitó, en virtud de la obligación propia pero en respaldo de un interés que le era y es ajeno". De este modo, entendió que "el crédito que frente a ella tenía su afiliada proveniente de un contrato de cobertura médico asistencial mutó en su titularidad a favor de aquella, precisamente con el pago que realizó de ese ítem, y en función de la subrogación legal prevista en el art. 768 inc. 3 del Cód. Civil" (conf. CNCivil sala G, *in re* "AMSA c. Metz, Diego M. y otros s/ cobro de sumas de dinero", L 423.083, del 30/05/2005).

b) Sin embargo, más allá de estos importantes precedentes, esta Sala, en una anterior composición, ha decidido en los autos "Galeno Argentina SA c. Del Grosso, Gabriel A. y otro s/ cobro de sumas de dinero" del 16 de diciembre de 2011, con mayoría que he integrado junto con el Dr. Mayo, que no se estaba en presencia de un pago por subrogación en los términos del art. 768 inc. 3 del Cód. Civil, y en modo alguno se encontraba legitimada la actora a la repetición intentada. A continuación brindaré mis razones.

El pago con subrogación no es una forma especial de pago, sino uno de sus efectos incidentales. Cuando interviene un tercero en el pago y cumple la obligación por cuenta del deudor, se produce, a veces, el efecto de que ese tercero reemplaza al acreedor, diciéndose entonces que dicha persona queda subrogada en los derechos del titular. Se presenta como un efecto del pago, cuando por convenio de las partes o por mandato de ley un tercero viene a quedar en reemplazo del acreedor (conf. Lafaille, "Curso de Obligaciones", 1926; T. I, p. 272 y sgtes.; Borda, Tratado de Derecho Civil, "Obligaciones", Abeledo-Perrot, 1976, 4ª ed, T. I, p. 598).

Resulta claro que el caso *sub-judice* no es un supuesto de subrogación convencional en los términos del art. 769, por lo que nos ceñiremos al estudio de la subrogación legal, en los términos del art. 768 inc. 3 Código de fondo, que se plantea como posible.

Opino que la figura del pago con subrogación no resulta aplicable al caso, por cuanto quien efectuó el pago tenía que hacerlo como deudor directo (ver Cazeaux-Trigo Represas, "Derecho de las Obligaciones", Ed. Platense, 3ª edición, 1989, T. II, pár. 1227, p. 832 y ss.), y no era tercero, dado que estaba obligado ante la víctima conforme el contrato médico de salud.

Al embarcarnos en las diferentes posturas doctrinariamente asumidas frente a este instituto jurídico, observamos que todas ellas trasuntan una elemental razón de justicia: vgr. si quien cumple la obligación es un tercero, la obligación no se extingue, sino que subsiste pero a favor de quien pagó.

Dice claramente Trigo Represas "El pago no es siempre extintivo de la obligación *erga omnes*; no es necesariamente liberatorio para el deudor. Si el pago emana de la persona que debe soportar definitivamente la carga integral de la deuda, es extintivo bajo todos los conceptos; pero no lo es, en cambio, cuando el cumplimiento emana de una persona distinta del deudor, o cuando se hace con dinero proporcionado al obligado por uno tercero, si éste no tiene además la intención de efectuarle una liberalidad" (conf. Félix Trigo Represas, "La subsistencia del perjuicio como requisito del resarcimiento del daño patrimonial", en "Temas de responsabilidad civil" en honor al Dr. Augusto Morello, ed. Platense, 1981, p. 42).

Pero en este caso, lo medular es que si bien la obra social pagó, ella no es un tercero frente a la víctima; no hay traspaso del crédito a favor del subrogado (ver Jorge Bustamante Alsina, "Naturaleza jurídica del pago con subrogación", LA LEY, 1985-E, 697, con desarrollo de la tesis de Llambías y su confrontación con Guaglianone).

En consecuencia, considero que debe revocarse la sentencia de grado y rechazarse la demanda interpuesta; por lo que resulta innecesario el tratamiento del resto de los agravios por devenir abstracto.

V. *Costas*

Las costas del proceso correspondientes a ambas instancias deben ser soportadas por la parte actora vencida, por aplicación del principio objetivo de la derrota (conf. art. 68 Cód. Proc. Civ. y Comercial).

VI. *Colofón*

Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo: I. Se revoque el pronunciamiento cuestionado, rechazándose la demanda instaurada. II. Se impongan las costas de ambas instancias a la parte actora por haber resultado vencida (conf. art. 68 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

El doctor *Kiper* dijo:

I. En esta oportunidad voy a disentir con las conclusiones a las que arribó mi distinguida colega preopinante, doctora *Abreut de Begher*, y proponer que se confirme la sentencia de grado en cuanto admitió la subrogación

otros términos, el damnificado indirecto hace valer un derecho que siempre ha sido propio, en razón del daño personal experimentado. Las otras personas a que nos referimos esgrimen un derecho que antes fue ajeno, en razón del daño que otro sufrió, pero dicho derecho resarcitorio ha pasado a ser propio, por haber reemplazado al primigenio titular".

Corresponde entonces examinar si las entidades (públicas o privadas) que brindan servicio de salud pueden adquirir la titularidad de un derecho ajeno, el propio de la víctima y el medio jurídico por el cual les puede ser transferido. Es decir, si se adecua a alguno de los supuestos de la subrogación legal o si es posible la subrogación convencional, según la normativa de nuestra legislación sustancial.

V.1. Subrogación

Subrogar jurídicamente significa *sustituir*, ya sea a una persona por otra o a una cosa por otra. Se lo utiliza con diversos alcances, pero con relación al instituto del pago con subrogación, consiste en la sustitución subjetiva del acreedor de una obligación por un tercero, quien lo desinteresa pagándole el crédito que tenía contra el deudor, y ocupa su lugar a efectos de requerir a este último el reintegro de lo abonado. Es una institución jurídica compleja, que implica un desdoblamiento de los efectos del pago, pues si bien se *extingue el crédito* del acreedor originario, el *deudor no se libera*, ya que queda obligado frente al tercero que desinteresó al acreedor **(6)**.

Es una excepción al principio de la extinción de la obligación por medio del pago, por lo tanto solo es admisible en los casos determinados por la ley y su interpretación es restrictiva.

Existen dos especies de acuerdo con la fuente (art. 914 Cód. Civ. y Com.) **(7)**: la legal (art. 915 Cód. Civ. y Com.) **(8)**, cuando se origina en la ley con prescindencia de la voluntad de las partes; o la convencional, que surge de un acuerdo del tercero pagador con el acreedor (art. 916 Cód. Civ. y Com.) **(9)** o con el deudor (art. 917 Cód. Civ. y Com.).

La subrogación, cabe recordar, requiere al menos tres requisitos inexcusables: 1. Pago de la obligación; 2. Que sea efectuado por un tercero; y 3. Que haya transmisión de los derechos. "Cualquiera de los elementos que falte, la subrogación no puede existir" **(10)**.

V.1.a. Subrogación legal

El art. 768 del Código de Vélez establecía que la subrogación tiene lugar sin dependencia de la cesión expresa del acreedor, lo que no está así expresado en el art. 915 Cód. Civ. y Com. que lo regula, pero se entiende que aquella opera *ministerio legis.*

El Código Civil y Comercial sigue al Código derogado sin mayores modificaciones, simplificando de cierta forma la regulación, que era considerada algo taxativa.

En todos los supuestos de subrogación legal que contemplaba el viejo Código Civil, y que contempla el actual ordenamiento, quien paga no es un deudor, al menos por el todo, sino un tercero (subrogado) que hace el pago sin estar obligado a ello, al que le cabe la facultad de subrogarse en los derechos del acreedor originario a fin de requerirle al deudor el reintegro de lo abonado.

Es evidente que no se aplica al caso en análisis el art. 915, inc. a), Cód. Civ. y Com., que se corresponde al inc. 2º del art. 768, Cód. Civil **(11)**, ya que no se trata de una deuda a la que estaba obligado *con otros,* que se refiere al pago que hace un codeudor de una obligación indivisible o solidaria, y al pago de los cofiadores solidarios de una misma obligación. El caso de aquel que paga una deuda a la cual estaba obligado *por otros*, que se refiere a la obligación del fiador en la relación con su deudor.

Aclaramos que en la subrogación legal estamos siempre ante una misma obligación y no se aplicaría en principio a las obligaciones divisibles (art. 805 Cód. Civ. y Com.) o simplemente mancomunadas (art. 825 Cód. Civ. y Com.) **(12)**.

Los incs. b) y c) del art. 915 (que se corresponden con el art. 768 inc. 3º Cód. Civil) contemplan el supuesto del tercero interesado o no, que paga con asentimiento del deudor o en su ignorancia y aún el tercero interesado que paga con oposición del deudor. Salvat, refiriéndose a la vieja regulación sostenía que la regla era tan amplia que solo caería la subrogación, cuando el pago del tercero se efectuare contra la voluntad del deudor. Hoy con la nueva regulación solo quedaría fuera el tercero no interesado que paga contra la voluntad del deudor.

