RCCyC

REVISTA CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Año VII | Número 3 | Abril 2021

DIRECTOR:

HÉCTOR ALEGRIA

DIRECTORES EJECUTIVOS:
Pablo D. Heredia
Carlos E. Camps
María Fabiana Compiani

ISSN 2469-049X

INCLUYE VERSIÓN DIGITAL

THOMSON REUTERS
LA LEY

ISSN: 2469-049X
RNPI: En trámite

Todos los derechos reservados
© **La Ley S.A. Editora e Impresora**

Dirección, administración y redacción
Tucumán 1471 (C1050AAC)
laley.redaccionjuridica@tr.com

Ventas
CASA CENTRAL
Tucumán 1471 (C1050AAC)
Tel.: (011) 4378-4700 / 0810-266-4444

LOCAL I FACULTAD DE DERECHO - UBA
Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB)
Tel. / Fax: (011) 4806-5106

Atención al cliente: 0810-266-4444
Buenos Aires - Argentina

Hecho el depósito que establece la ley 11.723.
Impreso en la Argentina. Printed in Argentina.

Nota de la Dirección: Las opiniones vertidas en los comentarios firmados son privativas de quienes las emiten.

Se terminó de imprimir en la 1ra. quincena de abril de 2021, en los talleres gráficos de La Ley S.A.E. e I., Bernardino Rivadavia 130, Avellaneda - Provincia de Buenos Aires, República Argentina

RCCyC

REVISTA CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Año VII | Número 3 | Abril 2021

DIRECTOR:
HÉCTOR ALEGRIA

DIRECTORES EJECUTIVOS:
Pablo D. Heredia
Carlos E. Camps
María Fabiana Compiani

INCLUYE VERSIÓN DIGITAL

THOMSON REUTERS
LA LEY

DIRECCIÓN ACADÉMICA
Mónica Pinto

COMITÉ HONORARIO

Agustín Gordillo
Aída Kemelmajer
Alberto J. Bueres
Carlos Etala
Cecilia Grosman
Eugenio Bulygin
Eugenio R. Zaffaroni
Héctor Alegria
José Tobías
Julio C. Rivera
Nelly Minyersky
Noemí Lidia Nicolau

COMITÉ ACADÉMICO

Administrativo
Carlos F. Balbín
Fernando R. García Pullés
Ernesto A. Marcer
Guido Santiago Tawil

Constitucional
Alberto B. Bianchi
Roberto Gargarella
María Angélica Gelli
Juan V. Sola

Internacional Privado
María Susana Najurieta
Alfredo Mario Soto
María Elsa Uzal

Internacional Público
Susana Ruiz Cerutti
Silvina González Napolitano
Raúl Vinuesa

Familia
Carlos Arianna
Luis Ugarte
Adriana Wagmaister

Civil
Carlos Hernández
Sebastián Picasso
Sandra Wierzba
Diego Zentner

Penal
Mary Beloff
Alberto Edgardo Donna
Daniel Pastor

Laboral
Mario Ackerman
Adrián Goldin
Julio César Simón

Comercial
Rafael Mariano Manóvil
Horacio Roitman

Filosofía
Ricardo Guibourg
Rodolfo Vigo

Derechos Humanos
Laura Giosa
Roberto Saba

Ambiental
Néstor Cafferatta
Leila Devia
Silvia Nonna

COMITÉ EDITORIAL

Penal
Fernando Córdoba
Fernando Díaz Cantón
Ivana Bloch
Marcelo Ferrante
Marcos Salt
Marcelo Sgro

Criminología
Gabriel Ignacio Anitua
Matías Bailone
Máximo Sozzo

Familia
Silvia Eugenia Fernández
Eleonora Lamm
Ida Scherman

Civil
Carlos Calvo Costa
Luis Daniel Crovi
María Victoria Famá
Adriana Krasnow
Luis F. P. Leiva Fernández
Carlos Parellada
Máximo Gonzalo Sozzo

Laboral
Lucas Caparrós
Juan Pablo Mugnolo
Claudia Priore

Constitucional
María Gabriela Ábalos
Marcela Basterra
María Laura Clérico
César Sebastián Vega

COMITÉ EDITORIAL *(Continuación)*

Internacional Público
Emiliano Buis
Alejandro Chehtman
Natalia Luterstein
Nahuel Maisley

Internacional Privado
Paula María All
Nieve Rubaja
Luciana Scotti

Administrativo
Alfonso Buteler
María Paula Renella
Susana Vega

Comercial
Hugo Acciarri
Pablo Heredia
Lorena Schneider
Pamela Tolosa

Filosofía
Marcelo Alegre
Claudio Eduardo Martyniuk
Renato Rabbi-Baldi Cabanillas

Derechos Humanos
Leonardo Filippini
Calógero Pizzolo
Silvina Zimerman

Ambiental
Mariana Catalano
José Esaín

Director Editorial
Fulvio G. Santarelli

Jefa de Redacción
Yamila Cagliero

Editores
Nicolás R. Acerbi Valderrama
Florencia Candia
Elia Reátegui Hehn
Marlene Slattery

ÍNDICE

EN DEBATE

IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LAS ACCIONES CIVILES DERIVADAS DE DELITOS DE LESA HUMANIDAD

La nueva modificación del Código Civil y Comercial de la Nación en materia de imprescriptibilidad de las acciones civiles derivadas de delitos de lesa humanidad. Un recorrido por las recientes decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación
Jorge Afarian 5

Nuestras consideraciones acerca de la modificación al Código Civil y Comercial de la Nación, estableciendo la imprescriptibilidad de las acciones resarcitorias de daños derivados de la comisión de delitos de lesa humanidad
Eduardo P. Jiménez 15

Nuevamente sobre la imprescriptibilidad de la reparación de los daños provocados por la comisión de delitos de lesa humanidad: ¿quién tiene la última palabra?
Ezequiel Valicenti 25

Algunas notas en torno a la reforma de los arts. 2537 y 2560 del Código Civil y Comercial de la Nación por la ley 27.586. ¿Efecto retroactivo de imprescriptibilidad de las acciones civiles derivadas de delitos de lesa humanidad?
Félix A. Montilla Zavalía 40

TÍTULO PRELIMINAR Y PARTE GENERAL

JURISPRUDENCIA

LIBERTAD DE EXPRESIÓN
Publicación satírica. Protección constitucional. Cuestiones relacionadas al debate público. Caricatura. Fotomontaje. Publicaciones que no violan el derecho a la imagen. Crítica política. 49

FAMILIA Y SUCESIONES

Doctrina

Apuntes sobre la partición en el Código Civil y Comercial
Fernando H. Castro Mitarotonda 61

La cesión de derechos hereditarios y la responsabilidad por evicción en el Código Civil y Comercial
Luis Francisco Márquez Chada 83

Comentarios Jurisprudenciales

COMUNICACIÓN CON EL HIJO
Multa de $ 20.000 por incumplimiento del régimen de comunicación provisorio. Finalidad de garantizar el contacto de una niña con su padre. Intimación a la parte demandada y su dirección letrada a reflexionar sobre su conducta 95

Las sanciones frente al incumplimiento del deber de comunicación. El principio de igualdad en las relaciones familiares y los roles de género
Judith Galletti 98

LEGITIMACIÓN EN EL PROCESO SUCESORIO
Sentencia que deja sin efecto la apertura del sucesorio. Acreedor del causante. Ausencia de intimación previa que exige el art. 2289 del Cód. Civ. y Com. 110

Los acreedores y el derecho a iniciar el juicio sucesorio
Karina A. López 112

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN
Revocación de sentencia que desplazó la filiación materna de la mujer gestante y admitió el emplazamiento filial de una pareja homosexual. Figura que no está admitida por el ordenamiento jurídico. Determinación de la maternidad por el útero. Orden público. Inexistencia de vacío legislativo. Inaplicabilidad del art. 19 de la Constitución Nacional. Disidencia. Derecho a formar una familia. Voluntad procreacional. Igualdad. Interés superior del niño e identidad 118

El valor de la voluntad procreacional como fuente de la filiación de TRHA y el derecho del niño a la verdadera identidad. Reflexiones a partir de un fallo
Gabriela Yuba 133

Jurisprudencia

RESTRICCIÓN A LA CAPACIDAD
Revocación de la limitación para contraer matrimonio. Disidencia 143

GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN
Brecha generacional. Restantes condiciones personales del aspirante. Ausencia de disposiciones legales 145

OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDAD CIVIL

Doctrina

La cuantificación del daño en procesos autocompositivos
María Cristina Di Pietro 153

La responsabilidad por actos lícitos en la Ley de Responsabilidad del Estado
Diego A. Lo Giudice 164

Comentarios Jurisprudenciales

RESPONSABILIDAD DEL ODONTÓLOGO
Intervención quirúrgica de liberación de caninos retenidos a una joven de 17 años sin los estudios médicos adecuados. Inexistencia de urgencia. Consentimiento informado "verbal". Procedencia de la demanda de daños 179

El perfil de una obligación de resultado
Mariano Gagliardo 190

Jurisprudencia

ACCIDENTE HÍPICO. ASUNCIÓN DE RIESGOS
Muerte de un vareador en el entrenamiento de un caballo pura sangre de carrera. Responsabilidad del explotador del predio. Rechazo del planteo de asunción de riesgos. Obligación de seguridad 195

DERECHOS REALES

Comentarios Jurisprudenciales

PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA ÚNICA
Avanzada edad del deudor. Situación de vulnerabilidad. Trámite de regularización dominial. Extensión analógica de la inembargabilidad e inejecutabilidad. 213

Afectación a vivienda en el marco de la regularización dominial de la ley 24.374. Impostergable replanteo de su procedencia
Lorena Muñoz 220

Jurisprudencia

DERECHOS DEL CONDÓMINO
Reclamo de canon locativo. Procedencia. Porcentaje 231

IMPLICANCIAS DEL CÓDIGO EN OTRAS MATERIAS

Doctrina

Efectos de la mediación prejudicial obligatoria sobre los plazos de caducidad. Conflicto entre el Código Civil y las legislaciones procesales
Alfredo Ignacio Olego 241

Jurisprudencia

EXTINCIÓN DE DOMINIO
Bienes de propiedad de imputados por enriquecimiento ilícito. Intendente. Admisión parcial de la demanda. Bienes sobre los cuales no existe prueba de su obtención lícita. Garantía del derecho de propiedad. Alcance. Proceso civil que no viola las garantías penales de los imputados. Validez del DNU 62/2019. Evaluación de la necesidad y urgencia en el dictado. Ley en trámite parlamentario. Silencio de la Comisión bicameral frente a los dictámenes presentados en relación con el DNU..... 247

EN DEBATE

Imprescriptibilidad de las Acciones Civiles Derivadas de Delitos de Lesa Humanidad

La nueva modificación del Código Civil y Comercial de la Nación en materia de imprescriptibilidad de las acciones civiles derivadas de delitos de lesa humanidad

Un recorrido por las recientes decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Jorge Afarian (*) (**)

Sumario: I. Palabras preliminares. Objetivos del trabajo.— II. "Villamil".— III. "Ingegnieros".— IV. "Yoma" y "Crosatto".— V. Breves conclusiones.

I. Palabras preliminares. Objetivos del trabajo

El 15 de diciembre de 2020 **(1)** fue promulgada la ley 27.586, que modifica tres artículos del Código Civil y Comercial de la Nación (Cód. Civ. y Com.), todos ellos referentes a la prescripción adquisitiva y liberatoria. Los artículos modificados son los 2537, 2560 y 2561. Al respecto, todos ellos poseen como denominador común la alusión expresa a las acciones civiles derivadas de delitos de lesa humanidad.

El art. 2537 establece, como regla general, que los plazos de prescripción en curso al momento de entrada en vigencia de una nueva ley se rigen por la ley anterior. Como excepción, expresa que, si por aquella ley anterior se requiere mayor tiempo que el que fija la nueva norma, quedan cumplidos una vez que transcurra el tiempo designado por esta última, contado desde el día de su vigencia. Por último, esta disposición dispone una "excepción de la excepción": si el plazo fijado por la ley antigua finaliza antes que el nuevo plazo, a partir de la vigencia de la nueva ley, se mantiene el de la ley anterior. Hasta este punto, el artículo es idéntico al que había sido reformado. Lo nuevo se presenta en la última frase: "Se exceptúa de lo prescripto anteriormente las acciones civiles derivadas de los delitos de lesa humanidad".

Los siguientes artículos son modificaciones a los plazos genéricos (art. 2560) y especiales (art. 2561). El primero de ellos plantea en el comienzo que las acciones civiles derivadas de delitos de lesa humanidad son imprescriptibles. Solo luego establece el plazo general de la prescripción, manteniéndola en cinco años. En relación

(*) Abogado y docente de Derecho del Trabajo, Facultad de Derecho, UBA. Becario doctoral UBACyT.

(**) Los insumos teóricos y empíricos para este trabajo fueron adquiridos a partir del proyecto de investigación DeCyT: "Participación empresarial en la dictadura cívico-militar. 1976-1983. Daños emergentes de los delitos de lesa humanidad" (2014-2016). Agradezco a su directora, Dra. Silvina Zimerman, así como a mis compañeros/as en aquel proyecto, en especial a Carla Cannizzaro, Ana Adelardi y Joaquín Consiglio.

(1) Coincidente con el mismo día de la creación de la CONADEP por el entonces presidente Raúl Alfonsín, en el año 1983.

a los plazos especiales, deroga el último párrafo del art. 2561, que establecía en idénticos términos aquella imprescriptibilidad, vigente desde agosto de 2015.

Podría decirse que esta modificación es solo un cambio menor, un mero "trasplante" de una norma a la otra, puesto que la disposición ya se encontraba vigente desde hacía más de un lustro, en la sección de plazos especiales. Según nuestra visión, este cambio posee un valor no solo práctico, puesto que busca evitar lagunas o contradicciones normativas, sino también simbólico. La imprescriptibilidad no es un plazo "especial" sino que es "general". Forma parte del núcleo básico de la prescripción del derecho privado. Sumado a ello, la imprescriptibilidad, irónicamente se encuentra dentro del plazo genérico de la prescripción, antes que el período de cinco años.

En otros ámbitos, desde la sanción del Cód. Civ. y Com. la cuestión sobre la imprescriptibilidad de las acciones civiles derivadas de delitos de lesa humanidad trajo aparejada interesantes y complejas discusiones **(2)**. Estas se dieron no solo desde el ámbito del derecho privado, sino también en el derecho penal, el derecho constitucional, el derecho internacional, el derecho del trabajo, entre muchos otros. En esta sintonía, analizaremos (brevemente) diversas sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CS o Corte Suprema), que abordan la cuestión desde diferentes posiciones y temáticas.