El caso de las entidades que brindan servicio de salud que pretenden el reembolso de lo pagado del causante del daño no se encuadra a nuestro criterio en ninguno de los supuestos analizados, tanto en la anterior regulación, como en la actual.

En primer lugar, porque en todos los supuestos contemplados existe una única obligación, una fuente común al acreedor primigenio y el subrogado; en cambio en el supuesto de los prestadores existen dos

{ NOTAS }

(6) BELLUSCIO, Augusto - ZANNONI, Eduardo, "Código Civil y Leyes Complementarias", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1981, t. 3, p. 572.

(7) Art. 914. *Pago por subrogación*. El pago por subrogación trasmite al tercero que paga todos los derechos y acciones del acreedor. La subrogación puede ser legal o convencional.

(8) Art. 915. *Subrogación legal*. La subrogación legal tiene lugar a favor: a) del que paga una deuda a las que estaba obligado con otros, o por otros; b) del tercero, interesado o no, que paga con asentimiento del deudor o en su ignorancia; c) del tercero interesado que paga aún con la oposición del deudor; d) del heredero con responsabilidad limitada que paga con fondos propios una deuda del causante.

(9) Art. 916. *Subrogación convencional por acreedor*. El acreedor puede subrogar en sus derechos al tercero que paga.

(10) SALVAT, R. M., "Tratado de Derecho Civil Argentino. Obligaciones en General", Ed. Tea, 1963, t. II, p. 416, punto 1389.

(11) Cód. Civil, art. 768,. La subrogación tiene lugar sin dependencia de la cesión expresa del acreedor, a favor:... 2º Del que paga una deuda al que estaba obligado con otros o por otros.

(12) SALVAT, R. M., ob. cit., p. 445.

de la actora en los derechos del Sr. Federico Adrián Sisti para efectuar este reclamo.

II. Antes de proceder al tratamiento de los agravios efectuaré un breve resumen de las posturas asumidas por las partes y de la solución a la que arribó el magistrado.

La actora reclamó por el cobro de los gastos médicos y sanatoriales que insumió la atención de Federico Adrián Sisti, quien sufrió un accidente cuando circulaba con su motocicleta marca Guerrero, modelo GMX 150, dominio ..., por Av. Vélez Sarsfield, de la Ciudad de Buenos Aires, y colisionó con el camión marca Mercedes Benz, modelo LS 1634, dominio ..., de propiedad de Néstor Ángel Pensa, que era conducido por Alejandro Burello. Sostuvo que el Sr. Sisti sufrió lesiones por las que recibió atención médica e internación en el Sanatorio Colegiales, que era prestador de la obra social.

El demandado Pensa y su aseguradora, Federación Patronal Seguros SA, en sus respectivas contestaciones, relataron que el accidente ocurrió por la culpa de la víctima.

Además, en cuanto a la actora, sostuvieron que el pago efectuado por esta tiene como causa una relación contractual, y que habilitar la percepción por su parte, implicaría un enriquecimiento sin causa, ya que además de percibir las cuotas mensuales de sus afiliados, gozaría del rembolso de los gastos erogados, obteniendo una suma de dinero aún mayor.

Expresaron también que no se encuentran acreditadas las cláusulas que habilitarían la subrogación, y que no existe norma que la permita.

El magistrado de grado hizo lugar a la demanda, admitió la subrogación de la actora en los derechos del Sr. Sisti para efectuar este reclamo y entendió que le cabía al demandado la responsabilidad en el hecho de autos, por todo lo cual condenó a aquel y a su aseguradora.

III. Sentado ello, en cuanto al encuadre jurídico que habrá de regir esta litis, diré que atendiendo a la fecha en que tuvo lugar el accidente y el reembolso de gastos efectuado por la demandante, entiendo que resulta de aplicación al caso lo dispuesto la normativa contenida en el Cód. Civil, hoy derogado, por aplicación de lo dispuesto en el art. 7 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, actualmente vigente, sin perjuicio de señalar, claro está, que a idéntica solución se arribaría aplicando las normas pertinentes de este último cuerpo legal.

IV. 1. Excepción de falta de legitimación

En primer lugar, entiendo que el caso en estudio encuadra en lo dispuesto por el art. 768, inc. 3 del Cód. Civil que dispone que "la subrogación tiene lugar sin dependencia de la cesión expresa del acreedor a favor (...) Del tercero no interesado que hace el pago, consintiéndolo tácita o expresamente el deudor, o ignorándolo".

Además, el responsable de un hecho ilícito debe resarcir los daños que sufre la víctima, entre los que se cuentan los gastos de curación y convalecencia (art. 1086 del Cód. Civil). Entonces, si una obra social se ha hecho cargo del pago de los gastos por la atención médica recibida por aquella en razón de su carácter de afiliado, al constituir tales gastos parte de la indemnización de la damnificada, sin dudas opera la subrogación legal prevista por la norma citada.

Asimismo, esta Sala en una anterior conformación, ha entendido que la naturaleza jurídica del art. 768, inc. 3, la cual, si bien colisiona con el principio general que sirve de base a los distintos supuestos de subrogación legal previstos en el art. 768, pues en los incs. 1, 2, 4 y 5 se concede la subrogación a terceros que han tenido un interés legítimo en efectuar el pago, aquí se concede la subrogación a terceros no interesados que puedan incluso pagar con ignorancia del deudor, es decir, concede la subrogación al tercero no interesado no solo en los casos de pago con asentimiento expreso o tácito del deudor sino también en los supuestos de pago con ignorancia del deudor, salvo que existiera oposición expresa del deudor o una prohibición legal. Lo que en la especie, esto último, no se configura, pues, en sentido contrario a lo sostenido por la recurrente, el reclamo resulta viable y a ello no obsta que no exista una normativa expresa que lo autorice sino que no hay alguna que lo prohíba, operando de esta manera los principios ya enunciados (esta Sala, "Obra Social del Personal de Dirección de Sanidad Luis Pasteur c. Instituto Divino Corazón s/ daños y perjuicios", 29/06/2006, La Ley Online AR/JUR/3099/2006).

También se ha sostenido que si bien la obra social es deudora ante su asociado con motivo del contrato, resulta ser tercera en cuanto al crédito que la víctima tenía ante el responsable del daño, siendo ambas relaciones obligacionales autónomas, de modo que la que soportaba la mutual frente al afiliado no podría ser esgrimida como obstativa a la subrogación operada a raíz de la cobertura, total o parcial, del perjuicio resarcible. Por lo demás, la obra social es tercera interesada, porque si el responsable no cancela su obligación indemnizatoria aquélla tiene que hacer frente a la reclamación del asociado. Debe tenerse presente que si aquel responsable hubiese satisfecho de inmediato —como correspondía— los gastos derivados de la atención médica de la víctima, la mutual no habría tenido que asumirlos a pesar de estar ligada a ella por el contrato que los unía (Zavala de González, "Resarcimiento de daños. Daños a las personas", T. 2a, ps. 574 y ss.).

En consecuencia, no encuentro objeción a la admisión de la subrogación reconocida a favor de la actora en la sentencia apelada, por lo que entiendo que debe ser confirmado el rechazo de la excepción de falta de legitimación activa, lo que así propondré al acuerdo.

2. Responsabilidad

Por otra parte, los demandados, también critican la responsabilidad atribuida en el siniestro.

Exponen que el *a quo* tuvo por probados ciertos extremos que no han sido acreditados y que incluso modificó la mecánica relatada por la actora.

Por otra parte, sostienen que no puede revisarse el sobreseimiento dictado en sede penal, si pretende efectuarse sobra idénticas pruebas que las producidas en sede criminal.

Comenzando por este último punto, cabe referir que es sabido que la cuestión atinente a la prejudicialidad penal es de orden público (cfr. Belluscio-Zannoni, "Código Civil y Leyes complementarias, comentado, anotado y concordado", T. 5, p. 304 y sus citas, Ed. Astrea., 3ª reimp., Buenos Aires, 2002) y, como tal, debe ser abordada aún sin petición de las partes (cfr. Cifuentes - Sagarna, "Código Civil Comentado y Anotado", 2ª ed. actualizada y ampliada, T. II., p. 463, Ed. LA LEY, Buenos Aires, 2008). Es decir, corresponde expedirse sobre aquella en forma previa, aunque no haya sido materia concreta de agravio. Huelga aclarar que el fundamento de las normas respectivas (arts. 1101, 1102 y 1103 del Cód. Civil) es el de evitar el dictado de sentencias contradictorias, en desmedro de la cosa juzgada y con el consiguiente escándalo jurídico.