Particularmente nos concentraremos en los siguientes fallos, de acuerdo con su orden cronológico: "Villamil" **(3)** (2017), "Ingegnieros" **(4)** (2019), "Yoma" **(5)** (2019) y, finalmente, "Crosatto" **(6)** (2020). En algunos casos, nos referiremos a los dictámenes de la Procuración Fiscal ante la CS, porque entendemos coadyuvan a un mayor entendimiento de la problemática, plantean otros acercamientos, o bien nutren cuestiones aludidas en las sentencias de la CS. Todas las sentencias tratan temas diversos, pero a raíz de la extensión y el tema de este número especial, nos dedicaremos a la prescripción.

Si bien no dedicaremos la misma intensidad y profundización a todas las sentencias, puesto muchas aluden a los fundamentos de otras (en especial las últimas), todas ellas son interesantes debido a que señalan un derrotero decisorio que interesa a una multiplicidad de disciplinas, además de que nos sitúa temporalmente en los fundamentos de la sanción de la ley 27.586. Luego del análisis de los fallos, ofreceremos algunas breves conclusiones.

II. "Villamil"

La demanda fue interpuesta en el año 1998 por Amelia Ana María Villamil contra el Estado nacional, en la que reclamó el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la desaparición de su hijo y de su nuera, Jorge Ayastuy y Marta Elsa Bugnone, ocurrida en el año 1977, durante el terrorismo de Estado. De acuerdo con los fundamentos ofrecidos por el Estado nacional, el plazo de prescripción para interponer la demanda por daños y perjuicios se encontraba vencido, y la actora no había probado ningún impedimento para el planteamiento de la demanda en tiempo oportuno. En efecto, dedujo el reclamo el 27 de octubre de 1998, vencido el plazo de tres meses establecido por el art. 3980 del Cód. Civil, veintidós años después de la desaparición forzada de sus familiares, quince años después de la restauración de la democracia y cinco años después de la declaración de

(2) Respecto de algunas discusiones en aquellos años, ver FILIPPINI, L., BOHOSLAVSKY, J. P., CAVANA, A., "Prescripción de acciones civiles por complicidad con el terrorismo de estado", RATJ, 2012, 2/13, ps. 1-13; CANNIZZARO, C. y AFARIAN, J., "Mecanismos de reparación integral en la justicia argentina", EL, 2015, 2/3, ps. 110-130; SOMMER, CH., "La imprescriptibilidad de la acción reparatoria por crímenes de lesa humanidad y la responsabilidad del Estado. Comentarios sobre la jurisprudencia y la legislación argentinas", RDE, 2018, 41, ps. 285-315, entre muchos otros.

(3) CS, "Villamil, Amelia Ana c. Estado Nacional s/daños y perjuicios", 28/03/2017, AR/JUR/3720/2017.

(4) CS, "Ingegnieros, María Gimena c. Techint Sociedad Anónima Compañía Técnica Internacional s/ accidente-ley especial", 09/05/2019, AR/JUR/8837/2019

(5) CS, "Yoma, José Tomás c. Estado Nacional s/daños y perjuicios", 17/10/2019, AR/JUR/73949/2020.

(6) CS, "Crosatto, Hugo Ángel y otro c. Estado Nacional Ministerio del Interior y otro s/daños y perjuicios", 17/10/2019, AR/JUR/73950/2020.

fallecimiento presunto de su hijo, en noviembre de 1993.

Anteriormente, el Juzgado Federal de Primera Instancia de Junín había aceptado la defensa de prescripción opuesta por el Estado nacional y rechazó la demanda de la actora. Para ello, recurrió a diversas sentencias de la Corte Suprema, que esta retomará en su fallo. Posteriormente, la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata (CFed. La Plata) **(7)** arribó a la decisión contraria, y declaró la imprescriptibilidad de la acción resarcitoria.

Luego, y menos de dos años después de la entrada en vigencia del Cód. Civ. y Com., la Corte Suprema dicta el fallo de referencia. En una etapa previa, a finales del año 2013, la Procuradora Fiscal ante la CS, Laura Monti, había emitido su dictamen respecto de los fundamentos y el fondo de los derechos reclamados por el Estado nacional. En aquella oportunidad, había declarado incorrectamente concedido el recurso extraordinario por la Cámara Federal de La Plata, puesto que se trataba de una materia ajena a la instancia extraordinaria.

Los considerandos de la Procuradora se centraron en los agravios del Estado nacional se centran en el rechazo de la defensa de prescripción que había opuesto el Estado nacional con sustento en el art. 4037 del Cód. Civil. En este sentido, la prescripción, tanto en lo relativo al cómputo de los plazos, como a la determinación de los actos procesales con fines interruptivos, constituyen materia propia de los jueces de la causa y reservadas a la jurisdicción de derecho común y procesal. A ello se suma que los puntos a ser considerados por la CS no se encontraban suficientemente fundados e individualizados por parte del Estado.

Finalmente, el 28/03/2017, en una votación dividida **(8)** la CS sentó (nuevamente) su opinión sobre la imprescriptibilidad de las acciones resarcitorias de daños relacionados con delitos de lesa humanidad. La Corte Suprema, retoma dos argumentos específicos de la Cámara Federal de La Plata, que había declarado la imprescriptibilidad de las acciones civiles. Por un lado, que las acciones resarcitorias de este tipo siguen la imprescriptibilidad del ámbito penal. Por otro lado, la prescripción no sería factible debido al carácter de delito permanente de la desaparición forzada de personas, ya que no cesaría con la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento de los familiares de la actora, toda vez que esta sería una ficción jurídica inaceptable respecto de la "Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas", ratificada por nuestro país.

Al respecto, la Corte Suprema enfrenta dichos argumentos con su precedente "Larrabeiti Yáñez" **(9)** (2007), en el que expresa que la acción resarcitoria atañe a materias patrimoniales, disponibles y renunciables por parte de los/las interesados/as. En cambio, los reclamos ante delitos de lesa humanidad se fundan en la necesidad de que los crímenes de esa naturaleza no queden impunes, más allá de un "mero" interés patrimonial de los/las afectadas/os.

En lo atinente a la prescripción, la CS asevera que no existen normas de derecho interno que planteen la imprescriptibilidad de las acciones. En efecto, al momento de la prescripción de la acción original, operada en 1995, no existía una norma concreta que dispusiera aquella regla. Respecto del Cód. Civ. y Com., no sería aplicable el art. 2561 en virtud del art. 2537 que, como expresáramos, dispone que los plazos de prescripción en curso al momento de entrada en vigencia de una nueva ley continúan rigiéndose por la ley anterior. Los tratados y declaraciones sobre derechos humanos, incluidos en el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, tampoco se han referido a la imprescriptibilidad de las acciones resarcitorias.

Sumado a ello, la imposibilidad de reclamación de las indemnizaciones previstas por la ley 24.411 (que asegura beneficios patrimoniales ante desapariciones forzadas) no implica que

(7) CFed. La Plata, sala II, "Villamil, Amelia Ana c. Estado Nacional s/daños y perjuicios", 23/11/2006, AR/JUR/7201/2006.

(8) Voto de la mayoría a cargo de los jueces Carlos Rosenkrantz y Ricardo Lorenzetti y la jueza Elena Highton de Nolasco. Voto en disidencia de los jueces Juan Carlos Maqueda y Horacio Rosatti.

(9) CS, "Larrabeiti Yáñez, Anatole Alejandro y otro c. Estado Nacional s/proceso de conocimiento", 30/10/2007, AR/JUR/6655/2007

hubiera tenido un obstáculo para demandar aquello a que se tenía derecho. Por último, los principios que sustentan la prescripción liberatoria, como la certeza respecto de las obligaciones, la seguridad jurídica y el reclamo en tiempo oportuno, son plenamente vigentes en el caso bajo análisis.

Respecto del segundo argumento de la Cámara, respecto de lo expresado por la "Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas" y la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento, la CS también lo considera inviable. Para sustentar aquella conclusión, cita el fallo "Tarnopolsky" **(10)** (1999) en que deja sentado que el delito de desaparición forzada de personas es de carácter permanente, por lo que la prescripción comienza una vez que se determina el fallecimiento presunto de la víctima, en este caso, mediante sentencia judicial. En relación a la llamada "ficción jurídica" adjudicada a la declaración de muerte presunta en virtud de la falta de certeza del paradero de la víctima, la mayoría de la Corte Suprema tampoco le encuentra sustento. Más allá de la calificación de aquel procedimiento, es admisible determinar el destino o paradero de la víctima mediante procedimientos legales disponibles.

En su voto en disidencia, el juez Maqueda desarrolla su argumento sobre la prescripción a partir del sistema internacional de protección de derechos humanos, que también fueron receptados por la CS en sendos fallos sobre delitos de lesa humanidad, como "Arancibia Clavel" **(11)** (2004), "Simón" **(12)** (2005), "Mazzeo" **(13)** (2007), "Menéndez" **(14)** (2012) y "De Maio" **(15)** (2014). El juez Maqueda incluso considera que dichas normas y decisiones fueron adoptadas en el Cód. Civ. y Com. en materia de prescripción, ya que en aquel momento se encontraban en su art. 2561. A su vez, el derecho internacional humanitario y de los derechos humanos (*ius cogens*), prescriben la obligación por parte de la comunidad internacional de "perseguir", "investigar" y "sancionar" a los/las responsables de los delitos de lesa humanidad, todo ello por sobre las leyes internas que limiten tal aplicación, como por ejemplo la prescripción de las acciones.

El derecho a una reparación constituye un argumento central en el voto del juez Maqueda, quien desarrolla sus considerandos a partir de la cita de diversos instrumentos y sentencias del sistema interamericano **(16)**. Por ello, la admisión de la prescripción de la acción resarcitoria impediría el restablecimiento de la plenitud de los derechos humanos vulnerados, lo que también constituiría una nueva violación del Estado al deber de asegurar a las víctimas y sus familiares el pleno ejercicio de las garantías y protecciones judiciales. Tanto la acción de daños y

(10) CS, "Tarnopolsky, Daniel c. Estado Nacional y otros s/proceso de conocimiento", 31/08/1999, Fallos Corte: 322:1888, 20002621.

(11) CS, "Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/homicidio calificado y asociación ilícita y otros -causa N° 259-", 24/08/2004, AR/JUR/1667/2004.

(12) CS, "Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad, etc. (Poblete) -causa N° 17.768-", 14/06/2005, AR/JUR/602/2005

(13) CS, "Mazzeo, Julio Lilo y otros s/rec. de casación e inconstitucionalidad -Riveros-", 13/07/2007, AR/JUR/2751/2007.

(14) CS, "Menéndez, Luciano Benjamín y otros s/denuncias Las Palomitas - Cabeza de Buey s/homicidio, privación ilegítima de la libertad y otros", 26/09/2012, AR/JUR/48006/2012.

(15) CS, "De Maio, Ana de las Mercedes s/M° J Y DDHH art. 3° ley 24.043 - resol. 1147/09 (ex. 166.456/08)", 16/09/2014, AR/JUR/49628/2014

(16) Corte IDH, "Velásquez Rodríguez vs. Honduras (Fondo)", 29/07/1988, AR/JUR/2485/1988; Corte IDH, "Godínez Cruz vs. Honduras (Fondo)" y Corte IDH, 20/01/1989, "Almonacid Arellano y otros vs. Chile (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)", 26/09/2006, AR/JUR/10607/2006. En materia de convenciones y tratados, el voto cita la "Convención Americana sobre Derechos Humanos", el "Conjunto de Principios Actualizado para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos mediante la Lucha contra la Impunidad", "los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones", ambas de las Naciones Unidas.

perjuicios como la penal, se derivan de un mismo crimen internacional, por lo que decretar la imprescriptibilidad de una por sobre la otra sería un contrasentido. Al momento de elegir entre la seguridad y firmeza de los derechos, con el fin de aclarar la situación de los patrimonios y la obligación asumida por el Estado argentino de garantizar la reparación a las víctimas, debe primar este último, en resguardo de la dignidad de la persona humana.

En el segundo voto en disidencia, el juez Horacio Rosatti, luego de expresar que la problemática de la prescripción atañe, en origen, al derecho común y procesal, estima que la cuestión principal radica en analizar si la imprescriptibilidad de la acción penal en delitos de lesa humanidad es extensible a la acción resarcitoria del derecho privado cuando lo que se reclama es la "reparación" de los daños ocurridos en otras esferas y ámbitos. Luego de realizar un exhaustivo análisis de los fundamentos y características de la dictadura cívico-militar y el llamado "Proceso de Reorganización Nacional", reafirma el deber del Estado a una reparación integral de los delitos de lesa humanidad, no solo en la esfera penal sino también, en lo que aquí interesa, en la civil **(17)**. De manera similar a lo expresado por el juez Maqueda, además de citar numerosos instrumentos internacionales, se sustenta además en el artículo 19 de la Constitución Nacional, que expresa el deber de no dañar a terceros, que encierra un deber de reparación ante su violación **(18)**.

Por otro lado, el carácter "renunciable" del derecho patrimonial, argumentado por la mayoría de la CS para diferenciarlo de los delitos de índole penal, no sería tal. La obligación de reparación del Estado excede el interés particular de las partes y es propio de sus obligaciones en materia internacional y del derecho de gentes. Para el juez Rosatti, sería irrazonable que el Estado recurra a la prescripción para no cumplir con una obligación de reparación integral de delitos de lesa humanidad, que son moralmente indisolubles de su faceta penal. En efecto, el alejamiento de los plazos de prescripción de las acciones conexas a delitos de lesa humanidad ha sido una política de Estado, en otras, a partir de la inclusión del art. 2561 en el Cód. Civ. y Com. **(19)**.

III. "Ingegnieros"

La historia de esta sentencia es larga, y sus aristas son variadas puesto que no solo involucra cuestiones de derecho civil, sino también de derecho laboral. En este trabajo nos dedicaremos a los argumentos vertidos en el dictamen de la Procuración General de la Nación y en el fallo de la CS. Sin embargo, aludiremos brevemente a los fundamentos principales de la mayoría de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (CNTrab.) **(20)**.

En este caso, la acción laboral fue instada por la hija de un trabajador de Techint SA contra esta última empresa, en reclamo por el resarcimiento por el daño emergente ante la desaparición de su padre en las instalaciones de la empresa **(21)**. La empresa opuso la excepción de prescripción del plazo, en virtud de la ley de accidentes y enfermedades laborales (9688). En esta oportunidad, los jueces no consideraron necesario evaluar si cabía aplicar subsidiariamente el art. 3980 del Cód. Civil y analizar los

(17) Para sustentar su argumento cita, entre otras, la sentencia CS, "Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c. Ejército Argentino s/daños y perjuicios", 27/11/2012, AR/JUR/60694/2012.

(18) CS, "Santa Coloma, Federico y otros c. EFA", 05/08/1986, AR/JUR/611/1986, y CS, "Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A. s/accidentes ley 9688", 21/09/2004, AR/JUR/2113/2004, entre otros.

(19) Recurre en lo sustancial a los mismos precedentes y sentencias del sistema interamericano aludidos en el voto del juez Maqueda.

(20) En primera instancia, el juez había declarado procedente la excepción de prescripción de la empresa.

(21) Sobre el tema de la desaparición trabajadores/as, representantes y delegados/as durante la dictadura cívico-militar y la complicidad empresarial en este cometido, ver BASUALDO, V., "Complicidad patronal-militar en la última dictadura argentina: Los casos de Acindar, Astarsa, Dálmine Siderca, Ford, Ledesma y Mercedes Benz", RE, 2006, 5, 4-27; INFOJUS, "Responsabilidad empresarial en delitos de lesa humanidad. Represión a trabajadores durante el terrorismo de Estado", Ed. INFOJUS, Buenos Aires, 2015; BASUALDO, V., BERGHOFF, H. y BUCHELI, M. (eds.), "Big Business and Dictatorships in Latin América. A Transnational History of Profits and Repression", Palgrave-MacMillan, California, 2021, entre otros.

impedimentos por los cuales no se hizo valer el derecho en el plazo común previsto por la ley.

En su lugar, afirmaron que se trataba de determinar si en el ámbito del derecho de gentes e incluso en nuestro derecho constitucional interno la acción resarcitoria de los daños provocados por los delitos de lesa humanidad es imprescriptible como las acciones de derecho penal. Frente a dicho interrogante, los jueces entendieron que no existe razón para distinguir las consecuencias resarcitorias del actuar ilícito respecto de las punitivas, puesto que ello hace al deber internacionalmente asumido de la reparación plena. Por otro lado, la desaparición de la víctima se había efectuado en el lugar de trabajo, por lo que, de acuerdo con las pruebas aportadas en la causa, también cabía la responsabilidad del empleador en virtud del art. 19 de la ley 9688 **(22)**.

El 03/02/2017, semanas antes del dictado del fallo "Villamil", el Procurador Fiscal ante la CS, Victor Abramovich, emitió su dictamen en "Ingegnieros". Realizó una remisión expresa al Cód. Civ. y Com., en especial al art. 2561, y entendió que esta norma era aplicable al caso. En efecto, como expresó, este artículo "excluye de las reglas de la prescripción a las acciones civiles derivadas de los delitos de lesa humanidad, esto es, conductas que por su gravedad y significado trascienden la esfera de los individuos como perpetrados o víctimas, y repugnan la conciencia de la humanidad en su conjunto" (Dictamen del Procurador, pto. IV).

De acuerdo con Abramovich, esta norma procuró receptar en la esfera civil los principios emergentes del derecho internacional vinculados a delitos de lesa humanidad, "a fin de atribuir responsabilidad por la comisión de los hechos ilícitos, asegurar la reparación de las víctimas de las más graves violaciones de derechos humanos y propender a la búsqueda de la verdad de lo sucedido (...)" (Dictamen del Procurador, pto. IV). En este sentido, al igual que la imprescriptibilidad en el ámbito penal, la imprescriptibilidad de las acciones de responsabilidad civil "procura evitar los factores que determinan la impunidad de los autores y responsables de estos crímenes, contribuir con el derecho a la verdad, la memoria y la justicia y asegurar el acceso a las víctimas a la reparación" **(23)** (Dictamen del Procurador, pto. IV).

Entendió que no era aplicable el art. 2537, puesto que el art. 2561 no modifica los plazos de prescripción, sino que directamente excluye de esta regla a las consecuencias civiles de delitos de lesa humanidad, en consonancia con las obligaciones internacionales a cargo de los estados. Agregó que, por mandato del art. 7° del Cód. Civ. y Com. sobre la eficacia temporal de las leyes, el art. 2561 es aplicable debido a que esta trata sobre una relación jurídica existente que aún no se ha agotado. El delito civil comenzó a producirse a partir de la desaparición de Ingegnieros y la víctima aún se encuentra desaparecida (argumento consonante, por ejemplo, con el fallo "Tarnopolsky"), más allá de la declaración judicial de su desaparición forzada. Sumado a ello, la ley 9688 no contiene una regla de prescripción con relación a las acciones derivadas de los delitos de lesa humanidad, por lo que corresponde recurrir subsidiariamente a las reglas contenidas en el derecho común, en este caso el art. 2561 del Cód. Civ. y Com., como recurso para proteger al trabajador/a.

Posteriormente el día 09/05/2019, la Corte Suprema dicta su fallo, en similares términos que la mayoría en "Villamil", pero con diferentes expresiones particulares a favor y en disidencia **(24)**. La mayoría de la CS, en lo que

(22) CNTrab., sala V, "Ingegnieros, María Gimena c. Techint S.A. Compañía Técnica Internacional s/accidente - ley especial", 02/02/2012, AR/JUR/8837/2019, y CNTrab., sala V, "Ingegnieros, María Gimena c. Techint S.A. Compañía Técnica Internacional s/accidente - ley especial", 27/02/2015. Entre otros casos similares, pero con diversa resolución, podemos citar SCBA, "Cebrymsky, Ana María c. Siderca S.A. s/indemnización - accidente in itinere", 18/04/2007, AR/JUR/676/2007.

(23) Aquí cita numerosos instrumentos y tratados internacionales con jerarquía constitucional y sentencias del sistema interamericano, como Corte IDH, "Barrios Altos vs. Perú (Fondo)", 14/03/2001, AR/JUR/509/2001; Corte IDH, "Myrna Mack Chang vs. Guatemala (Fondo, Reparaciones y Costas)"; 25/11/2003, Corte IDH, "Anzualdo Castro vs. Perú (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)", 22/09/2009, Corte IDH, "Gelman vs. Uruguay (Fondo y Reparaciones)", 24/02/2011, AR/JUR/99929/2011, entre muchos otros.

(24) El voto de la mayoría estuvo a cargo de Carlos Rosenkrantz, Ricardo Lorenzetti y Elena Highton de Nolasco. Sumado a ello, éstos últimos formularon su voto

aquí interesa, considera viable la prescripción opuesta por la defensa de Techint SA. En efecto, de acuerdo con la defensa de la empresa, la CNTrab. se apartó de la doctrina establecida en "Larrabeiti Yáñez", al no distinguir entre la acción penal proveniente de los delitos de lesa humanidad y la acción de resarcimiento patrimonial, ya que esta atañe a una materia disponible por las partes. Por ende, es inatendible la imprescriptibilidad a las acciones civiles (y, por extensión, las laborales) en virtud del derecho internacional de los derechos humanos.

En concordancia con "Villamil", la CS consideró que en las acciones indemnizatorias está en juego el interés patrimonial de los reclamantes, mientras que en las acciones penales está comprometido el interés de la comunidad internacional. El art. 2561 no sería aplicable, en virtud del 2537 del Cód. Civ. y Com. (contrariamente a lo dispuesto por el Procurador Fiscal), ya que los plazos de prescripción no se encontraban vigentes al momento del dictado del nuevo Código, extintos mucho tiempo antes de la interposición de la demanda en 2008. La necesidad de otorgar certeza a las obligaciones, fundamento del instituto de la prescripción, no puede desconocerse aún en esta clase de delitos.

Lo verdaderamente novedoso del voto de la mayoría es su expresa alusión a un caso reciente de la Corte IDH, "Órdenes Guerra vs. Chile" **(25)**, en el que se estableció que la prescripción no puede ser impedimento para las víctimas, en su derecho a una reparación plena. Ello en virtud de la obligación de índole internacional que pesa sobre el Estado. Sin embargo, irónicamente, la CS utilizó este precedente para alejarse de las conclusiones de este y expresó que las circunstancias analizadas por la Corte IDH son bien diferentes que las de "Ingegnieros". Aquí no se juzga la responsabilidad estatal, ni las reparaciones otorgadas por este.

En su voto concurrente, el juez Ricardo Lorenzetti hizo especial hincapié en el necesario respeto que deben dispensarse a los precedentes de la CS, tanto por esta en situaciones similares como por los tribunales inferiores, por razones de seguridad jurídica y la posición de la CS como máxima intérprete constitucional **(26)**. La CNTrab., en los dos fallos dictados a propósito de "Ingegnieros", no tuvo en consideración los precedentes de la CS (a excepción del voto en disidencia de la jueza García Margalejo). Respecto de los precedentes, Lorenzetti se refiere al pronunciamiento en "Larrabeiti Yáñez", en el que se declaró la prescriptibilidad de las acciones civiles (y laborales) conexas a delitos de lesa humanidad, dado su carácter disponible, renunciable y exclusivo de las partes interesadas en su percepción. Sin perjuicio de ello, aun asiste el derecho a reclamar la reparación económica reconocida en las leyes especiales. Este criterio es coincidente con el art. 4019 del Cód. Civil vigente en la época en la que los hechos del presente reclamo se suscitaron, que consagra como principio general que todas las acciones civiles son prescriptibles.

El juez Lorenzetti tampoco declara aplicable el art. 2561 del Cód. Civ. y Com., dado lo dispuesto por el art. 2537 del mismo cuerpo legal, cuestión ya analizada por la Corte Suprema en "Villamil". Agrega a su vez, que el art. 2561 declara imprescriptibles las "acciones civiles" derivadas de delitos de lesa humanidad, no así las de carácter estrictamente laboral. Del lado del derecho internacional, tampoco existe ninguna norma que avale aquella imprescriptibilidad, remitiéndose a los fundamentos que en este sentido ofreció la CS en "Villamil".

En cuanto al voto en disidencia conjunto de los jueces Maqueda y Rosatti, en lo sustancial se remiten a sus respectivas opiniones en el fallo "Villamil", particularmente en su análisis del instituto de la prescripción y la consiguiente imprescriptibilidad de las acciones resarcito-

particular. El voto de la disidencia fue conjunto, a cargo de Juan Carlos Maqueda y Horacio Rosatti.

(25) Corte IDH, "Órdenes Guerra y otros vs. Chile (Fondo, Reparaciones y Costas)", 29/11/2018. Para más información sobre este precedente, ver GATTINI ZENTENO, A., BUSTOS, F., & UGÁS TAPIA, F., "Crímenes contra la humanidad. Imprescriptibilidad acción civil. Corte IDH. Caso Órdenes Guerra y otros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29/11/ 018. Serie C No. 372", RDDH, 2020, 3, ps. 181-189 y DA RIN, N., "La imprescriptibilidad del derecho a obtener reparación integral de las víctimas de Lesa Humanidad", REDEA, 2020, 14/14, ps. 547-557.

(26) CS, "Schiffrin, Leopoldo Héctor c. Poder Ejecutivo Nacional s/acción meramente declarativa", 28/03/2017, AR/JUR/3692/2017.

rias, en sintonía con las disposiciones de la CN (principalmente el art. 19), instrumentos, declaraciones y sentencias de la CS en materia de derechos humanos. No dejan de agregar que "dichos principios fueron recogidos por el legislador al adecuar a ellos el ordenamiento infraconstitucional mediante la incorporación de disposiciones que reconocen su primacía y que, en lo que específicamente atañe a la cuestión bajo examen, establecen que las acciones civiles derivadas de delitos de lesa humanidad son imprescriptibles (cfr. arts. 10, 2° y 2561 del Cód. Civ. y Com.)" (pto. 6).

Los jueces realizan una reseña sobre el accionar de la dictadura cívico-militar, con sus objetivos y finalidades, además del rol de la empresa Techint S.A. en aquel contexto. Concluyen que más allá de que las demandas en sede penal y en sede civil posean fundamentos muy diversos, ellas son complementarias y el Estado cumple adecuada y acabadamente con las obligaciones asumidas en materia de derecho internacional humanitario y de los derechos humanos al atender ambos ámbitos. En este sentido, son tan importantes la investigación y punición de los delitos de lesa humanidad, como su reparación **(27)**. A su vez, citan los considerandos de la sentencia de la Corte IDH, en "Órdenes Guerra vs. Chile", a favor de la reparación plena ante delitos de lesa humanidad.

Finalmente, los jueces hacen hincapié en que la demanda resarcitoria fue interpuesta ante una empresa privada, basándose en la participación necesaria que tuvieron sus directivos o jerárquicos junto con el terrorismo de Estado. Al respecto, aportan las consideraciones y conclusiones de la CNTrab. sobre la participación empresarial en la desaparición de Ingegnieros. Más allá de que en "Villamil" el demandado fue el Estado y aquí fue la empresa Techint S.A., los jueces expresan que los fundamentos normativos y jurisprudenciales son aplicables y declaran la imprescriptibilidad de la acción resarcitoria, dado que el origen del reclamo fue el mismo: un crimen de lesa humanidad. Los estados tienen el deber de erradicar la impunidad, no solo en el ámbito penal, sino en lo que concierne a las reparaciones **(28)**.

IV. "Yoma" y "Crosatto"

En el primero de los casos, el actor José Tomás Yoma promovió demanda contra el Estado nacional por la reparación de los daños y perjuicios sufridos por haber sido forzado a exiliarse del país junto con su esposa y abandonar su trabajo como empleado de la Universidad Nacional de Córdoba. Su esposa fue arbitrariamente detenida (su hijo nació en cautiverio) y el exilio de la familia se produjo entre los años 1975 y 1983, en los que se radicaron en Venezuela. En aquel período nacieron otros dos hijos del matrimonio. A tal efecto, planteó la imprescriptibilidad de la acción civil emergente de delitos de lesa humanidad. El Estado nacional planteó la excepción de prescripción de la acción civil (art. 4037 del Cód. Civil), la que fue declarada improcedente en primera instancia. Apelada la sentencia, la Cámara Federal de la Cuarta Circunscripción Judicial (CFCCJ) fue por el camino contrario, y aseveró que la reparación dineraria responde al interés estricta y exclusivamente patrimonial de los particulares y constituye materia disponible y renunciable.

La actora interpuso una queja ante la denegación del recurso extraordinario. El 17/10/2019, la CS, por la mayoría compuesta por los jueces Carlos Rosenkrantz, Ricardo Lorenzetti y la jueza Elena Highton de Nolasco, se remite a la sentencia "Villamil" por razones de brevedad, y declaró improcedente el recurso extraordinario. Por otro lado, el juez Juan Carlos Maqueda, en su disidencia también se remite a sus votos en "Villamil" e "Ingegnieros" para apoyar la declaración de imprescriptibilidad de la acción resarcitoria.