A diferencia del Cód. Civil francés, nuestro codificador consagró normas expresas relacionadas con la incidencia que la sentencia penal tiene sobre la decisión civil. En

---

órdenes de relaciones jurídicas distintas. Una que vincula al causante del daño con la víctima y otra que vincula a la víctima con los prestadores de salud, reconociendo todas diferentes causas-fuente.

En segundo término, tampoco los prestadores de salud son terceros que pagan una deuda ajena, sino que pagan una deuda propia a la que estaban obligados y era exigible por parte de la víctima, como afiliado o beneficiario del servicio público de salud.

Como señaláramos anteriormente en todos los supuestos de subrogación legal, siempre debe ser un tercero el que paga, aunque sea por una parte de la obligación, que es por la que se subroga. Por lo tanto, no encuadra en ninguno de los supuestos contemplados por la ley.

Existen subrogaciones legales que fueron introducidas en otros cuerpos jurídicos como, por ejemplo, el art. 80 de la ley 17.418, que establece que los derechos que correspondan al asegurado contra un tercero, en razón del siniestro, se transfieren al asegurador hasta el monto de la indemnización abonada. Esta norma incorpora un supuesto de subrogación legal diferente a los del Código Civil; y que fue motivo de amplio análisis por la doctrina. Se trataría de un caso similar al de los prestadores de salud, ya que el asegurador tampoco es un tercero. También paga una deuda que le es propia, cuya fuente es el contrato de seguro, que es oneroso. En este supuesto la aseguradora puede subrogarse, porque la ley expresamente le otorga tal facultad; de lo contrario se vería impedida de hacerlo, ya que no está contemplada en ninguno de los supuestos que establece la legislación civil.

Otro supuesto es el de la ley 24.557 de Riesgos del Trabajo (LRT) art. 39 inc. 4º **(13)** e inc. 5º **(14)**, que en caso de que alguna de las contingencias que contempla la ley hubiese sido causada por un tercero el damnificado o sus derechohabientes, como la Aseguradora de Riesgos del Trabajo (ART) o el empleador autoasegurado, podrá reclamarla al responsable del daño, descontando lo que hubiesen recibido.

Aquí tampoco se trata de que la ART es un tercero, ya que está cumpliendo con una prestación que le corresponde y por lo tanto no estaría contemplado en las normas de la subrogación legal de la normativa civil, pero la LRT expresamente la habilita para poder subrogarse.

No existe norma alguna que faculte en forma genérica a los prestadores de salud, como ocurre con el asegurador o la ART, por lo tanto no están legitimados en carácter de subrogados legales del acreedor originario para accionar contra el deudor causante del daño.

Las consideraciones expuestas precedentemente nos permite puntualizar que el disenso fundamental respecto del fallo en comentario es que la obra social no es un tercero, sino que cumple con una obligación propia, motivo por el cual no le es aplicable la norma en la que se lo fundamenta, que si bien se refiere al Código derogado no fue modificada en lo sustancial por el ordenamiento actual.

V.1.b. Subrogación convencional

Nos referiremos, en lo que aquí interesa, a la subrogación por acreedor, que está prevista por el art. 916 Cód. Civ. y Com. Se configura cuando mediando convenio celebrado por el acreedor y un tercero que abona la deuda, le son transmitidos al segundo todos los derechos relativos a la obligación, sin necesidad de la intervención del deudor.

Requiere, según ya expresáramos, como en toda subrogación: 1. El pago de la obligación; 2. Que el pago sea hecho por un tercero con fondos propios o ajenos, pero que no sean del deudor; 3. La transmisión de los derechos del primitivo acreedor al tercero que paga. Faltando cualquiera de los tres elementos, no existirá subrogación.

Tiene además otros requisitos indispensables propios de su carácter convencional; y ellos son:

a) *Sustanciales*: 1. Que sea expresa. No requiere términos sacramentales pero la voluntad de subrogar debe ser inequívoca. 2. Debe ser anterior al pago o concomitante con este, porque efectuado el pago, la obligación quedaría extinguida y por lo tanto no habría materia o sustancia a transmitir.

b) *Formales*: 1. Debe constar por escrito, en instrumento público o privado, en escritura pública o acta judicial, según el derecho cedido (art. 1618, Cód. Civ. y Com.). 2. Se perfecciona respecto de terceros, entre los que se incluye al deudor, con la notificación del traspaso al deudor (art. 1620, Cód. Civ. y Com.), que debe hacerse mediante instrumento público o privado de fecha fehaciente (art. 1620, Cód. Civ. y Com.)

Si se dan los requisitos expuestos, ¿pueden los prestadores de salud ser titulares del derecho de la víctima frente al causante del daño por vía de la subrogación convencional?

Es jurídicamente posible que la víctima de un hecho dañoso ceda (art. 1614, Cód. Civ. y Com.) los derechos que tiene contra el causante del daño al prestador de salud y, por lo tanto, este se convierta

{ NOTAS }

(13) LRT, art. 39, inc. 4º. Si alguna de las contingencias previstas en el art. 6º. de esta ley hubieran sido causadas por un tercero, el damnificado o sus derechohabientes podrán reclamar del responsable la reparación de los daños y perjuicios que pudieren corresponderle de acuerdo con las normas del Código Civil de las que se deducirá el valor de las prestaciones que haya percibido o deba recibir de la ART o del empleador autoasegurado.

(14) LRT, art. 39, inc. 5º. En los supuestos de los apartados anteriores, la ART o el empleador autoasegurado, según corresponda, están obligados a otorgar al damnificado o a sus derechohabientes la totalidad de las prestaciones prescriptas en esta ley, pero podrán repetir del responsable del daño causado el valor de las que hubieran abonado, otorgado o contratado.

el derecho francés, la generalizada coincidencia acerca de la inaplicabilidad del art. 1351 del Código de ese país, no ha constituido obstáculo para aceptar los efectos de la cosa juzgada de la sentencia penal. Aún frente a la ausencia de normas expresas, se encuentra el fundamento en motivos de orden público que imponen que una sentencia sustanciada en una acción pública —basada en el interés de la sociedad toda— deba imponerse a todos y, además en la consideración de hecho que la confianza en la justicia no puede ser quebrada por el fallo de un juez civil que tuviera por inexacta una sentencia penal definitiva (cfr. Tobías, José W., "Las causas de justificación en la sentencia penal y su influencia en el proceso civil", LA LEY, 1992-E, 393). Esas consideraciones —de trascendente relevancia social— sirven para fundar la necesidad de establecer legislativamente la "justa medida" de la influencia de una sentencia penal sobre la otra: lo inconcebible resultaría que sobre un mismo hecho un juez diga blanco y otro diga negro, con el consiguiente escándalo social (ob. y aut. cit.).

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil ha dicho en doctrina plenaria, en los autos "Amoruso" (04/02/1946, LA LEY 42-156; JA, 1994 I 803): "El sobreseimiento definitivo o la sentencia absolutoria del procesado recaída en el juicio criminal, no hace cosa juzgada en el juicio civil, el primero en absoluto y la segunda respecto a la culpa del autor del hecho, en cuanto a su responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados".

He sostenido que el pronunciamiento dictado en primer término en el fuero punitivo no deja "atado" al juez civil, sino que debe considerarse el modo en que fuera decidida la cuestión para luego determinar los alcances de la prejudicialidad (cfr. Kiper, Claudio M., "Proceso de Daños", T. I, p. 17, 2ª ed., ed. LA LEY, Buenos Aires, 2010).

Se dijo también que la tesis predominante en la doctrina y jurisprudencia debería fundarse, además del texto expreso de la ley (lo cual parecería razón más que suficiente), en dos circunstancias: la primera, la inexistencia en el derecho penal de casos de culpa presunta; la segunda, la vigencia en lo penal del principio *in dubio pro reo*. Un simple cotejo de los fallos absolutorios penales —sobre todo en materia de accidentes de tránsito—, revela que se han fundado —normalmente— en la no demostración de la culpa del conductor. En el ámbito civil, en cambio, existen casos de culpa presunta; supuestos en que no basta acreditar la carencia de culpa, sino que debe demostrarse el rompimiento del nexo causal, y casos en que se responde hasta por el caso fortuito. Todo ello justifica que, no obstante la absolución penal, deba condenarse —con justicia y fundada razón legal— en sede civil (cfr. Belluscio - Zannoni, "Código Civil...", T. 5, p. 315/6, ed. Astrea, 3ª reimp., Buenos Aires, 2002).

En esta dirección se orientó nuestro más alto Tribunal, al dejar sin efecto un pronunciamiento en el cual se había considerado que la sentencia de primera instancia no había atendido las disposiciones emanadas el art. 1103 del Cód. Civil. Para así decidir, la Corte analizó los términos de la sentencia penal absolutoria, arribando a la conclusión de que en aquella no se había determinado la inexistencia del hecho por parte del acusado, sino que se había resuelto en tal sentido por aplicación del beneficio de la duda —art. 3 CPP— (CSJN, Fallos: 321-1104, y jurisp. citada en el cons. 5º). En sentido análogo sostuvo también que "...el principio que obliga al magistrado criminal a estar siempre a la solución más favorable al procesado resulta hábil para exonerar al acusado del delito que se le imputaba; mas no resulta idóneo para vincular al juez civil, quien, sobre la base de otras pautas de convicción, puede estimar los hechos y la prueba de manera diversa en orden a determinar el nexo adecuado de causalidad entre el daño y el hecho ilícito...". Conviene también recordar que ese tribunal ha decidido que la autoridad de cosa juzgada reconocida por el art. 1103 del Cód. Civil a la sentencia penal absolutoria, queda limitado "a la materialidad de los hechos" y a la autoría, sin comprender las valoraciones subjetivas que hacer a la apreciación de la culpa (Fallos: 321:727, en Kiper, Claudio, ob. cit., T. I, p. 24).

En el caso de autos, en sede penal, se decidió sobreseer a Alejandro Hugo Burello del delito de lesiones culposas, por imperio de lo establecido en el artículo 3º del CPPN (beneficio de la duda). Más precisamente, se dijo allí: "...no existen testigos que puedan dar cuenta de lo sucedido y determinar la responsabilidad de los encartados en el siniestro que protagonizaran..." (cfr. fs. 165/166).

Dicho de otro modo, no se afirmó en la sentencia la inexistencia del hecho principal, o que el procesado no hubiera participado en el accidente; simplemente se lo absolvió al no haberse podido establecer de manera "certera y categórica" la mecánica del hecho.

Distinta hubiera sido la situación si el magistrado del ordenamiento represivo hubiera determinado que el hecho no existió, o que el imputado no fue su autor, ya que esas cuestiones no hubieran podido ser ya debatidas en sede civil (Llambías, Jorge J., "Límites de la cosa juzgada penal en materia de responsabilidad civil", ED. 84 755, citado por Kemelmajer de Carlucci, Aída, en Belluscio-Zannoni, "Cód. Civil", 5, p. 311).

Y en cuanto a la apreciación de la culpa en sede civil, es dable señalar, además, la existencia de presunciones de responsabilidad que son precisamente opuestas al *in dubio pro reo*. Como ya se dijo, en este tipo de procesos resarcitorios será el demandado quien deberá cargar con la prueba de su falta de responsabilidad, o de que esta pesa sobre un tercero por el cual no debe responder, o sobre la propia víctima, para lograr la fractura del nexo causal.

Debe, por ello, rechazarse el agravio de la aseguradora fundada en los alcances que pretende otorgar a la cosa juzgada penal sobre este juicio civil.

Ahora bien, adentrándome en la mecánica del suceso advierto que es un hecho no controvertido que el día 8 de marzo de 2014, aproximadamente a las 10.55 hs., se produjo un accidente de tránsito en la intersección de la Av. Vélez Sarsfield y la calle Suárez, de esta Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Tampoco se discute que en dicho siniestro intervinieron Federico Adrián Sisti, quien conducía su motovehículo marca Guerrero, dominio ..., y Alejandro Hugo Burello, —al mando del camión marca Mercedes Benz, modelo 1634, dominio ..., de propiedad del demandado Néstor Ángel Pensa—, más allá de las diferentes versiones que dieron de los hechos.

Finalmente, y en otro orden de cosas, no cabe duda en esta instancia que el Sr. Sisti se encontraba afiliado a la obra social que resulta accionante.

Por ende, no se encuentra discutido en esta instancia el acaecimiento del accidente ni que resulta de aplicación al caso lo dispuesto en el art. 1113 del Cód. Civil y la doctrina emanada del fallo plenario "Valdez, Estanislao Francisco c. El Puente SAT s/ daños y perjuicios".

Con fundamento en tal doctrina, en principio, el actor sólo debe probar el contacto con la cosa. Se resolvió en el citado fallo plenario

en cesionario de los derechos de la víctima (acreedor) contra el causante del daño (deudor).

Ello es así, porque estamos ante un supuesto en que el titular de un haz de derechos, surgidos de la ley y que puede hacer efectivos contra su dañador, voluntariamente los cede y transfiere a otra persona por un libre acuerdo de voluntades (art. 958, Cód. Civ. y Com.).

Los presupuestos para la validez son los de todo contrato, capacidad, intención, ausencia de vicios que invaliden el acto jurídico (error dolo o violencia) y la inexistencia de prohibición legal al respecto.

A la subrogación convencional le son aplicables las normas de la cesión de derechos (art. 1614 y ss. Cód. Civ. y Com.) en todo aquello que no le sea oponible, no habiendo diferencias substanciales entre ambos institutos. Si bien el actual Código no lo dice expresamente, como lo hacía el Código derogado; al no regular una normativa especial, entendemos que se aplican dichas normas.

Por lo tanto, la víctima tiene la libre disponibilidad de su derecho indemnizatorio y no existe obstáculo jurídico alguno para que pueda transmitir su derecho, ya sea por cesión o mediante subrogación convencional.

En cuanto al objeto de la obligación que se subroga o trasmite, se trata de un verdadero pago, ya que el art. 865 Cód. Civ. y Com. lo define como cumplimiento de la prestación que hace al objeto de la obligación. La prestación en especie de servicios asistenciales constituye un pago.

La víctima es acreedora por las prestaciones médico-sanatoriales tanto del prestador de salud como de su dañador, aunque por causas fuentes distintas. Al reclamar la prestación de salud y paralelamente transmitirle convencionalmente sus derechos contra el causante del daño está manifestando expresamente su decisión de sustituir la persona del acreedor, pero también está exteriorizando su voluntad de que el deudor no quede liberado por el monto de la prestación recibida.

Es decir que si bien él acepta la prestación sanatorial como una forma de pago, su intención es que el prestador de salud pueda reembolsarse lo gastado del causante del daño; y a tal fin le transmite sus derechos. Con dicho acto jurídico el prestador extingue su crédito como obligado para con la víctima y ocupa su lugar (acreedor originario) frente al causante del daño, hasta la concurrencia de lo desembolsado.

Por el desdoblamiento de los efectos del pago propio de la subrogación —si bien se extingue el crédito, el deudor no se libera—, y como consecuencia de la expresa voluntad de la víctima, el prestador desinteresando al acreedor originario se convierte en el nuevo acreedor (subrogado) del causante del daño.

Esta manifestación de voluntad de carácter jurídico es la que constituye al prestador en un verdadero *tercero* respecto de la relación jurídica entre la víctima y el dañador, pudiendo requerir el reembolso de lo abonado, adecuándose a lo normado en el art. 916, Cód. Civ. y Com.

Por lo tanto, para que el prestador pueda subrogarse, deben coexistir el cumplimiento de su prestación y la transmisión de sus derechos por parte de la víctima, observándose también los requisitos sustanciales y formales para la subrogación convencional.

En conclusión, los prestadores de salud pueden subrogarse convencionalmente por transmisión expresa de los derechos de la víctima contra el causante del daño.

Consideramos que en el caso resuelto por el fallo en comentario solo hubiese sido procedente la legitimación activa por parte de la obra social, de haber existido subrogación convencional.

VI. Conclusiones

Entendemos que, de acuerdo con la normativa actual, los prestadores de salud no se encuentran legitimados para reclamar el reembolso de lo gastado en prestaciones médicas con el carácter de subrogados legales, porque no encuadran en ninguno de los supuestos contemplados en la legislación civil y no existe norma alguna que las legitime expresamente.

Creemos, por los fundamentos ya expuestos, que pueden adquirir el derecho al recupero por medio de la subrogación convencional.

Debería existir, a los fines de evitar un eventual cúmulo de prestaciones por parte de la víctima, como así también un enriquecimiento sin causa por parte del causante del daño, una norma expresa que les permitiera subrogarse en sentido similar al art. 80 de la Ley de Seguro y LRT por fundamentos análogos.

Si bien podría sostenerse que el prestador se beneficiaría sin causa, ya que al brindar la asistencia médica sanatorial no sufriría pérdida alguna por estar previsto dicho gasto en el marco del sistema de cobertura y haber cobrado por dicha prestación, resulta ello menos disvalioso que admitir que quien causó el daño quede exento de responsabilidad patrimonial.

De todas formas, lo que eventualmente reciban los prestadores por el recupero de lo abonado teóricamente sería devuelto a sus beneficiarios en mejores servicios o eventualmente disminuiría su costo.

Consideramos que mientras no exista dicha norma, la única forma que los prestadores puedan recuperar sus desembolsos del causante del daño y su eventual aseguradora es a través de la subrogación convencional, cumpliendo con todos los requisitos sustanciales y formales precedentemente expuestos.