El único juez que ofrece un voto más sustancial es Horacio Rosatti, también en disidencia. Es interesante que, con cita a otras sentencias de la CS, el voto equipara el término "detención" al lapso transcurrido en el exilio por personas per-

(27) El voto se remite a los instrumentos y fuentes internacionales de las disidencias en "Villamil". En especial, ver los instrumentos citados en la nota 16 de este trabajo.

(28) Corte IDH, "Perozo y otros vs. Venezuela (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas", 28/01/2009; Corte IDH, "Anzualdo Castro vs. Perú (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)", 22/09/2009.

seguidas ilegalmente, pues este término, no solo en esa ley sino también para el sentido común, significa distintas formas de menoscabo a la libertad ambulatoria **(29)**. En este sentido, el caso amplía las situaciones y demandas susceptibles de ser reclamadas a partir de las nuevas (y no tan nuevas) disposiciones nacionales (como las de la CN y el Cód. Civ. y Com.) e internacionales (como los tratados internacionales con jerarquía constitucional del art. 75, inc. 22 de la CN).

Finalmente, y de acuerdo con numerosas consideraciones que son casi idénticas a sus votos en "Villamil" e "Ingegnieros", concluye que tanto la acción indemnizatoria como la penal se derivan de un mismo hecho, y que, reconocida la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad desde la óptica penal, la reparación indemnizatoria de esos crímenes no puede sujetarse a plazo de prescripción liberatoria, en contra de las obligaciones de reparación integral a la cabeza del Estado.

La última sentencia por comentar es "Crosatto", dictada al día siguiente de la sanción de la ley 27.586, modificatoria del Cód. Civ. y Com. Aquí, al igual que en "Ingegnieros", los actores Julio D›Alessandro y Hugo Crosatto, eran trabajadores y representantes sindicales de la empresa Daimler Chrysler Argentina (ex Mercedes Benz Argentina). Ellos inician una demanda contra el Estado nacional y la empresa por los daños y perjuicios sufrieron con motivo de la connivencia de la empresa y el Estado durante el período 1975-1983, que incluye la persecución de la que fueron víctimas al haber sido señalados por su empleadora como opositores al gobierno **(30)**.

En instancias anteriores, los jueces hicieron lugar a la excepción de prescripción opuesta tanto por el Estado nacional (sustentada en el plazo bienal del art. 4037 del antiguo Cód. Civil) como por la empresa (no existe un hecho antijurídico atribuible a su accionar, además de que la imprescriptibilidad civil es inviable). Tanto en primera como en segunda instancia se refirieron al extenso período (veintitrés años) entre la posibilidad de plantear la demanda y su efectiva interposición por parte de los actores. Además, la acción resarcitoria es pasible de prescripción, debido a que constituye materia disponible por los afectados.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, incluso expresó que el "clima de terror y miedo" que se habría prolongado luego de 1983 "no reviste entidad suficiente para justificar una demora de más de dos décadas en iniciar la acción de responsabilidad civil, más aún a partir del clima democrático que reinó en el país desde el año 1983, cuando comenzaron a juzgarse penalmente los crímenes que aquí se invocan" (voto del juez Rosatti, pto. 2).

Los actores, ante las respuestas negativas a su pretensión acudieron a la CS y afirmaron, en lo que aquí interesa, que las decisiones se encuentran en franca oposición al art. 2561 del Cód. Civ. y Com., puesto que este es plenamente aplicable al caso. En idéntica mayoría y minoría que en el caso "Yoma", es el juez Rosatti quien hace una reseña del caso y, al igual que el voto del juez Maqueda en este caso, se remite a las disidencias en "Villamil" e "Ingegnieros" para aceptar la imprescriptibilidad de las acciones resarcitorias conexas a crímenes de lesa humanidad.

Si bien, en lo sustancial, ninguna de las dos últimas sentencias aporta nuevos fundamentos a la imprescriptibilidad, sí es interesante como ampliación y justificación de los casos en los que tal reparación puede exigirse. Sin perjuicio de que estos no son los primeros casos de aquella ampliación, sí aportan en la temática de la prescripción. A la vez, constituyen reafirmaciones de las visiones amplias que deben primar en la interpretación del derecho internacional y el derecho interno. Como veremos seguidamente, aun las disidencias pueden constituir insumos para las modificaciones normativas posteriores.

V. Breves conclusiones

Hasta aquí hemos realizado un recorrido sobre las sentencias que, a nuestro juicio, son las

(29) CS, "Yofre de Vaca Narvaja, Susana c. M° del Interior - resol. M.J.D.H. 221/00 (expte. 443.459/98)", 14/10/2004, AR/JUR/2512/2004; CS, "Creste, Esteban Pablo c. M° Justicia y DDHH s/indemnizaciones - ley 24.043 - art. 3°", 29/08/2017, AR/JUR/98884/2017.

(30) Aquí también es interesante la ampliación en el reclamo de los actores, a partir de la persecución sindical y laboral por parte de la empresa y Estado.

más importantes en la materia que nos ocupa. Sabemos que el tema es mucho más rico, complejo y antiguo que estos precedentes, pero nuestro modesto objetivo fue ofrecer un panorama y una posible respuesta a la reforma del Cód. Civ. y Com. operada a fines del pasado año. Los diálogos entre la judicatura y los/las miembros del Parlamento son bien conocidos, y las imbricaciones son evidentes.

A mayor abundamiento, el proyecto de ley presentado en 2019 **(31)** que dio lugar a la reforma es una evidencia de este diálogo y de la necesaria apertura y actualización del Estado. Este proyecto fue más ambicioso que el que fue sancionado finalmente. Si bien la reforma al art. 2537 fue idéntica en su versión final, su otro objetivo fue mantener la imprescriptibilidad de las acciones civiles en la sección de los plazos especiales, pero con la siguiente variación: "Las acciones civiles derivadas de delitos de lesa humanidad son imprescriptibles, incluso cuando se hayan perpetrado con anterioridad a la entrada en vigencia de este Código" (art. 2561). Finalmente, como expresáramos en la introducción, dicha imprescriptibilidad fue incluida dentro de los plazos genéricos de prescripción del Cód. Civ. y Com. (art. 2560) y fue eliminado el último párrafo de los plazos especiales.

En efecto, uno de los fundamentos del proyecto para reformar los dos artículos se refiere específicamente tanto a la mayoría como a la disidencia en el fallo "Ingegnieros". En la primera de ellas, si bien reconocen el art. 2561 del Cód. Civ. y Com., remiten al art. 2537 para sostener que el plazo de prescripción ya se había cumplido al momento de entrar en vigencia el nuevo Código y estableció plazos irrisorios al derecho a una reparación plena. En este sentido, el voto mayoritario "garantiza la impunidad respecto del incumplimiento de la obligación de reparar el daño, que más allá de la dimensión material del interés individual directamente afectado conlleva, por la naturaleza misma del delito que lo ocasiona, un grave daño moral colectivo" (p. 4). Por otro lado, con apoyo en la disidencia, los/las autores/as del proyecto expresan que la imprescriptibilidad de los derechos de las víctimas de delitos de lesa humanidad se encuentra determinada por la causa de la obligación, que es el crimen de lesa humanidad, y cuya finalidad es la reparación del menoscabo causado a la víctima o sus familiares.

Una última consideración. Prácticamente todas las sentencias a las que hemos aludido se refieren a la interposición de la demanda en tiempo oportuno por parte de las víctimas o sus causahabientes. Parece que la responsabilidad en cuanto a la reparación de los delitos de lesa humanidad se encuentra únicamente en cabeza de estas. La CS, de algún modo, "juzga" la inactividad de la víctima, y para ello le atribuye un plazo a su pretensión, que debería haber cumplimentado según sus parámetros. Pero ¿cómo medir temporalmente el miedo? ¿Solo basta la "posibilidad" de interposición de la demanda para que las personas exijan sus derechos, en este caso pecuniarios? ¿Todos los reclamos son idénticos?

El fundamento en aquella "disponibilidad" o "renunciabilidad" de los créditos que la mayoría de la CS ha repetido (con mayor o menor intensidad) en todas las sentencias aludidas, puede funcionar para los negocios y los actos jurídicos meramente patrimoniales, ¿pero ello es asimilable a un delito de estas características? La vida y el sufrimiento no son un negocio y la seguridad jurídica a la que propende el instituto de la prescripción debe ser asumida por el Estado, a partir del cumplimiento de sus obligaciones internacionales. La reforma al Cód. Civ. y Com., y la "constitucionalización" del derecho privado es un ejemplo de ello, en aras de una interpretación integral del sistema jurídico.

(31) Senado de la Nación, "N° 2291/19. López Valverde y otros: Proyecto de ley que modifica el Código Civil y Comercial de la Nación respecto de la imprescriptibilidad de las acciones resarcitorias de daños derivados de delitos de lesa humanidad", 2020, ps. 1-4. Disponible en: https://www.senado.gob.ar/parlamentario/comisiones/verExp/2291.19/S/PL.

Nuestras consideraciones acerca de la modificación al Código Civil y Comercial de la Nación, estableciendo la imprescriptibilidad de las acciones resarcitorias de daños derivados de la comisión de delitos de lesa humanidad

Eduardo P. Jiménez (*)

Sumario: I. Antecedentes del dictado de la norma.— II. Bases constitucionales que animan la actual definición legal.— III. Ciertas cuestiones que aún restan ser develadas.— IV. Para concluir nuestro aporte.

"Y mirá que apenas nos conocíamos, y ya la vida urdía lo necesario para desencontrarnos minuciosamente".

Julio CORTÁZAR (*Rayuela*).

I. Antecedentes del dictado de la norma

No queda duda de que, a la fecha, la problemática que implica evaluar si en los delitos de lesa humanidad, cuando se efectúan reclamaciones civiles como derivación de ellos, puede aducirse algún plazo de prescripción, se ha constituido en un dilema principal para la doctrina especializada.

Acertadamente, el constituyente argentino ha zanjado esta cuestión, al aprobar el art. 36 del Texto Fundamental, que claramente impone aquí la regla de la imprescriptibilidad de tales reclamos indemnizatorios.

No podemos olvidar que, en el propio paraninfo santafesino donde se debatió esta reforma constitucional, el Convencional Etchenique (MODIN) resistió con énfasis el párrafo que indicaba que "las acciones respectivas serán imprescriptibles".

Allí, señaló en su alocución que "(...) enunciar la imprescriptibilidad de las acciones civiles en el recinto era una enormidad", enfatizando también que "(...) según nuestra organización constitucional, los únicos delitos imprescriptibles son los que constituyen crímenes internacionales contra la Humanidad, contemplados en la Convención para la Prevención y Penalización

(*) Profesor titular concursado de las asignaturas "Teoría Constitucional" (UNMDP) y "Elementos de Derecho Internacional" (UNCPBA). Doctor en Derecho (UNMDP) e investigador, categorizado "2" por el Ministerio de Educación de la Nación.

del Genocidio, del 09/12/1948" y agregando finalmente que "(...) mayor enormidad, si cabe, es la de extender esa imprescriptibilidad a las acciones civiles de reparaciones de daños causados por el delito, que ni siquiera se les ocurrió a los redactores del referido convenio internacional".

Aun así, cabe aclarar también que la norma en cuestión, que decidió incluir la regla de imprescriptibilidad de las acciones *penales y civiles* como derivación de la comisión de delitos de lesa humanidad, fue votada por unanimidad y aprobada en el plenario de la Convención reformadora por "aclamación" **(1)**. El propio Convencional Antonio Cafiero expresó, al informar acerca de esta cuestión en el recinto santafesino, que "(...) cada país, en su momento y a su tiempo, ha tratado de tutelar su orden constitucional conforme a sus propios antecedentes históricos", agregando a ello que "(...) no existe una regla universal: cada país ha vivido sus vicisitudes y ha salido a su encuentro forjando normas de defensa de este bien tan preciado como es el orden constitucional y el sistema democrático" **(2)**.

Debe ser destacado que, pese a la claridad de la enunciación constitucional, se han denotado notorios vaivenes y contradicciones, ofrecidos por los tribunales de justicia a este respecto Ellos fueron zanjados por la jurisprudencia de nuestra Alta Corte de Justicia, antes de la reforma del art. 2537 y 2560 del Cód. Civ. y Com., al sancionar la ley 27.586.

Con ello ha impuesto en consecuencia nuestra jurisprudencia, una solución que hoy no solo es contraria a la instituida por el constituyente reformador, en 1994 **(3)**, sino también a lo luego legislado por el Congreso de la Nación en el año 2020.

Tal postura fue criticada por la mejor doctrina **(4)** que sostenía —y todavía lo hace— la improcedencia de la prescripción civil, que es considerada en general por los ámbitos doctrinarios, inoperante ante situaciones de violaciones manifiestas a los derechos humanos, en tanto permite eludir la responsabilidad del Estado, o los represores condenados **(5)**.

Recientemente, con fecha 11/11/2020, la Cámara de Diputados convierte en ley a la propuesta de modificación al Cód. Civ. y Com., referida en lo que nos importa, a la imprescriptibilidad de las acciones resarcitorias de daños derivados de delitos de lesa humanidad **(6)**.

La ley es luego publicada por el Poder Ejecutivo nacional, en el Boletín Oficial de la Nación el 16/12/2020 **(7)**, con lo que, a partir de tal fecha, se concretó la entrada en vigencia de la norma, oportunamente aprobada por el Congreso de la Nación.

Así las cosas, el nuevo art. 2560 del Cód. Civ. y Com., establece el lapso general en materia de prescripción, que queda redactado —en lo pertinente—, agregando a la solución básica, el siguiente párrafo: "(...) las acciones civiles derivadas de delitos de lesa humanidad son imprescriptibles".

---

(1) Recuerdo que fue la primera norma que aprobó la Convención, en el "día del amigo" (madrugada del 30 de julio), del año 1994, sin disidencias, luego del debate, hecho para el cual prestaron colaboración los convencionales del MODIN, que se retiraron momentáneamente del recinto, a fin de que el primer artículo que allí se aprobara, lo fuese por unanimidad de los presentes

(2) Cfr., versiones taquigráficas de las sesiones de la Convención Constituyente de 1994, p. 1409.

(3) Nos referimos al precedente CS, "Larrabeiti Yáñez", 20/10/2007; 2008, 147-207), donde se estableció por mayoría —la minoría se integró con los votos de los ministros Rossatti y Maqueda— que a la indemnización civil se le aplican en estos supuestos, las reglas generales sobre la prescripción. Esta tesitura se reitera en el precedente "Ingegnieros c/Techint" y reafirma en los obrados "Villamil, Amelia Ana c/Estado Nacional s/daños y perjuicios", 203:312 (48-V/CS1).