El fallo nos parece loable en su propósito; y tanto en el aspecto ético como en términos de equidad coincidimos con él, pero normativamente entendemos que el caso sentenciado no encuadra en la norma citada, adhiriendo a la postura en minoría.

El no respeto a la normativa vigente atenta contra la seguridad jurídica.

Cita on line: AR/DOC/1354/2020

de esta Cámara que, en el supuesto de accidentes producidos como consecuencia de una colisión plural de automotores en movimiento, la responsabilidad debía encuadrarse en el segundo párrafo del art. 1113 del Cód. Civil, y no bajo la óptica del art. 1109 de dicho cuerpo.

Escasa es la prueba producida con relación a la real mecánica del siniestro.

Los agraviados, critican fuertemente la decisión del *a quo*, por entender que ha errado al expresar que la motocicleta que conducía Sisti, se encontraba detenida.

Ahora bien, más allá que resulta acertado que en ningún momento la actora declaró que el motovehículo en el que circulaba su afiliado se encontraba detenido —muy por el contrario, se encuentra demostrado que circulaba por la Av. Vélez Sarsfield—, esta crítica no resulta trascendente a fin de modificar la decisión. Más bien, aparece como un mero error del juez de la anterior instancia, pero que no releva al demandado de probar la fractura del nexo de causalidad, circunstancia que haría viable el rechazo de la demanda.

Advierto que no se consigue dicho objetivo.

En las actuaciones criminales A. S. G. declaró que el día del hecho circulaba en calidad de acompañante en la motocicleta de Sisti, de quien resultaba ser conviviente, por el carril del lado del cordón, y que a su lado, del lado iba el camión, de propiedad del demandado.

Agregó que "...a los pocos metros de llegar a la intersección con la calle Suárez, con el semáforo en verde, de forma imprevista el camión gira hacia la mano derecha, lo cual provoca que encierre a la dicente y su conviviente, impactado con la del lado del acompañante, contra el motovehículo, lo cual provoca que cayeran pesadamente contra la cinta asfáltica..." Aclaró que producto del hecho, la rueda delantera derecha aplastó el pie izquierdo de Sisti.

Por su parte, la víctima, Adrián Federico Sisti, efectuó un relato similar en estas actuaciones.

El Lic. en Accidentología Vial de la División Ingeniería Vial Forense, F. S., estimó a fs. 121 de la causa penal que la mecánica probable del hecho fue que encontrándose "...ambos rodados estarían posicionados sobre la Av. Vélez Sarsfield con sentido hacia el Norte, y llegado a la altura con la intersección Suárez el camión giraría a su derecha para tomar esta última calle, produciéndose el contacto con la moto, haciendo que ésta caiga sobre el asfalto quedando unida al camión, donde continuarían ambos hasta detenerse..."

Aunque también aclaró a fs. 164 de dichas actuaciones que "...un camión del tamaño del que participara en este hecho necesita girar abierto, porque el radio de giro del eje trasero con respecto al delantero es mucho más cerrado, por lo tanto, podría existir en caso de doblar muy cerca al cordón de la vereda, la posibilidad de invadir con el eje trasero la acera..."

En ese estado, lo cierto es que, como dije, los demandados reconocieron la existencia del contacto, por lo que estaba en cabeza de ellos fracturar el nexo causal entre el suceso y los daños, demostrando el caso fortuito, la culpa de la víctima o la de un tercero por el que no deba responder.

Ninguna prueba se ha producido en esa dirección.

Aun cuando se pretenda justificar que el camión que interviniera en el accidente, por su porte, debió girar de más abierto —como señaló el perito mecánico—, y por ello no se encontraba en el carril más cercano al momento de la maniobra, ello no alcanza a desvirtuar las restantes pruebas colectadas, que permiten asumir que el conductor debió percibir antes de efectuar el giro, a la motocicleta de las víctimas que se encontraba circulando a su lado.

En suma, reconocida la existencia del hecho, y no habiéndose producido, como dije, prueba alguna a fin de acreditar la existencia de una eximente, el demandado —y su aseguradora—, deberán responder por los daños ocasionados en el hecho.

Por ello, entiendo que corresponde desatender los agravios y confirmar la responsabilidad atribuida en la sentencia apelada.

V. Tasa de interés.

El *a quo* decidió que las sumas otorgadas devenguen un interés desde la fecha de cada desembolso hasta el 31 de julio de 2015, del 8% anual, y a partir del 1º de agosto de 2015 hasta el efectivo pago, a calcularse mediante la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina.

Esto recibe la crítica de la actora.

Los accionantes requieren que se fije la tasa activa desde cada una de las erogaciones.

Esta Sala acepta la aplicación de la tasa activa desde el día del hecho por aplicación de la doctrina que emana de la jurisprudencia plenaria. No obstante, el asunto merece algunas reflexiones adicionales.

En primera medida cabe destacar que, no creo posible afirmar que la sola fijación en la sentencia de los importes indemnizatorios a valores actuales basta para tener por configurada esa situación. Ello por cuanto, en primer lugar, y tal como lo ha señalado un ilustre colega en esta cámara, el Dr. Zannoni, la prohibición de toda indexación por la ley 23.928 —mantenida actualmente por el art. 4 de la ley 25.561— impide considerar que el capital de condena sea susceptible de esos mecanismos de corrección monetaria. En palabras del mencionado colega: "La circunstancia de que, cuando se trata de resarcimientos derivados de hechos ilícitos, el juez en la sentencia estima ciertos rubros indemnizatorios a valores actuales —como suele decirse—, a los fines de preservar en equidad el carácter resarcitorio de la indemnización, no significa que se actualicen los montos reclamados en la demanda o se apliquen índices de depreciación monetaria", pues tales mecanismos de actualización están prohibidos por las leyes antes citadas (Zannoni, Eduardo A., su voto *in re* "Medina, Jorge y otro c. Terneiro, Néstor F. y otros", ésta Cámara, Sala F, 27/10/2009, La Ley Online, entre otros).

Pero más allá de ello, lo cierto es que, aun si se considerara que la fijación de ciertos montos a valores actuales importa una indexación del crédito, no puede afirmarse que la tasa activa supere holgadamente la inflación que registra la economía nacional, de forma tal de configurar un verdadero enriquecimiento del acreedor. La fijación de tasas menores, en las actuales circunstancias del mercado, puede favorecer al deudor incumplidor, quien nuevamente se encontrará tentado de especular con la duración de los procesos judiciales, en la esperanza de terminar pagando, a la postre, una reparación menguada —a valores reales— respecto de la que habría abonado si lo hubiera hecho inmediatamente luego de la producción del daño (esta Sala, en su anterior composición, marzo de 2015, "Bessi, Rolando D. y otro c. González, Luis y otros s/ daños y perjuicios", del voto del Dr. Picasso). Por ello, estimo que los agravios sobre el punto deben ser rechazados.

Por otra parte, dispone el art. 768 del Cód. Civil y Comercial que: "Intereses moratorios. A partir de su mora el deudor debe los intereses correspondientes. La tasa se determina: a) por lo que acuerden las partes; b) por lo que dispongan las leyes especiales; c) en subsidio, por tasas que se fijen según las reglamentaciones del Banco Central".

En el caso, como sucede en todas las demandas de daños y perjuicios derivados de accidentes de tránsito, no hay una tasa acordada entre víctima y responsable, y tampoco una establecida por leyes especiales. Por ende, solo resta acudir a tasas fijadas en alguna reglamentación del Banco Central.

Por otro lado, el art. 771 prevé que el juez debe valorar "el costo medio del dinero para deudores y operaciones similares en el lugar donde se contrajo la obligación". Esto significa, en lo que aquí interesa, que desde el día del hecho el acreedor (víctima) se ha visto privado del capital al que tiene derecho, y que entonces se debe evaluar cuánto le hubiera costado el dinero si lo hubiera buscado en el mercado. Pero, además, la tasa debe ser importante, para evitar la indeseable consecuencia de que el deudor moroso especule o se vea beneficiado por la demora del litigio, en desmedro de la víctima.

Es sabido que la fijación judicial de intereses para las deudas en mora procura resarcir al acreedor por la demora en percibir su crédito y castigar al incumplidor, quien se apartó de los términos de la obligación asumida en origen. La jurisprudencia ha resaltado el contenido disvalioso del incumplimiento y la necesidad de desalentarlo, conceptos que conviene recordar y tener presentes (véanse consideraciones de la mayoría en el caso "Samudio"). El orden jurídico requiere, como pauta general de conducta, que toda persona cumpla con las obligaciones que legítimamente asume o le impone la ley y así lo ratifican las normas del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

Cuando se asigna a las deudas en mora una tasa menor a la que abonan —con arreglo a la ley, los reglamentos en vigencia y los pactos válidos— las personas que cumplen sus obligaciones con regularidad, se desplazan las consecuencias ya apuntadas de la morosidad hacia la sociedad y, en paralelo, se beneficia a los incumplidores. Lo dicho no obsta en absoluto a la garantía de los derechos del deudor, en particular cuando, en su calidad de consumidor, se haya visto sometido a abusos que las normas protectoras imponen reparar. Son cuestiones distintas que pueden tratarse de manera independiente (Drucaroff Aguiar, Alejandro, "Los intereses en los contratos bancarios y el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", RCCyC 2015 —agosto—, 162).

Esta Sala viene aplicando desde hace tiempo la tasa activa de interés, ya sea por aplicación de la doctrina del fallo plenario, ya por considerar que no había motivos para cambiarla por una tasa pasiva. Sin embargo, un nuevo examen de la cuestión permite advertir que la tasa activa que aplica este tribunal no compensa al acreedor, para quien el costo del dinero es mucho más alto.

Parece entonces que una tasa adecuada para estos casos sería la que surja de aplicar dos veces la tasa activa, pues su resultado refleja el costo del dinero en el mercado para muchos usuarios.

No puede dejar de mencionarse que el artículo 16º de la ley 25.065, de Tarjetas de Crédito, prevé que "el límite de los intereses compensatorios o financieros que el emisor aplique al titular no podrá superar en más del 25%" a la tasa que aplique a las operaciones de préstamos personales en moneda corriente para clientes. Este límite, que fue convalidado por la Corte Suprema ("Proconsumer c. Banco Itaú Buen Ayre SA s/ sumarísimo, del 17/05/2016, LA LEY, 2016-D, 159) al no intervenir en el caso resuelto por la sala C de la Cámara Nacional en lo Comercial (fallo del 20/04/2012, publicado en el mismo lugar), es mayor —por el momento— a la tasa que en esta decisión se establece.

Sin perjuicio de ser este mi criterio, toda vez que se ha expresado agravio únicamente a fin de fijar la tasa activa de interés, propongo al acuerdo que las sumas otorgadas devenguen un interés desde la fecha de cada erogación hasta el efectivo pago, a calcularse mediante la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina.

VI. Costas

En cuanto a las costas de esta instancia, entiendo que deben imponerse a las demandadas atento a resultar vencidos (arts. 68 del Cód. Procesal).

Por las razones antedichas, y si mi voto fuere compartido, propongo al Acuerdo que se disponga la aplicación de la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, calculada desde cada erogación, y se confirme el decisorio de grado en todos los demás aspectos que fueron materia de recurso, con costas a cargo de las encartadas, conforme el apartado VI.

El doctor *Fajre*, por las consideraciones expuestas por el doctor *Kiper*, adhiere al voto que antecede.

Visto lo deliberado y conclusiones establecidas en el acuerdo transcripto precedentemente por mayoría de votos, el Tribunal decide: I. Que se disponga la de la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, calculada desde cada erogación, y se confirme el decisorio de grado en todos los demás aspectos que fueron materia de recurso, con costas a cargo de las encartadas, conforme el apartado VI. II. En atención a lo dispuesto por el artículo 279 del Cód. Procesal, corresponde dejar sin efecto las regulaciones efectuadas en la instancia de grado y establecer los honorarios de los profesionales intervinientes adecuándolos a este nuevo pronunciamiento. Ahora bien, toda vez que en lo atinente a la base regulatoria, este Tribunal considera que, de conformidad con lo establecido por el art. 19 de la ley 21.839, debe considerarse como monto del proceso a los fines arancelarios al capital de condena, con más los intereses reclamados y reconocidos en la sentencia (autos "Prevención Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA c. Medina, Juan J. y otros s/ cobro de sumas de dinero" del 27/09/2011), y sin que ello implique en modo alguno adelantar opinión, corresponde diferir la regulación indicada en el párrafo precedente hasta tanto exista liquidación aprobada. Regístrese, comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública, dependiente de la CSJN (conf. Ac. 15/13), notifíquese y, oportunamente, archívese. — *José B. Fajre.* — *Liliana E.Abreut de Begher* (en disidencia). — *Claudio M. Kiper.*

INFOGRAFÍA

CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL
5 AÑOS DE VIGENCIA

DIVORCIO

EN LA LEGISLACIÓN Y LA JURISPRUDENCIA

Código Civil
(redactado por Vélez Sarsfield)

Art. 201.-
El conocimiento de las causas de divorcio entre los casados ante la Iglesia católica o con autorización de ella, en los matrimonios mixtos, corresponde únicamente a la autoridad eclesiástica.

Art. 204.-
El juez civil conoce de las causas de divorcio entre los casados sin autorización de la Iglesia católica.
Las causas de divorcio en estos matrimonios son las siguientes:
1ª Adulterio de la mujer o del marido.
2ª Tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro.
3ª Ofensas físicas o malos tratamientos.

Ley 14.394
(B.O. 30/12/1954)

Art. 31.-
La declaración de ausencia con presunción de fallecimiento, autoriza al otro cónyuge a contraer nuevo matrimonio, quedando disuelto el vínculo matrimonial al contraerse estas segundas nupcias. La reaparición del ausente no causará la nulidad del nuevo matrimonio. También, transcurrido un año de la sentencia que declaró el divorcio, cualquiera de los cónyuges podrá presentarse al juez que la dictó
pidiendo que se declare disuelto el vínculo matrimonial, si con anterioridad ambos cónyuges no hubieren manifestado por escrito al juzgado que se han reconciliado. El juez hará la declaración sin más trámite ajustándose a las constancias de los autos. Esta declaración autoriza a ambos cónyuges a contraer nuevas nupcias.
Cuando el divorcio se hubiere declarado con anterioridad a esta ley, el derecho a que se refiere el
apartado precedente podrá hacerse valer a partir de los novena días de la vigencia de la misma y siempre que hubiese transcurrido un año desde la sentencia.

Ley 2393
(Publicada en R.N.1887/88)

Art. 64.-
El divorcio que este Código autoriza consiste únicamente en la separación personal de los esposos, sin que se disuelva el vínculo matrimonial.

La CSJN en el caso "Sejean, J. B. c. Zaks de Sejean, A. M.", 27/11/1986, 308:2268, Cita Online: AR/JUR/1289/1986 resolvió declarar la inconstitucionalidad del art. 64 por no admitir la disolución del vínculo, decretado el divorcio de los cónyuges.
Estableció que violaba el art. 33 de la Constitución Nacional, que contempla el derecho a la dignidad humana.

Art. 66.-
No hay divorcio por mutuo consentimiento de los esposos. Ellos no serán tenidos por divorciados sin sentencia del juez competente.

Art. 67.-
Las causas de divorcio son las siguientes:
1. Adulterio de la mujer o del marido;
2. Tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro, sea como autor principal o como cómplice;
3. La provocación de uno de los cónyuges al otro a cometer adulterio u otros delitos;
4. La sevicia;
5. Las injurias graves; para apreciar la gravedad de la injuria, el juez deberá tomar en consideración la educación, posición social y demás circunstancias de hecho que puedan presentarse;
6. Los malos tratamientos, aunque no sean graves, cuando sean, tan frecuentes que hagan intolerable la vida conyugal;
7. El abandono voluntario y malicioso.

Decreto-Ley 4040/56
(B.O. 07/03/1956)

Art. 1.-
Declárase en suspenso, hasta tanto se adopte sanción definitiva sobre el problema del divorcio, la disposición del artículo 31 de la ley 14.394 en cuanto habilita para contraer nuevo matrimonio a las personas divorciadas a que el texto se refiere(...)

Ley 17.711
(B.O. 26/04/1968)

Art. 66, Ley 2393.-
No hay divorcio sin sentencia judicial que lo decrete.

Art. 67 bis, Ley 2393.-
Transcurridos dos años del matrimonio, los cónyuges, en presentación conjunta, podrán manifestar al juez competente que existen causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común y pedir su separación personal. El juez llamará a una audiencia para oír a las partes y procurará conciliarlas. (...)

Fracasada la conciliación se convocará otra audiencia dentro de un plazo no menor de dos meses ni mayor de tres. Si también ésta resultara estéril, porque no se logra el avenimiento, el juez decretará su separación personal cuando, según su ciencia y conciencia, los motivos aducidos por las partes sean suficientemente graves. La sentencia se limitará a expresar que dichos motivos hacen moralmente imposible la vida en común (...)- Esta decisión tendrá los mismos efectos del divorcio por culpa de ambos, pero sea en el escrito inicial o en las audiencias posteriores, los cónyuges podrán dejar a salvo el derecho de uno de ellos a recibir alimentos.

Si no hubiere acuerdo sobre la liquidación de la sociedad conyugal, ésta tramitará por vía sumaria.