(4) Ver HITTERS, Juan Carlos, ¿Prescribe la reparación civil de los delitos de lesa humanidad?", "LA LEY 21/08/2019, 1; LA LEY 2019-D, 1041, AR/DOC/2406/2019.

(5) Ello, por supuesto, con distinguidas opiniones contrarias, detentadas entre otros por Aida Kemelmajer de Carlucci (2013) o López Herrera (2016).

(6) El proyecto había sido acordado previamente, con lo que tuvo un tratamiento acotado, reuniendo doscientos treinta y nueve (239) votos afirmativos, y una (1) abstención.

(7) BO. 34542, p. 5.

¿Cuál es entonces la regla de derecho que impone para nuestro punto la nueva legislación?

Este cambio, claramente instituido respecto de la posición contraria detentada por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación **(8)**, establece que *no vencen los plazos para efectuar planteos resarcitorios,* por parte de personas víctimas de crímenes de lesa humanidad, ello con especial referencia a aquellos cometidos durante la última dictadura cívico militar que asoló a nuestro país **(9)**.

El legislador obró entonces de plena conformidad con los principios que dimanan hoy en forma expresa del Cód. Civ. y Com., en el sentido de que la propia Carta Fundamental, y en particular los instrumentos internacionales sobre derechos humanos que hoy poseen su jerarquía deben animar la creación y la interpretación de toda norma infraconstitucional **(10)**.

Es que como acertadamente se ha sostenido en doctrina, la normativa civil "(...) concibe al ordenamiento jurídico como un todo hermético y autosuficiente, en el que siempre se encuentran las soluciones necesarias para resolver cualquier situación jurídica que pueda plantearse" **(11)**.

Además, en función de su ubicación dentro del sistema jurídico argentino, ha señalado con acierto Horacio Rossatti **(12)** que "(...) las cláusulas del Código Civil y Comercial (y las llamadas leyes complementarias), no deben contradecir a la Constitución ni a los tratados".

Respecto de la aplicabilidad de la norma en el tiempo, ha sido contundente el Procurador General de La Nación, Víctor Abramovich, al dictaminar en los obrados "Ingegnieros c. Techint" **(13)** considerando la regla de imprescriptibilidad prevista en el art. 2561 *in fine* del Cód. Civ. y Com. Clarificó demás Abramovich, que "(...) la ley se aplica (...) a las relaciones y situaciones existentes cuando no estén agotadas, y a las consecuencias que se encuentren en curso o no se hayan consumido bajo el régimen anterior", determinando el carácter continuado del delito de desaparición forzada, con cita de diversos antecedentes jurisprudenciales de nuestra CS y órganos internacionales de derechos humanos, concluyendo que en ese caso no existía certeza del destino o paradero de la víctima, y en consecuencia "(...) el hecho ilícito que motivó la presente acción es de lesa humanidad y, en virtud de ello se encuentra excluido de las reglas de prescripción de la ley 9688, en atención a lo dispuesto por el art. 2561 del Cód. Civ. y Com., a fin de garantizar la reparación de las más graves violaciones de los derechos humanos. Por lo tanto, la acción resarcitoria interpuesta por el actor es imprescriptible" **(14)**.

Los vaivenes jurisprudenciales, sumados a la final interpretación dada por la Corte Suprema de Justicia a la cuestión en tratamiento, tornó necesario el dictado de una legislación clara y contundente, para así poner fin a una interpretación jurisprudencial errática, confusa y finalmente equivocada sobre la cuestión, que proponía, en punto a la prescripción en mate-

(8) Bien expresa en este punto HITTERS, Juan Carlos, ob. cit., que esta norma «(...) llegó como respuesta a un fallo de la Corte Suprema (...) «Larraburu Yáñez», que se sitúa en la posición contraria», agregando a ello, que «(...) desde esta perspectiva, no cabe hesitación de que la moderna posición del legislador argentino ha sido la de la imprescriptibilidad de este tipo de reparaciones» (textual de cita, p. 1).

(9) Durante el período 1976-1983

(10) Esto ha sido particularmente resaltado por GHERSI-WEINGARTHEN, "Código Civil y Comercial comentado y anotado", t. I, p. 32 en comentario al art. 1° del Código, en tanto han señalado como nueva cuestión a remarcar, la incorporación, como fuente interpretativa "(...) a la Constitución Nacional, los Tratados sobre Derechos Humanos, y los principios y valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento".

(11) Ibidem, p. 23.

(12) ROSSATTI, Horacio "El Código Civil y Comercial desde el Derecho Constitucional", Edit. Rubinzal-Culzoni, p. 41.

(13) Cfr. Dictamen del Sr. Procurador General de la Nación en los obrados "Ingegnieros, María Gimena c/ Techint S. A. Cia. Técnica Internacional s/Accidente-Ley Especial", CS, proveniente de CNTrab., 9616/2008/1/RH1, 03/03/2017.

(14) Dictamen del Sr. Procurador General, en Autos "Ingegnieros", citado, transcripción textual. Lamentablemente, esta posición no fue receptada en el fallo de la Corte. Volveremos sobre el punto luego.

ria de acciones civiles o penales derivadas de la comisión de delitos de lesa humanidad, distinciones que claramente no efectuó el propio texto fundamental a ese respecto, en su art. 36, al referirse a esta cuestión.

II. Bases constitucionales que animan la actual definición legal

Sabido es que el fundamento de la prescripción reside en la conveniencia general de liquidar situaciones inestables, y de este modo, se otorga seguridad y fijeza a los derechos y se aclara la situación de los patrimonios **(15)**.

Es claro, entonces, que se trata esta de una institución más cercana a la seguridad jurídica que a la justicia. En efecto, tiene sus propias finalidades y funciones, y "no es neutral en términos de distribución económica y de justicia conmutativa (...) se tolera, con su actuación, que algunos conflictos queden insatisfechos, que algunas injusticias se produzcan, porque es necesario que, al cabo de un tiempo, la conflictividad se termine y la actividad futura sea previsible" **(16)**.

Sin embargo, también es necesario tener en cuenta que es este un instituto que ha de aplicarse —en los casos concretos— de modo restrictivo (en caso de duda, debe estarse a favor de la subsistencia de la acción), y equilibrado.

Precisamente por ello, y en un análisis referido específicamente al caso de la acción reparadora de daños originados por delitos de lesa humanidad, se ha puesto el acento en el equilibrio y la compatibilidad que debe existir entre la procedencia de la prescripción, y el accionar del Estado, en los siguientes términos: "(...) Una cosa es que el Estado establezca esa institución para los conflictos patrimoniales entre particulares y otra distinta es que lo haga también para los conflictos que lo involucran. El mismo Estado, so pretexto de la previsibilidad, ¿puede perdonarse ciertas injusticias patrimoniales que haya cometido? ¿Puede hacerlo en todos los casos? ¿O es más razonable recurrir a una pauta que solo se lo permita cuando la solución del conflicto resulte equitativa? Esta última opción resulta más compatible con el accionar y los cometidos estatales" **(17)**.

En consecuencia, y si bien a prescripción liberatoria tiene un fundamento de *interés público*, que es la necesidad social de no mantener pendientes las relaciones de derecho sin que sean definidas en un plazo prudencial **(18)**, *cabe preguntarse si* —en este tipo de situaciones, que involucran graves violaciones a los Derechos Humanos por parte del propio Estado— realmente *el interés público nos lleva hacia la prescriptibilidad de la acción reparadora de daños ocasionados por delitos de lesa humanidad, o si el mismo interés público o social, reclama la solución inversa, teniendo en cuenta la dolorosa historia reciente del país, y la necesidad de mantener viva la memoria colectiva a efectos de preservar en el futuro el respeto al orden democrático y a las instituciones constitucionales.*

Esta cuestión ha merecido antes del dictado de la ley 27.587, diferentes respuestas jurisprudenciales:

La Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, sala II, en "Villamil, Amelia Ana c. Estado nacional" **(19)**, expresó: "(...) La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Fallo 'Almonacid Arellano y otros vs. Chile', sentencia del 26 de setiembre de 2006, dijo: 'La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior a la violación. De no ser esto posible, cabe al tribunal internacional determinar una serie de medidas para que, además de garantizar el respeto de los derechos conculcados, se reparen las consecuencias que

(15) Cfr., LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, "Tratado de Derecho Civil. Parte General", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1984, t. II, p. 672.

(16) Lorenzetti, Ricardo, citado por SÁNCHEZ, Fabio F., en "¿Son prescriptibles las acciones resarcitorias de daños originados por delitos de lesa humanidad?, Suplemento Administrativo 2008 (octubre), 21; LA LEY 2008-F, 315, AR/DOC/2783/2008.

(17) SÁNCHEZ, Fabio F., ob. cit.

(18) TRIGO REPRESAS, LÓPEZ MESA, "Tratado de la Responsabilidad Civil", La Ley, Buenos Aires, 2004, t. IV, p. 569).

(19) Sentencia del 23/11/2006; publicado en LL 2007 febrero, p. 63.

produjeron las infracciones y se establezca el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados. Es necesario añadir las medidas de carácter positivo que el Estado debe adoptar para asegurar que no se repitan hechos lesivos como los ocurridos en el presente caso. La obligación de reparar, que se regula en todos los aspectos (alcance, naturaleza, modalidades y determinación de los beneficiarios) por el Derecho Internacional, no puede ser modificada o incumplida por el Estado obligado, invocando disposiciones de su derecho interno. Ahora bien, ninguna duda cabe acerca de que el instituto de la prescripción liberatoria es una disposición de derecho interno, de gradación inferior a la constitucional. Y por ser de derecho interno, cede irremediablemente frente a una norma de carácter internacional receptada en la Constitución Nacional. De manera tal que, *con respecto a las indemnizaciones derivadas de delitos de lesa humanidad, no es aplicable plazo alguno de prescripción*, ya sea si la acción se iniciare a partir de lo que establece el art. 29 del Código Penal, o si se intentare en sede civil, atento lo que seguidamente se invoca. Esto es así atento que, con respecto a los plazos de prescripción liberatoria que fija el Código Civil, es dable destacar que, en modo alguno podrían ser invocados con sustento, ya que «Debe recordarse que la prescripción no puede separarse de la pretensión jurídicamente demandable» (Fallos: 308:1101), y en este caso, el origen del reclamo reparatorio se basa en el daño ocasionado por un delito de lesa humanidad, y no en uno derivado de una relación meramente extracontractual, o de un delito penal que no tiene la especial connotación de su imprescriptibilidad (...)'" (el remarcado me pertenece).

Al revocar este bien fundado precedente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con el voto mayoritario de los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco y Rosenkrantz concluye que estas reclamaciones no son imprescriptibles, y que, por ende, para dar lugar a una sentencia condenatoria por responsabilidad del Estado, las acciones se encuentran sometidas a las disposiciones que establecen el plazo de prescripción dentro del cual deben útilmente ser promovidas. Aquí, la disidencia les cupo a los ministros Rosatti y Maqueda. No resulta una consideración menor en el punto el hecho de que los magistrados que votaron esa disidencia habían sido a su tiempo, convencionales constituyentes.

Este criterio restrictivo había sido ya detentado con anterioridad por nuestra Corte Suprema de Justicia, al votar los obrados "Larrabeiti Yáñez, Anatole Alejandro y otro c. Estado nacional" **(20)**, suscripto por los magistrados Lorenzetti, Highton de Nolasco, Argibay, Fayt y Petracchi, donde se señaló lo siguiente: "(...) *no es atendible el argumento en virtud del cual la acción para reclamar el resarcimiento patrimonial es imprescriptible porque nace de delitos de lesa humanidad,* imprescriptibles desde la óptica del reproche penal. Ello es así porque la primera atañe a materia disponible y renunciable, mientras que la segunda, relativa a la persecución de los delitos de lesa humanidad, se funda en la necesidad de que los crímenes de esa naturaleza no queden impunes, es decir, en razones que exceden el interés patrimonial de los particulares afectados" (el resaltado me pertenece).

Cabe destacar que esta línea de análisis jurisprudencial no analiza, ni el hecho de la previsión normativa expresa que al respecto obra en el art. 36 CN, ni tampoco la incidencia del Derecho Internacional de los derechos humanos sobre el derecho interno en estas peculiares cuestiones (lo cual permitiría, a la propia Corte, profundizar en el futuro la cuestión sometida a debate), y no puedo soslayar que el actor, en estas actuaciones, ha formulado una profusa cita al Derecho Internacional para fundar su petición de rechazo de la excepción de prescripción.

Ello ameritó un análisis crítico de la cuestión en doctrina, que —incluso— motivó oportunamente nuestro apartamiento del criterio seguido por nuestro más alto Tribunal, a la luz de lo dispuesto por nuestra Carta Magna y por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que fuera expuesto cuando nos tocó dictar sentencia en los obrados "Bozzi, Carlos c. Estado nacional s/ daños y perjuicios" **(21)**, teniendo el suscripto en consideración al sentenciar, que la

(20) CS, Fallos 311:1490, 30/10/2007, p. 14.

(21) Expediente 77331/2008, de trámite por ante el Juzgado Federal N °2 de Mar del Plata, de fecha 25/11/2008, Secretaría actuante N °1, confirmado luego por la Al-

prescripción no puede separarse sin más de la pretensión jurídicamente demandable.

Es que, en estos particulares supuestos, nos encontramos ante reclamos indemnizatorios generados por un accionar ilícito cuya acción penal debe considerarse imprescriptible, por derivar de la comisión de un delito de lesa humanidad, y dado que aquí, la acción civil es una consecuencia del hecho ilícito mencionado, con cierta dosis de accesoriedad que sella su suerte, sobre todo teniendo en cuenta el régimen del derecho internacional en vigor a su respecto **(22)**, cabe considerarla también imprescriptible.

Vale recordar también aquí, que la calificación de los delitos contra la humanidad no depende de cada Estado, sino de los principios derivados del *ius cogens* del derecho internacional. En consecuencia, resulta claro que —respecto de este tipo de delitos— las normas que integran el derecho internacional de los derechos humanos limitan la facultad de los Estados, porque tales ilícitos afectan el bien común de la comunidad internacional.

Por lo tanto, una adecuada interpretación insta a concluir que no será aplicable el ordenamiento jurídico interno de los Estados nacionales, *en cuanto este obste a realizar la justicia del caso*.

Por ello, el repudio a los crímenes de lesa humanidad, y la necesidad de su persecución y la reparación de las consecuencias que de ellas derivan, precede a la normativa argentina aplicable, debido a la fuerza del derecho internacional de los derechos humanos en la materia, y las normas internas dictadas por los Estados nacionales, en tanto impidan la consecución de los objetivos de la comunidad internacional, no deben aplicarse.