La decisión judicial determinará, a instancia de las partes, cuál de los cónyuges quedará al cuidado de los hijos, para lo cual tendrá en cuenta lo que aquéllos acuerden, si el interés superior de los menores no aconsejare otra solución. En cualquier caso, podrá modificarse ulteriormente lo resuelto, según lo aconsejen las circunstancias.

Ley 23.515
(B.O. 12/06/1987)

Art. 202 del Cód. Civil-
Son causas de separación personal:
1. El adulterio;
2. La tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro o de los hijos, sean o no comunes, ya sea como autor principal, cómplice o instigador;
3. La instigación de uno de los cónyuges al otro a cometer delitos;
4. Las injurias graves. Para su apreciación el juez tomará en consideración la educación posición social y demás circunstancias de hecho que puedan presentarse;
5. El abandono voluntario y malicioso.

Art. 214 del Cód. Civil-
Son causas de divorcio vincular.
1. Las establecidas en el artículo 202;
2. La separación de hecho de los cónyuges sin voluntad de unirse por un mayor tiempo continuo mayor de tres años, con los alcances y en la forma prevista en el artículo 204.

Art. 215 del Cód. Civil-
Transcurridos tres años del matrimonio los cónyuges, en presentación conjunta podrán manifestar al juez competente que existen causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común y pedir su divorcio vincular, conforme lo dispuesto en el artículo 236.

Art. 216 del Cód. Civil-
El divorcio vincular podrá decretarse por conversión de la sentencia firme de separación personal, en los plazos y formas establecidos en el artículo 238.

Cód. Civil y Comercial
(Ley 26.994)

Art. 435.-
Causas de disolución del matrimonio. El matrimonio se disuelve por:
a) muerte de uno de los cónyuges;
b) sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento;
c) divorcio declarado judicialmente.

Art. 437.-
Divorcio. Legitimación. El divorcio se decreta judicialmente a petición de ambos o de uno solo de los cónyuges.

Art. 438.-
Requisitos y procedimiento del divorcio. Toda petición de divorcio debe ser acompañada de una propuesta que regule los efectos derivados de éste; la omisión de la propuesta impide dar trámite a la petición.

Si el divorcio es peticionado por uno solo de los cónyuges, el otro puede ofrecer una propuesta reguladora distinta.

Al momento de formular las propuestas, las partes deben acompañar los elementos en que se fundan; el juez puede ordenar, de oficio o a petición de las partes, que se incorporen otros que se estiman pertinentes. Las propuestas deben ser evaluadas por el juez, debiendo convocar a los cónyuges a una audiencia.

En ningún caso el desacuerdo en el convenio suspende el dictado de la sentencia de divorcio.

Si existe desacuerdo sobre los efectos del divorcio, o si el convenio regulador perjudica de modo manifiesto los intereses de los integrantes del grupo familiar, las cuestiones pendientes deben ser resueltas por el juez de conformidad con el procedimiento previsto en la ley local.

Jurisprudencia

CSJN, "B., O. F. c. N., V. C. s/ divorcio art. 214, inc. 2°, del Código Civil", 18/10/2016, Cita Online: AR/JUR/70654/2016

"Es inoficioso que la CSJN se pronuncie sobre los alcances que se debían asignar al escrito de contestación a la reconvención presentado por el cónyuge reconvenido y su incidencia respecto de las causales subjetivas admitidas en la causa para decretar el divorcio, cuya existencia a los fines pretendidos ha fenecido tras la sanción del Cód. Civil y Comercial, sin que se advierta interés económico o jurídico actual que justifique un pronunciamiento sobre el punto".

"Dada la sanción del Cód. Civil y Comercial, la sentencia que declaró el divorcio de los cónyuges por culpa del esposo por la causal subjetiva prevista en el art. 202, inc. 1, del derogado Cód. Civil debe ser dejada sin efecto, pues puede causar un gravamen no justificado".

"La causa en la que se declaró el divorcio de los cónyuges por culpa del esposo por la causal subjetiva prevista en el art. 202, inc. 1, del derogado Cód. Civil, por no contar con sentencia firme al tiempo de la entrada en vigencia del Cód. Civil y Comercial, debe ser devuelta al juez de la causa para que examine el asunto a la luz de las disposiciones vigentes y, en su caso, adecue el proceso a dichas directivas, en resguardo del debido proceso y de la garantía de la defensa en juicio.".

LA LEY

JURISPRUDENCIA

Regulación de honorarios en el procedimiento laboral

Rechazo de la demanda intentada contra la ART. Adecuada proporción de los honorarios con los trabajos efectivamente cumplidos. Art. 1255 del Código Civil y Comercial. Ley aplicable.

1.- Respecto de los honorarios regulados en favor de los peritos, el art. 1255 del Cód. Civ. y Com. de la Nación impone que los estipendios que se regulen guarden una adecuada proporción con los trabajos efectivamente cumplidos, incluso más allá de los mínimos arancelarios, cuando la aplicación estricta de los aranceles conduce a una evidente e injustificada desproporción entre la retribución resultante y la importancia de la labor cumplida.

2.- La regulación de los honorarios de los profesionales no depende exclusivamente del monto del juicio ni de las escalas dispuestas en las normas arancelarias, sino de un conjunto de pautas precisas, previstas en los regímenes respectivos, que deben ser evaluadas por los jueces; y entre las que se encuentran la naturaleza y complejidad del asunto, la índole, extensión, calidad y eficacia de los trabajos realizados, y la manera de arribar a una solución justa y mesurada acorde con las circunstancias particulares de cada caso.

3.- Establecer los honorarios profesionales mediante la aplicación automática de los porcentuales fijados en la ley, aun del mínimo establecido, puede dar por resultado subas o bajas exorbitantes y desproporcionadas en relación con las constancias de la causa.

4.- En el caso, en tanto los trabajos profesionales, por la labor cumplida en la primera instancia, en lo principal de sus actuaciones se iniciaron estando en vigencia la ley 21.839, el art. 38 de la ley 18.345, el art. 13º de la ley 24.432 (y decretos arancelarios según la materia), habrán de utilizarse las normas allí contenidas.

CNTrab., sala VII, 22/05/2020. - Melgarejo, Gustavo Domingo c. Provincia ART S.A. s/ accidente - ley especial.

[Cita on line: AR/JUR/18627/2020]

2ª Instancia.- Buenos Aires, mayo 22 de 2020.

La doctora *Carambia* dijo:

I. El fallo de primera instancia que rechazó la demanda llega apelado por la parte actora a fs. 102/107 vta., lo que no mereció la réplica de la contraria.

La perito psicóloga y el perito médico, a fs. 110 y 111, respectivamente, apelan por bajas las regulaciones de sus honorarios.

II. A la parte actora le agravia el rechazo de la acción, con el argumento de que no se ha valorado la incapacidad física que padece el trabajador de conformidad con lo dictaminado en la pericial médica.

Argumenta, asimismo, que si la ART aceptó el siniestro de fecha 12/02/2015 y otorgó prestaciones médicas, sin efectuar rechazo por patologías inculpables en tiempo oportuno, ello la obliga a dar prestaciones dinerarias.

Analizados los agravios planteados por la accionante, adelanto mi opinión en el sentido de que no encuentro en ellos argumento alguno con entidad suficiente como para desvirtuar lo decidido en grado.

En efecto, además de haber sido revisado el actor por el perito médico designado en autos, también se presentó ante la perito psicóloga, quien presentó su informe a fs. 72/74. De este último surge que el Sr. Melgarejo si bien fue operado de los meniscos de la rodilla izquierda el 2 de noviembre de 2016, luego de 50 días de reposo laboral, se reintegró a su trabajo el 24/12/2016, no realizándosele más sesiones de kinesiología, pues dijo sentirse muy bien y no sentir que el accidente le afecte en algo, por lo que comenzó a salir a trotar y, aunque cada tanto tiene una pequeña molestia, no le causa mayores trastornos.

Con respecto al esguince de brazo derecho, sostuvo la perito que el actor manifestó haber quedado bien después de la rehabilitación, por lo que nunca tuvo problemas y agregó que nuevamente comenzó a jugar fútbol y correr, para lo cual usa rodillera.

Por último, el accionante le dijo a la perito psicóloga que este accidente no le afectó psíquicamente.

Cabe aclarar que el informe psicológico no mereció impugnación alguna de la ahora apelante, llegando, pues, consentido.

Por otra parte, a fs. 75/76 luce el informe pericial médico, en el que luego de habérsele realizado al actor el correspondiente examen físico, se desprende que padece una ligera hipotrofia muscular izquierda, observándose cicatrices de abordaje artroscópico. La maniobra de choque rotuliana es negativa, al igual que los bostezos internos y externos, el signo del cajón anterior y posterior, así como las maniobras de investigación de lesión meniscal para ambos meniscos.

Dijo también el perito que la extensión y la flexión en ambas rodillas es igual, en tanto que el examen de los reflejos y la sensibilidad no tiene alteraciones.