No resulta lógico —en tal contexto— que el propio Estado genere daños a través de ilícitos repudiados internacionalmente como crímenes de lesa humanidad, y luego se ampare en el instituto de la prescripción (basado en la seguridad jurídica, mas no en la justicia) para evitar la responsabilidad patrimonial que pudiera corresponderle en consecuencia.

Creemos sinceramente que ello atenta contra la equidad, e incluso esta circunstancia fue advertida no solo por la doctrina, sino también por la Procuración del Tesoro, que entendió en algunos casos —fundándose en razones éticas— que el Estado solo podría oponer la defensa de la prescripción cuando ello fuera conciliable con la equidad.

No puede olvidarse tampoco aquí, que la propia CADH (que detenta hoy jerarquía constitucional, atento lo dispuesto en el art. 75 inc. 22 de la CN.), establece en su art. 1, dos importantes obligaciones para los Estados parte en el instrumento: respetar los derechos humanos y garantizar su ejercicio y goce a todas las personas sujetas a su jurisdicción. Ha señalado en este punto, la más prestigiosa doctrina, que "(...) la obligación de respetar exige que ni el Estado ni sus agentes, ni terceros actuando con la aquiescencia do tolerancia del estado violen los derechos humanos establecidos en la Convención. La obligación de garantizar exige al Estado emprender las acciones necesarias para asegurar que todas las personas sujetas a su jurisdicción estén en condiciones de ejercerlos y gozarlos" **(23)**.

Además, y respecto de esta última, la Corte Interamericana de derechos humanos, dijo en forma reiterada que "(...) como consecuencia de esta obligación, los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención, y procurar, además, el restablecimiento, si es posible del derecho conculcado, y en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación por la violación de los derechos humanos. *Si el apara-*

---

zada local, en fallo registrado al T ° CXLV, F ° 19.107, 20/05/2013.

(22) En tal sentido, remito aquí —en honor a la brevedad— a los fundamentos del fallo CFed. La Plata, sala II, "Villamil" (Consid. I.2), el cual a su vez cita al fallo CIDH, "Almonacid Arellano y otros c/ Chile", por compartirlos íntegramente.

(23) Cfr. FERNÁNDEZ NEIRA, Karina y SFERRAZZA TAIBI, Pietro, "La aplicación de la prescripción gradual del delito en las causas sobre violaciones de derechos humanos", en www.anuariocdh.uchile.cl, p. 190, con cita a Medina Quiroga, C. y Nash Rojas, C.

to del Estado actúa de modo tal que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido con el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción" **(24)**.

II.1. El confronte con lo dispuesto en la Constitución textual argentina

No es casual —arribados a este punto de nuestro análisis— que el art. 36 de nuestra Constitución Nacional, refiera al pasado político del país, y sea, además, síntesis del intento de contener mediante normas jurídicas, los hechos de fuerza directa o indirecta contra el orden institucional, así como la dinámica de violencia política, y la necesidad de componer con reglas normativas, los conflictos ideológicos **(25)**.

Es por ello por lo que establece, en su primer párr., lo siguiente: "(…) Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos. Sus autores serán pasibles de la sanción prevista en el art. 29, inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos del beneficio del indulto y la conmutación de penas. Tendrán las mismas sanciones quienes, como consecuencia de estos actos, usurparen funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o las de las provincias, los que *responderán civil y penalmente de sus actos. Las acciones respectivas serán imprescriptibles* (…)" **(26)**.

Entendemos que los términos de la norma citada son lo suficientemente precisos como para afirmar que, con fuente directa en el Texto Fundamental, las acciones (también las civiles a fin de obtener las reparaciones pertinentes) son imprescriptibles **(27)**.

Si bien podría pensarse en este punto, que los efectos determinados en la norma recaen solo para las personas físicas autoras o partícipes de los hechos de fuerza (lo cual es usual en materia penal), al estar expresamente mencionadas las acciones civiles reparadoras de los daños (mediante las cuales puede demandarse al Estado), y teniendo en cuenta la generalidad de los términos empleados al final del párrafo transcripto ("las acciones respectivas será imprescriptibles"), juzgamos, dado lo terminante de la admonición contenida en el art. 36 de la CN, que la imprescriptibilidad establecida alcanza —cabe aquí reiterarlo, con fuente constitucional— a cualquier acción reparadora de daños, sea dirigida contra las personas físicas autoras o partícipes de los actos ilícitos, o contra el Estado (*Ubi lex non distinguit, nec noc distinguere debemus*).

Cierto es que desde un análisis de corte "lineal", podría sugerirse que este contexto impone la aplicación retroactiva del art. 36 del texto fundamental, aunque es claro que, al referirse a las consecuencias de delitos de lesa humanidad, ello no es así.

En realidad, y como es sabido, la calificación de los delitos contra la humanidad y la reparación de sus efectos no depende estricta y necesariamente de la voluntad normativa cada Estado, sino de los principios derivados del *jus cogens* del derecho internacional.

Así lo ha ratificado la jurisprudencia de nuestro más alto tribunal, en particular al fallar los obrados "Priebke" **(28)**.

En consecuencia, resulta claro para nosotros, que, respecto de estos peculiares delitos, y sus consecuencias jurídicas, las normas que integran el derecho internacional de los derechos humanos aparecen cuanto menos, como perentorias, dentro del orden jurídico internacional, limitando la facultad de los Estados y otros sujetos de dicho orden jurídico que pudiesen ser expresadas en sentido contrario.

(24) Cfr. Corte IDH, entre muchos otros, caso "Almonacid Arellano", 26/9/2006, Serie "C", N ° 154, párr. 110. El resaltado me pertenece.

(25) Cfr. GELLI, María Angélica, "Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada", La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 400).

(26) Textual de la norma referida, el resaltado nos pertenece.

(27) Cfr. GELLI, María Angélica, ob. cit., p. 403.

(28) Cfr. CS, Fallos 318:2148/1995.

Ha señalado en el punto Gramajo **(29)** que estas normas actúan del mismo modo como, en el derecho interno, lo hacen las limitaciones de orden constitucional a los órganos por medio de los cuales se ejerce el Poder del estado, coligiendo en consecuencia que si los delitos de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra tienen consecuencias sobre todos los miembros de la comunidad internacional en su conjunto, la comisión de estos necesariamente vulnera intereses fundamentales de la referida comunidad, que no desea que tales delitos se produzcan.

En consecuencia, el principio de veda de comisión de dichos hechos aberrantes, resulta ser una condición necesaria para mantener el orden democrático y la pacífica convivencia de las naciones que integran la *comunitas gentium*.

Establecida tal premisa, y fundada en los antecedentes vertidos, puede ser afirmado sin dubitación que la comisión de delitos de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, afecta el bien común de la comunidad internacional.

Claro es que, si tal es el bien común afectado con la comisión de los delitos indicados, el ordenamiento interno de los Estados nacionales no será aplicable a los fines de su persecución o reparación, en cuanto este obste a realizar la justicia del caso.

Así es, que el fundamento y finalidad del art. 36 CN, lo preceden de la mano del derecho internacional, al que antes aludimos. Creemos que la interpretación antedicha, es coherente con uno de los caracteres primordiales de la prescripción, como es el de ser una *última ratio*, de interpretación restrictiva.

En efecto, "(...) la interpretación de la prescripción debe ser restrictiva y en consecuencia ha de estarse por la solución más favorable a la subsistencia de la acción, es decir que, en caso de duda, debe estarse por la subsistencia del derecho" **(30)**.

(29) Cfr. GRAMAJO, Juan Manuel, "El Estatuto de la Corte Penal Internacional" Edit. Abaco, p. 38.

(30) TRIGO REPRESAS-LÓPEZ MESA, ob. cit., p. 576.

No puede olvidarse aquí tampoco lo indicado por la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto sostuvo no solo que "(...) la omisión de la consideración de la prescripción en estas cuestiones, puede comprometer la responsabilidad del Estado Argentino frente al orden jurídico interamericano" **(31)**, sino que además, en especial referencia a la figura de la prescripción y su curso en estos delicados reclamos, "(...) se trata de crímenes que no han dejado de ser vivenciados por la sociedad entera, dada la magnitud y significación que los atañe" **(32)**.

III. Ciertas cuestiones que aún restan ser develadas

Es sabido que, si bien la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre la imprescriptibilidad de la acción penal en lo que hace a delitos de lesa humanidad, *no lo ha hecho aún* en forma expresa en sentencias que vinculen a la Argentina, referidas a las acciones civiles en la materia.

Autores de la talla de Guibourg conjeturan sobre la aceptación de la imprescriptibilidad **(33)** en sede interamericana, cosa que a la fecha ya ha ocurrido, y sus posibles consecuencias.

Otros, como es el caso de Edgardo López Herrera, advierten, en esta misma línea interpretativa, que "(...) no puede ser aplicada esa especie de paralelismo en las formas ni es cier-

(31) Cfr. CS, "Arancibia Clavel" A-533 XXXVII, causa 259, DJ del 24/11/2009, en voto de los jueces Zaffaroni, Highton de Nolasco, Petracchi, Vázquez, Boggiano y Maqueda.

(32) Cfr., Del fallo citado, en votos de los ministros Zaffaroni y Highton de Nolasco.

(33) Cfr., GUIBOURG, Ricardo, "Imprescriptibilidad de la responsabilidad civil por crímenes contra la humanidad", LA LEY 13/03/2012, 4; LA LEY 2012-B, 161, AR/DOC/957/2012. Nuestro autor afirma, empero, seguido, que "(...) permitiéndose alertar sobre el problema de la eliminación de las garantías, a la manera del derecho penal del enemigo, que podría, en su criterio, extenderse a la enunciación de un posible "derecho civil del enemigo". Puede responderse a esta tesis, que declarar la imprescriptibilidad de determinadas acciones, no resta en modo alguno, las debidas garantías constitucionales a quienes participen de un proceso civil o penal respecto de una acción que no se encuentra prescripta.

to que la imprescriptibilidad penal provoque una imprescriptibilidad civil" agregando que "(...) incluso los autores que propugnan la imprescriptibilidad de la acción civil, reconocen que los "instrumentos internacionales de derechos humanos" reconocen universalmente (...) la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, incluyendo la desaparición forzada de personas y el derecho de las víctimas, de la cual *no necesariamente* se sigue que las consecuencias civiles de tales Crímenes de Derecho Internacional puedan estar sujetas a prescripción" **(34)**.

Más allá de la claridad con que la cuestión es resuelta en nuestro sistema constitucional, es del caso enfatizar que, si bien la CADH no distingue entre acción resarcitoria o punitiva, la regla de imprescriptibilidad debe aplicarse —como la Corte Interamericana lo ha hecho, según se verá— a ambas acciones, ya que de adoptar una solución contraria "(...) se condenaría a la persona de existencia visible y se permitiría que las personas de existencia ideal (insusceptibles de condena penal), gocen de los bienes que el crimen ha provocado" **(35)**.

Además, y reforzando nuestro concepto, la debida reparación respecto de la comisión de graves violaciones a los derechos humanos, ha sido caracterizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, elevándola al rango de principio fundamental del derecho internacional contemporáneo.

Ha dicho Abramovich sobre esta cuestión que "(...) se trata de un deber de enorme trascendencia social, pues se relaciona con el propósito de evitar la impunidad y con la obligación de averiguar la verdad de lo ocurrido, que atañe no solo a los familiares de la víctima, sino a la sociedad en su conjunto", agregando a ello, que, como derivación del mencionado principio básico, "(...) las víctimas de la desaparición forzada tienen un derecho a la tutela judicial efectiva en materia de reparación (art. 75 inc. 22 CN, y arts. 8 y 25 de la CADH) y en este marco, el paso del tiempo no puede constituir un obstáculo para el acceso a la adecuada compensación de los perjuicios sufridos a raíz de la desaparición" **(36)**.

Además, en pronunciamiento reciente, la Corte Interamericana ha develado el punto, señalando al fallar los obrados "Ordenes Guerra" **(37)**, que el Estado de Chile era responsable internacionalmente dado que sus autoridades judiciales rechazaron varias demandas civiles de indemnización por perjuicios morales interpuestas por siete grupos de personas, entre 1997 y 2001, en relación con el secuestro o detención y desaparición o ejecución de sus familiares, por parte de agentes estatales en 1973 y 1974 durante la dictadura militar. Debemos acotar aquí, que entre 1999 y 2003, las correspondientes acciones judiciales fueron rechazadas en base a la aplicación del plazo de la figura de prescripción establecida en su código civil.

IV. Para concluir nuestro aporte

Claro es que, luego de un nutrido y diverso debate judicial **(38)** respecto de esta trascendente cuestión, el Honorable Congreso de la Nación la ha zanjado de la mejor forma, legislando al respecto de modo claro, contundente y sin dejar lugar a planteo interpretativo ninguno.

Ello sin olvidar que tampoco el constituyente reformador de 1994 había dejado dudas al respecto, cuando incorporó el art. 36 a la nomenclatura constitucional.

Creemos que las sesudas disidencias de los ministros Maqueda y Rosatti, deberán tornarse ahora en la voz mayoritaria de la Corte Suprema

(34) LÓPEZ HERRERA, Edgardo "La Corte Suprema de la Nación rechaza la imprescriptibilidad de la acción de daños sufridos por los familiares de desaparecidos durante la dictadura", Cita Online 003/013600

(35) Cfr., CNTrab., sala V, "Ingeniero c/Techint", 02/02/2012, del voto del Magistrado Néstor Gibert (mayoritario).

(36) Cfr. CS, Dictamen del Sr. Procurador General de la Nación en los obrados "Ingegnieros" citado, el subrayado me pertenece

(37) Corte Interamericana de Derechos Humanos (2018), "Órdenes Guerra y otros vs. Chile", cita online http://wwwcorteidh.or.cr/docs/casos/artículosesumen_372_esp.pdf

(38) Al que hemos hecho referencia con anterioridad en un artículo (comentario a fallo) de nuestra autoría titulado "Acerca de la imprescriptibilidad de las acciones civiles para reclamar daños y perjuicios derivados de delitos de lesa humanidad", RCyS 2010-IX, 84, AR/DOC/5585/2010, a cuya lectura remitimos

de Justicia, máxime teniendo en consideración lo dictaminado por el Sr. Procurador General de la nación en los obrados "Ingegnieros" y pese al hecho de que, en aquel precedente, la Corte Suprema ha vuelto a rechazar, también por igual mayoría, este tipo de acciones, considerando que el derecho, de corte patrimonial, se encentra prescripto.

No olvidamos que el precedente data del 09/05/2019, y la reforma legislativa que ahora comentamos, es del año 2020.

A ello debe sumarse que recientemente, la Corte Interamericana hizo lugar a una petición de este estilo, en un fallo que establece interesantes estándares a nivel internacional, para casos de acciones civiles por delitos relacionados con el terrorismo de Estado **(39)**.

Es también importante señalar que luego de la negativa de la Alta Corte Nacional Argentina, la hija de Enrique Roberto Ingegnieros tomó la decisión de presentar el caso por ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, demandando al Estado nacional argentino, con el objeto principal de visibilizar en sede internacional la responsabilidad empresarial en delitos cometidos durante la dictadura cívico-militar, recalcando la necesidad de crear nuevas vías de acceso a la justicia y de reparación para las víctimas.

Esperamos con ansia el informe que oportunamente produzca la Comisión Interamericana al respecto, o, eventualmente, la presentación del caso ante la Corte Interamericana a fin de que esta conflictiva cuestión pueda ser zanjada de la manera correcta en el ámbito de la justicia interamericana.

Para así poder convalidar en forma efectiva, las válidas expectativas de verdad y justicia que animan al corazón de la sociedad argentina, y de tantos damnificados que todavía "penan" por validar sus legítimas pretensiones, que por el tipo de delito que las generan, no pueden ser obturadas por la alegación judicial del mero transcurso del tiempo.

(39) Luego de transcurridos 15 años, la sentencia "Ordenes Guerra vs. Chile" reconoció la imprescriptibilidad de demandas civiles en casos de delitos de lesa humanidad, condenando al Estado Chileno a indemnizar a las víctimas, al haberles negado el acceso a la justicia, aduciendo la figura de prescripción en tribunales nacionales.

Nuevamente sobre la imprescriptibilidad de la reparación de los daños provocados por la comisión de delitos de lesa humanidad: ¿quién tiene la última palabra?

Ezequiel Valicenti (*)

Sumario: I. Escenas del capítulo anterior: la evolución del debate sobre la imprescriptibilidad de las acciones civiles en delitos de lesa humanidad y desaparición de personas.— II. La doctrina de la prescriptibilidad sostenida por la Corte Suprema. Las razones que sostienen la imprescriptibilidad.— III. La reforma del Código Civil y Comercial (ley 27.586).— IV. ¿Está dicha la última palabra?— V. Bibliografía.

I. Escenas del capítulo anterior: la evolución del debate sobre la imprescriptibilidad de las acciones civiles en delitos de lesa humanidad y desaparición de personas

En mayo de 2018 publiqué una primera contribución en la que defendía la tesis según la cual son imprescriptibles las acciones judiciales tendientes a obtener la reparación de los daños provocados por la comisión de un delito de lesa humanidad, y particularmente, los provocados por la desaparición forzada de personas (Valicenti, 2018). La propuesta continúa siendo desafiante, ya que la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS) sostiene, desde el año 1999, la postura contraria, esto es, considera que las acciones civiles derivadas de este tipo de delitos prescriben.

Estas nuevas reflexiones están motivadas por la reciente reforma introducida por la ley 27.586 al Código Civil y Comercial, la que modificó parcialmente los arts. 2537 y 2560 y suprimió el último párrafo del art. 2561. Sin embargo, desde aquella primera publicación a la fecha han existido una serie de novedades trascendentes en el tema:

- El 29/11/2018 la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) dictó sentencia de fondo en el caso "Órdenes Guerra y otros c. Chile" en la que sostuvo que "en la medida en que los hechos que dieron origen a las acciones civiles de reparación de daños han sido calificados como crímenes contra la humanidad, tales acciones no deberían ser objeto de prescripción" **(1)**.

(*) Abogado (UNICEN). JTP en Derechos de los Contratos, en Derecho del Consumidor y en Instituciones de Derecho Privado (UNICEN).

(1) Corte IDH, "Órdenes Guerra y otros c. Chile", 29/11/2018 [en línea]. [consulta: 01/02 /2021]. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_372_esp.pdf

- El 09/05/2019 la CS dictó sentencia en el caso "Ingegnieros", oportunidad en la cual volvió a sostener —por mayoría— la tesis de la prescriptibilidad de las acciones civiles derivadas de delitos de lesa humanidad, consolidando la doctrina sentada en "Tarnopolsky" (1999) **(2)**, "Larrabeiti Yáñez" (2007) **(3)** y "Villamil" (2017) **(4)**.

- Finalmente, el 16/12/2020 fue publicada en el Boletín Oficial la mencionada ley 27.586 que incorporó nuevas reglas de cómputo de la prescripción con el objetivo de revertir la inveterada jurisprudencia de la CS y reafirmar la imprescriptibilidad de estos reclamos civiles.

Retomaré las razones que sostienen la tesis de la imprescriptibilidad, las confrontaré —nuevamente— con la tesis de la CS y posteriormente analizaré la reforma del Código Civil y Comercial, para determinar si, efectivamente, *está dicha la última palabra*.

II. La doctrina de la prescriptibilidad sostenida por la Corte Suprema. Las razones que sostienen la imprescriptibilidad

Como he señalado, defiendo la siguiente tesis: *las acciones civiles que procuran la reparación de daños provocados por un delito de lesa humanidad son también imprescriptibles para el derecho argentino.* Expondré, en primer lugar, la doctrina contraria sostenida por la CS; posteriormente, indicaré las razones de la hipótesis aquí defendida **(5)**.

II.1. La doctrina vigente de la CS

A lo largo de una serie de precedentes la CS ha delineado la doctrina vigente respecto a la prescriptibilidad de las acciones civiles emprendidas por familiares de personas desaparecidas durante la última dictadura militar.

II.1.a. El caso "Tarnopolsky"

El primer precedente en el cual la Corte debió adentrarse en la cuestión fue el caso "Tarnopolsky", del año 1999 **(6)**. En la sentencia, la Corte fijó —por mayoría **(7)**— dos doctrinas. En primer lugar, sostuvo que la desaparición forzada constituye un delito de carácter permanente (consid. 10). Luego, se abocó a identificar el día de inicio del cómputo de la prescripción liberatoria (*dies a quo)*, por lo que, implícitamente, la Corte adoptó la tesis de la prescriptibilidad de las acciones de daños y perjuicios.

En síntesis, la Corte consideró que el *dies a quo* debía fijarse en la fecha en que, "en virtud de una ficción, se puso término desde el punto de vista jurídico al estado de incertidumbre" que lleva ínsita la desaparición forzada (consid. 13). Por ello, concluyó que la prescripción bianual (por aplicación del plazo genérico para la responsabilidad extracontractual establecido en el art. 4037 del Código Civil derogado) comenzaba a correr el día en que se dictó la sentencia que declaró el fallecimiento presunto del desaparecido **(8)**. Según los magistrados, "la causa de la

(2) CS, "T. D. c. Estado Nacional y otros", 31/08/99, La Ley 1999-E, p. 778.

(3) CS, "Larrabeiti Yáñez, Anatole A. y otro c. Estado Nacional", 30/10/07, La Ley 2008-F, p. 316.

(4) CS, "Villamil, Amelia Ana c. Estado Nacional", 28/03/17, La Ley 2017-C, p. 73.

(5) En esta primera parte retomo, con algunas actualizaciones, las ideas ya expuestas en Valicenti, 2018. Corresponde remitir a esa publicación para un desarrollo in extenso. En el trabajo enumeraba una serie de normas que funcionan como premisas iniciales para la argumentación que, en razón de la brevedad, solo enunciaré: a) La responsabilidad del Estado por la violación de una norma internacional incluye el deber de reparar y hacer cesar las consecuencias de tal violación; b) La invocación de normas de derecho interno no constituye para el Estado una razón válida para justificar el incumplimiento de sus obligaciones internacionales, y particularmente, del deber de reparar; c) Los jueces son parte de un poder del Estado y por lo tanto se encuentran sometidos a los tratados internacionales por él ratificados; d) La persecución penal de los delitos de lesa humanidad es imprescriptible; e) La desaparición forzada es un delito de lesa humanidad de carácter continuado.

(6) CJ, "T. D. c. Estado Nacional y otros", 31/08/99, La Ley 1999-E, p. 778.

(7) Integrada por los jueces Nazareno, Fayt, Belluscio, Boggiano, López y Bossert. Si bien Moliné O'Connor votó en disidencia, de todos modos, sostuvo que las acciones civiles eran prescriptibles.

(8) Se impone una aclaración, aún a riesgo de desviarnos del centro de nuestra discusión. La desaparición forzada de personas implicó para las normas de derecho privado argentino un problema con diversas soluciones. Al momento de producirse las desapariciones durante la dictadura militar de 1976-83, la declaración del fallecimiento presunto se encontraba regulada por la ley

obligación [de reparar los daños] es un acto ilícito de ejecución continuada al que los interesados ponen fin a través de una ficción jurídica de efectos civiles relevantes" (consid. 13).

II.1.b. El caso "Larrabeiti Yáñez"

Varios años después, con una integración diferente, y luego de haber dictado una serie de precedentes relevantes en materia de delitos de lesa humanidad, la Corte tuvo oportunidad de volver sobre la cuestión en el caso "Larrabeiti Yáñez" **(9)**. En la sentencia, la mayoría sostuvo —ahora expresamente— que las acciones de resarcimiento patrimonial derivadas de la desaparición forzada no son imprescriptibles, como sí lo son las acciones penales derivadas de los delitos de lesa humanidad —según ya lo había reconocido la misma Corte—. En opinión de los jueces, mientras el resarcimiento patrimonial "atañe a materia disponible y renunciable, (...) la persecución de los delitos de lesa humanidad, se funda en la necesidad de que los crímenes de esa naturaleza no queden impunes, es decir, en razones que exceden el interés patrimonial de los particulares afectados" [consid. 5, voto concurrente de Lorenzetti y Highton de Nolasco, al que adhieren Petracchi y Argibay **(10)**] **(11)**.

II.1.c. El caso "Villamil"

Años después, la Corte consolida su postura en la materia con el dictado de la reciente sentencia del caso "Villamil" **(12)**. En una mayoría integrada por Lorenzetti, Highton de Nolasco y Rosenkrantz, la Corte ratificó lo decidido en el caso "Larrabeiti Yáñez" al sostener que es son prescriptibles las acciones indemnizatorias de las víctimas de un delito de lesa humanidad —en el caso, de la desaparición forzada de personas—, por la naturaleza disponible y renunciable de tales acciones (consid. 9).

Ampliando los fundamentos de aquel precedente, la Corte sostuvo que "no existe en el derecho argentino norma alguna que resulte de aplicación a los hechos (...) que establezca la imprescriptibilidad de las acciones indemnizatorias por daños derivados de delitos de lesa humanidad" (consid. 10). Los jueces indicaron que, si bien ello se encuentra incorporado en el art. 2561 del nuevo Código Civil y Comercial (en adelante, Cód. Civ. y Com.), la norma no resultaba aplicable en virtud de tratarse de una ley posterior al inicio del cómputo (art. 2561, Cód. Civ. y Com.) **(13)**. Por otra parte, consideraron que, si bien la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas establece la imprescriptibilidad de las acciones penales, no hace lo mismo de manera expresa con las acciones indemnizatorias derivadas de dicho delito (consid. 11 y 12).

14.394, según la cual el juez debía fijar la fecha presuntiva de deceso — previa constatación del transcurso de cierto tiempo, 3 años, 2 años, o 6 meses, según el caso— lo que producía la sucesión del desaparecido. La Junta Militar que gobernaba el país dictó la ley de facto 22.068, que permitía aplicar el régimen civil de la mencionada ley 14.394 a las personas cuya desaparición hubiera sido denunciada entre el 06/11/1974 y el 06/09/1979. Con ello quería darse resolución a un problema que comenzaba a ser inocultable. De regreso a la democracia, la ley 22.967 (de 1983) derogó aquella ley 22.068. No obstante, frente a la inexistencia de otros procedimientos, los familiares de desaparecidos no tuvieron otra alternativa más que recurrir al régimen ordinario de la ley civil. Finalmente, la ley 24.231 de 1994 estableció un procedimiento especial para la certificación de la ausencia por desaparición forzada, superando la poco adecuada referencia a la "ausencia con presunción de fallecimiento", toda vez que esa ausencia no era voluntaria, sino por el contrario, forzada. Más aún, la ley 24.411 en su artículo 4 bis afirma que en ningún supuesto el juez interviniente en el procedimiento de declaración de la desaparición podrá declarar la muerte ni fijar fecha presuntiva de fallecimiento. Con ello se quiere ratificar que el procedimiento civil no hace cesar la incertidumbre sobre el paradero del desaparecido (la que solo cesaría con la aparición con vida o con el hallazgo del cadáver).

(9) CS, "Larrabeiti Yáñez, Anatole A. y otro c. Estado Nacional", 30/10/07, La Ley 2008-F, p. 316.

(10) El juez de la disidencia, Fayt, no se pronuncia expresamente acerca del planteo de la imprescriptibilidad (introducido por la parte actora).

(11) Adicionalmente, y por las particularidades del caso, los jueces de la mayoría (Lorenzetti, Highton de Nolasco, Petracchi y Argibay), fijan un *dies a quo* diferente al precedente "Tarnopolsky". Aquí se hace referencia a la inclusión de los desaparecidos (padres de los demandantes) en el Informe Final elaborado por la CONADEP.

(12) CS, "Villamil, Amelia Ana c. Estado Nacional", 28/03/17, La Ley 2017-C, p. 73.

(13) A la época del fallo, el último párrafo del art. 2561 del Cód. Civ. y Com. disponía: "Las acciones civiles derivadas de delitos de lesa humanidad son imprescriptibles".

Por lo demás, se destacó que, el hecho de que estas acciones prescriban no importa violación a obligación de derecho internacional alguna pues: a) el Estado argentino ha procurado la reparación de los daños, tanto mediante la habilitación de acciones indemnizatorias comunes (durante el plazo de prescripción), como mediante el establecimiento de regímenes indemnizatorios especiales (en el caso, el fijado por la ley 24.411 y sucesivamente prorrogado) (consid. 13); b) en materia de responsabilidad civil, el legislador puede optar por diversos sistemas de reparación (consid. 14).

Por último, se recordó que resultan aplicables al caso las razones que justifican el instituto de la prescripción liberatoria en el ámbito civil: la necesidad de brindar certeza a las relaciones y la conveniencia de generar incentivos a reclamar con prontitud (consid. 17).

Utilizaré algunos argumentos de los dos votos en disidencia (Maqueda y Rosatti) al momento de discutir los argumentos mayoritarios, por lo cual omito aquí su síntesis.