Finalmente, luego de determinar que el actor no tiene ruptura meniscal, sino lesiones meniscales degenerativas, que ocurren después de la cuarta década de vida, el perito concluyó que el actor no presenta incapacidad laboral con nexo con el accidente de fecha 12/02/2015.

A pesar de que dicho informe fue impugnado por la parte actora a fs. 78/80, el mismo no logra enervar los sólidos fundamentos del informe médico, quien si bien a fs. 82 reconoció que el actor padece una incapacidad del 6%, aclaró que no tiene nexo con el accidente padecido.

Por todo lo hasta aquí expuesto, voto por que se confirme el fallo apelado en cuanto rechazó la demanda.

III. Respecto de los honorarios regulados en favor de los peritos médico y psicóloga, estimo prudente y adecuado a derecho realizar las siguientes consideraciones:

Primeramente, es de recordar que el art. 1255 del Cód. Civ. y Com. de la Nación impone que los estipendios que se regulen guarden una adecuada proporción con los trabajos efectivamente cumplidos, incluso más allá de los mínimos arancelarios, cuando la aplicación estricta de los aranceles conduce a una evidente e injustificada desproporción entre la retribución resultante y la importancia de la labor cumplida.

La regulación de los honorarios de los profesionales no depende exclusivamente del monto del juicio, ni de las escalas dispuestas en las normas arancelarias, sino de un conjunto de pautas precisas previstas en los regímenes respectivos que deben ser evaluadas por los jueces y entre las que se encuentran la naturaleza y complejidad del asunto, la índole, extensión, calidad y eficacia de los trabajos realizados, y la manera de arribar a una solución justa y mesurada acorde con las circunstancias particulares de cada caso. Ergo, establecer los honorarios profesionales mediante la aplicación automática de los porcentuales fijados en la ley, aun del mínimo establecido, puede dar por resultado subas o bajas exorbitantes y desproporcionadas en relación con las constancias de la causa.

Asimismo, sobre dicha cuestión es de aplicación el principio elaborado por nuestro más Alto Tribunal, según el cual la misión judicial no se agota con la remisión a la letra de los textos legales, sino que requiere del intérprete la búsqueda de la significación jurídica o de los preceptos legales aplicables que consagre la versión técnicamente elaborada y adecuada a su espíritu, debiendo desecharse las soluciones notoriamente injustas que no se avienen con el fin propio de la investigación judicial de determinar los principios acertados para el reconocimiento de los derechos de los litigantes (Fallos: 253:267 entre otros - CSJN, D. 163 XXXVII. R.O., 14/02/2006 "D.N.R.P. c. Vidal de Docampo, Clara A." en especial considerandos 10, 11, 12 y 13 del voto del Sr. Ministro Dr. Juan Carlos Maqueda).

Ahora bien, además de lo aquí expresado, es necesario indagar en cada caso la época o momento en que se cumplió el hecho, acto o relación jurídica que engendró y sirvió de fundamento a la obligación, pues dicha circunstancia determinará cuál es la legislación aplicable.

Ello así en concordancia con lo dictaminado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa CSJ 32/2009 (45e) CS1 originario "Establecimientos Las Marías SACIFA c. Misiones, Provincia de s/ acción declarativa" en el acuerdo del 4 de setiembre de 2018 (manteniendo los Fallos: 321:146; 328:1381; 329:1066, 3148, entre muchos otros) y por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en el fallo "Morcillo, Hugo H. c. Provincia de Buenos Aires s/ incost. decr.-ley 9020" de fecha 8 de noviembre de 2017, que remite al criterio adoptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del precedente que se registra en el Fallo 319:1915 (mantenido en Fallos: 320:31; 2349 y 2756; 321:146; 330, 532 y 1757; 325:2250).

Allí, respecto de la aplicación temporal de la nueva norma arancelaria —Ley 27.423 (BO del 22/12/2017), promulgada por Decreto 1077/2017, que contiene, en su Art. 7, una observación del Art. 64—, se concluyó que no es aplicable a los procesos fenecidos o en trámite, en lo que respecta a la labor desarrollada durante las etapas procesales concluidas durante la vigencia de la ley 21.839 y su modificatoria ley 24.432, o que hubieran tenido principio de ejecución.

De ese modo, en el caso, en tanto los trabajos profesionales, por la labor cumplida en la primera instancia, en lo principal de sus actuaciones se iniciaron estando en vigencia la Ley 21.839, el Art. 38 de la ley 18.345, el Art. 13º de la ley 24.432 (y decretos arancelarios según la materia), habrán de utilizarse las normas allí contenidas.

Sobre esta base, ponderando el mérito, importancia y extensión de la labor desarrollada por los peritos intervinientes, considero que los honorarios regulados en grado, resultan equitativos, por lo que propongo su confirmación.

V. De tener adhesión mi voto, sugiero que las costas de alzada se declaren en el orden causado, atento la falta de réplica (Art. 68 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación) y se regulen los honorarios de la representación y patrocinio letrado de la parte actora, en el 30% de lo regulado en la instancia anterior (Arts. 16 y 30 de la Ley 27.423).

El doctor *Rodríguez Brunengo* dijo:

Por compartir sus fundamentos, adhiero al voto que antecede.

El doctor Luis Alberto Catardo no vota (art. 125 de la Ley 18.345).

A mérito de lo que resulta del precedente acuerdo el Tribunal resuelve: 1) Confirmar el fallo apelado. 2) Declarar las costas de alzada en el orden causado. 3) Regular los honorarios de la representación y patrocinio letrado de la parte actora, en el 30% de lo regulado en la instancia anterior. 4) Oportunamente, cúmplase con lo dispuesto en el art. 1º de la Ley 26.856 y con la Acordada de la CSJN Nº 15/2013. Regístrese, notifíquese y devuélvase. — *Néstor M. Rodríguez Brunengo.* — *Graciela L. Carambia.*

EDICTOS

El Juzgado Civil y Comercial Nº 4, a cargo del Dr. Miguel L. Álvarez, Secretaría Única a mi cargo, del Departamento Judicial de San Isidro, en autos caratulados "FERNANDEZ HORACIO MIGUEL (SUS SUCESORES) C/ BAYBCO S.A. Y OTRO/A S/ DESALOJO FALTA DE PAGO", Expte. Nº 26.191/17, notifica a la firma BAYBCO S. A., CUIT Nº 30-71124672-6 y a subinquilinos y ocupantes del inmueble sito en la calle Callao 385, Rincón de Milberg, partido de Tigre, provincia de Buenos Aires, lo siguiente: "San Isidro, 26 de junio de 2019. Autos y vistos ... resulta que ... considerando ... fallo: 1) Haciendo lugar a la demanda de desalojo por la causal de falta de pago, promovida HORACIO MIGUEL FERNANDEZ sus sucesores contra BAYBCO S.A., subinquilinos y/u ocupantes, en relación al inmueble ubicado en la calle Callao 385 de Rincón de Milberg, Partido de Tigre, Bs. As. dentro del plazo de diez días de notificada de la presente sentencia, bajo apercibimiento de lanzamiento con el auxilio de la fuerza pública. 2) Imponiendo el pago de las costas al accionado que resulta vencido (art. 68 del C.P.C.C.), difiriendo la regulación de honorarios para la oportunidad legal correspondiente. Regístrese y notifíquese. Miguel L. Álvarez. Juez Civil y Comercial". El presente deberá ser publicado por 2 (dos) días en el "Boletín Oficial" y en el diario "La Ley" de Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

San Isidro, 29 de junio de 2020
Pablo Gustavo Pozzi, sec.
LA LEY: I. 03/08/20 V. 04/08/20

El Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Nº 2, Secretaría Única del Departamento Judicial de Mercedes, Bs. As., sito en Calle 27, Nº 600, PB, de Mercedes, Bs. As., cita a herederos de JULIA CATALINA COLOMBO Y CASTELLI DE DONDENA por diez días para que contesten la demanda entablada en autos caratulados "MARIO PEREZ Y OTRA C/ COLOMBO Y CASTELLI DE DONDENA, JULIA CATALINA S/USUCAPIÓN", bajo apercibimiento de designarle Defensor de Ausentes. El presente debe publicarse por diez días en el Boletín Judicial y "LA LEY" de la C.A.B.A.

Mercedes, 28 de noviembre de 2018
María Cecilia Vita, sec.
LA LEY: I. 24/07/20 V. 06/08/20

PROPIEDAD DE LA LEY S.A.E. e I. - Administración, Comercialización y Redacción: Tucumán 1471 (C. P. 1050 AAC) Teléfono: 0810-266-4444 - Bs. As. Rep. Arg. - Registro Nacional de la Propiedad Intelectual Nº 5074180
Impreso en La Ley, Rivadavia 130, Avellaneda, Provincia de Buenos Aires.