II.1.d. El caso "Ingegnieros"

Finalmente, en el más reciente pronunciamiento, la Corte reiteró su postura en el caso "Ingegnieros" **(14)**. Nuevamente la mayoría estuvo integrada por Rosenkrantz, Lorenzetti, y Highton de Nolasco —aunque en estos últimos dos casos, con votos separados—, en tanto Maqueda y Rosatti votaron en disidencia.

Cabe destacar que el caso presenta una particularidad: la parte demandada no es el Estado argentino —como en todos los precedentes reseñados— sino una empresa (Techint). Se trata de una acción promovida por la hija de un trabajador cuya desaparición ocurrió durante el horario laboral y en las instalaciones de la empresa empleadora. La acción se encauzó como bajo el régimen de responsabilidad laboral **(15)**.

Además, cabe destacar el dictamen del Procurador quien, en una pieza exhaustivamente fundada, sostuvo que correspondía aplicar la regla del art. 2561, último párrafo, del Cód. Civ. y Com. y por lo tanto disponer que la acción resultaba imprescriptible. Al momento de fundar mi posición retomaré en profundidad algunas de las razones utilizadas por el Procurador.

En definitiva, la Corte ratificó —por mayoría— los argumentos expuestos en los casos "Larrabeiti Yáñez" y "Villamil" relativos a la inexistencia de un interés general comprometido en la acción de daños y perjuicios (consid. 5), y reiteró que no existía norma aplicable a los hechos que establezca la imprescriptibilidad de las acciones indemnizatorias por daños derivados de delitos de lesa humanidad (consid. 6). Sobre este último punto, enfatizó que no resultaba aplicable la regla del art. 2561 del Cód. Civ. y Com. puesto que, sea cual fuera el *dies a quo*, el plazo de prescripción se encontraba ampliamente cumplido al momento de entrar en vigencia dicho Código, agregando que "no surge de la causa que la actora hubiera tenido obstáculo alguno para demandar aquello a lo que se creía con derecho en el tiempo oportuno" (consid. 6).

II.1.e. Síntesis: la doctrina de la prescriptibilidad

La sedimentación de los fundamentos expuestos por la Corte en los precedentes repasados permite advertir la doctrina judicial vigente en la materia. En síntesis, la Corte sostiene:

a. *Las acciones indemnizatorias derivadas de delitos de lesa humanidad prescriben —en particular, las que nacen por un delito de desaparición forzada—.*

Ello así pues:

i) el resarcimiento patrimonial es materia disponible y renunciable ("Larrabeiti Yánez", consid. 5);

ii) la persecución penal de los delitos de lesa humanidad compromete al interés de la co-

(14) CS, "Ingegnieros, María Gimena c. Techint Sociedad Anónima Compañía Técnica Internacional", 09/05/2019, RCyS 2019-VII, p. 93, Cita Online: AR/JUR/8837/2019

(15) Una descripción contextual de la desaparición de personas en ámbitos laborales y particularmente de Techint puede verse en PAULÓN, 2013.

munidad internacional —y por ello es imprescriptible—, mientras que la reparación de los daños compromete únicamente el interés patrimonial de los afectados/reclamantes —y por ello prescribe— ("Villamil", consid. 9; "Ingegnieros", consid. 5);

iii) la imprescriptibilidad de la acción indemnizatoria nacida de delitos de lesa humanidad no surge de ningún tratado internacional de derechos humanos que goce de jerarquía constitucional, conforme el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional ("Villamil", consid. 10);

iv) la imprescriptibilidad introducida por el Código Civil y Comercial (originalmente en el art. 2561 últ. párr.) no resulta aplicable cuando el plazo de prescripción de la acción se encontraba cumplido al momento de entrada en vigencia de dicho Código ("Ingegnieros", consid. 6; voto de Lorenzetti, consid. 13);

v) son aplicables las razones generales que justifican la prescripción civil ("Villamil", consid. 17; "Ingegnieros", consid. 6);

vi) el hecho que tales acciones indemnizatorias prescriban no compromete el cumplimiento de obligaciones internacionales a cargo del Estado ("Villamil", consid. 13).

b. *En el caso del delito de desaparición forzada, el cómputo de la prescripción comienza con el dictado de la sentencia que establece la calidad de desaparecido de la víctima del delito.*

Tal conclusión se funda en que, tanto la sentencia civil que establece la calidad de desaparecido (según el procedimiento de la ley 24.231), como la que declara el fallecimiento presunto (si se hubiere recurrido al viejo mecanismo ordinario de la ley 14.394), ponen fin —en el ámbito jurídico— a la incertidumbre derivada del carácter de desaparecido. Esto provoca, por lo tanto, el inicio del curso de la prescripción ("Tarnopolsky", consid. 13, ratificado en "Villamil", consid. 18).

II.2. El caso "Órdenes Guerra" de la Corte Interamericana. La "respuesta" de la Corte Suprema

En el tiempo transcurrido entre el precedente "Villamil" (2017) y la sentencia del caso "Ingegnieros" (2019), se dio a conocer la resolución de fondo del caso "Órdenes Guerra y otros c. Chile" en la Corte IDH **(16)**.

En el caso, diversos grupos de personas demandaron al Estado chileno por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, toda vez que, al intentar acciones de daños y perjuicios en calidad de familiares de personas desaparecidas durante la dictadura militar, estas fueron rechazadas debido a la aplicación de la prescripción liberatoria dispuesta por el Código Civil nacional. Si bien el Estado demandado se allanó y reconoció su responsabilidad internacional, la Corte de todos modos sostuvo que "en la medida en que los hechos que dieron origen a las acciones civiles de reparación de daños han sido calificados como crímenes contra la humanidad, tales acciones no deberían ser objeto de prescripción" (consid. 89), aunque no ahondó en las razones para arribar a tal postura —como, entiendo, hubiera sido deseable—. Por lo tanto, el tribunal concluyó que el rechazo, por parte de los tribunales nacionales, de las acciones civiles intentadas para obtener la reparación de los daños ocasionados por crímenes de lesa humanidad con base en la aplicación de la figura de la prescripción, comprometía la responsabilidad internacional del Estado en los términos de los arts. 8.1 [garantías juridiciales] y 25.1 [protección judicial] de la Convención Americana de Derechos Humanos (consids. 90 y 102).

Dada a conocer la postura de la Corte IDH sobre el tema, resultaba imprescindible que la CS se expidiera al momento de resolver el caso "Ingegnieros". Y así lo hizo en el voto de la mayoría. Sin embargo, la "respuesta" no deja de ser sorprendente. En efecto, la CS indicó, sin más, que lo decidido por el órgano internacional no constituía una pauta interpretativa aplicable toda vez que en "Órdenes Guerra" el demandado era un Estado, mientras que en el caso en análisis el reclamado era una empresa (Techint) ("Ingegnieros", consid. 7). Comparto la opinión de quienes consideran que el apartamiento no estaba justificado (Hitters, 2019). A mi modo de ver, con este débil criterio interpretativo la CS evitó referirse concretamente a los argumentos expuestos precedente inter-

(16) Corte IDH, ob. cit.

nacional **(17)**. Por lo demás, el razonamiento deja algunas dudas: si "Órdenes Guerra" no era aplicable al caso, ¿si lo era para la doctrina sentada en "Villamil" y los precedentes anteriores, en los que el demandado era efectivamente el Estado? Esta pregunta no es insignificante pues el voto de la mayoría remite, reiteradamente, a lo sostenido en los mencionados antecedentes ("Villamil" y "Larrabeiti Yánez"), los que entonces la Corte mantiene vigentes. Además, la CS eludió otros puntos mencionados en la sentencia de la Corte IDH, como la responsabilidad internacional que le cabe al Estado por las decisiones de tribunales nacionales que se valen de la prescripción para rechazar las acciones de daños promovidas por familiares de desaparecidos, como justamente ocurrió en el caso "Ingegnieros".

II.3. Las razones que sostienen la imprescriptibilidad de la reparación de los daños provocados como consecuencia de la desaparición forzada de personas

La doctrina judicial fijada por la Corte Suprema es pasible de críticas. Discutiré, según lo anunciado, tales argumentos. Y al hacerlo pretendo construir la arquitectura argumental que sustenta, precisamente, la tesis contraria.

Creo advertir que los argumentos desarrollados por la Corte se componen de razones provenientes de 1) la racionalidad propia del derecho privado —relativa a los fundamentos y el modo en que funciona el instituto de la prescripción, y a la naturaleza del daño— y 2) la racionalidad derecho internacional de los derechos humanos —en lo que respecta a las características de los delitos de lesa humanidad—.

(17) El voto conjunto en disidencia de Rosatti y Maqueda opera, de alguna manera, como respuesta al fallo mayoritario. Allí se sostiene que "la imprescriptibilidad de los derechos de las víctimas de delitos de lesa humanidad no está determinada por las condiciones particulares de quien infringe el daño, sino por la causa de la obligación, esto es, el crimen de lesa humanidad" (consid. 15), y por lo tanto "no resulta un dato relevante que la acción resarcitoria sea dirigida contra el Estado (...) sino con base en la responsabilidad imputable a la empresa a título de colaboración en [el] delito" (consid. 12).

II.3.a. Razones derivadas de la racionalidad del derecho privado (prescripción y daño)

Como resumí, algunos fundamentos de la Corte se construyen sobre la base de reglas, interpretaciones y estructuras argumentales propias del derecho privado. Sin embargo, encuentro que algunas de dichas consideraciones resultan criticables desde la lógica de pensamiento propuesta. En concreto, entiendo que (a) no resulta adecuada la calificación que se hace del daño provocado por el delito de desaparición forzada y, en consecuencia, (b) tampoco resulta pertinente la identificación del *dies a quo* efectuada. Todo ello amén de (c) resultar poco evidente que las razones que fundamentan el instituto de la prescripción sean trasladables, sin más, al tipo de casos que se analiza, y que (d) no resulte aplicable la regla de la imprescriptibilidad incorporada en el texto original del art. 2561 del Código Civil y Comercial —y ahora trasladado al art. 2560 por la reforma de la ley 27.586—.

II.3.b. Acerca de la calificación del daño

La Corte entiende que, aun cuando el delito de desaparición forzada es de naturaleza continuada, las consecuencias dañosas que de él se siguen no lo son pues, en algún momento, comienza a correr el plazo de prescripción. Sin embargo, entiendo que, siendo la causa de naturaleza continuada, también lo es el daño que ella provocada. Es decir, se trata de un *daño continuado*, en tanto su producción no cesa de repetirse pues se sostiene en el tiempo (López Herrera, 2009:124; Mosset Iturraspe, 1988: 102). Es decir, la causa del daño —en el sentido del art. 1726 del Cód. Civ. y Com.— continúa generado, ininterrumpidamente, consecuencias dañosas (según el art. 1727 del Cód. cit.).

Si la causa del daño no ha cesado —pues el estado de desaparición es permanente—, entonces tampoco cesan sus consecuencias materiales. El daño sigue generándose en las víctimas de la desaparición hasta que el delito no cesa. En otras palabras, la antijuridicidad de la conducta se manifiesta ininterrumpidamente (arts. 1717 y 1726, Cód. Civ. y Com.). Por lo tanto, resulta poco entendible que, considera-

do al delito de desaparición como continuado, la producción de consecuencias no lo sea **(18)**.

Esta postura ha sido defendida por el Procurador General de la Nación —Dr. Victor Abramovich— en el dictamen emitido en el caso "Ingegnieros", con fecha 03/03/2017. Allí, sostuvo que "la declaración judicial de desaparición forzada (...) y el reconocimiento formal de tal carácter por parte del Estado en los términos de la ley 24.411 no hace cesar la incertidumbre sobre [el] paradero, y por ello, no tiene efectos concretos sobre el curso del hecho ilícito continuado" (consid. III, *in fine*).

II.3.c. Acerca del inicio de la prescripción en el daño continuado

Frente a un daño continuado no existe posibilidad de pensar lógicamente el inicio del curso de la prescripción. La Corte sostiene que la prescripción corre "desde que existe la responsabilidad y ha nacido la acción consiguiente para hacerla valer; lo que, por regla, acontece cuando ocurre el hecho ilícito que original la responsabilidad" ("Larrabeiti Yáñez", consid. 5). No obstante, el mismo tribunal ha considerado que puede determinarse un punto de partida diferente cuando el daño "no puede ser adecuadamente apreciado hasta el cese de una conducta ilícita continuada" (ídem, con cita a "Tarnopolsky", consid. 10).

Justamente, este es el caso de la desaparición forzada: un delito continuado que genera un daño continuado y por lo tanto no se genera el inicio de la prescripción liberatoria. O, lo que es lo mismo, el daño continuado modifica constantemente el inicio de la prescripción (López Herrera, 2009:125). De manera que, aun cuando se adopte la tesis de la prescripción en materia de acciones indemnizatorias por el delito de la desaparición forzada, lo cierto es que, la calidad de daño continuado impide materialmente la definitiva consumación de la prescripción, pues su cómputo se interrumpe continuamente.

Por lo demás, y solo como comentario adicional, resulta también dudoso el *dies a quo* fijado en "Villamil" y en "Tarnopolsky". En ambos casos, la Corte entendió que la sentencia que certifica la desaparición (según ley 24.321) o que determina la fecha presunta de fallecimiento, hacen cesar la incertidumbre jurídica sobre el estado de la víctima. El razonamiento es peligroso pues pone en jaque una situación que justamente aquella ley 24.321 quiso remover: el considerar que la persona desaparecida como un mero caso de ausente con presunción de fallecimiento.

II.3.d. Acerca de los fundamentos de la prescripción

Sobre el final de su razonamiento, en el caso "Villamil", el voto mayoritario abreva en los fundamentos civiles que justifican la existencia de normas de prescripción liberatoria. Entre los muchos argumentos construidos por la tradición dogmática a favor del instituto —sanción por negligencia, presunción de pago, necesidad de convivencia, eficiencia de los derechos (López Herrera, 2009:32)— el tribunal recuerda la necesidad de brindar certeza sobre las obligaciones que son exigibles y la conveniencia de generar incentivos en los acreedores para que reclamen sus créditos ("Villamil", consid. 17; postura reiterada en "Ingegnieros", consid. 6).

Sin embargo, no parece del todo evidente que aquellos fundamentos generales de la prescripción —dados en la racionalidad propia del derecho privado— puedan trasladarse a la responsabilidad del Estado en materia de delitos de lesa humanidad **(19)**. Es que las normas internas de prescripción liberatoria que el Estado dicta para regir las relaciones civiles y comerciales —sostenidas, entre otros, en los fundamentos que indica la Corte—, merecen consideraciones distintas cuándo se las aplican a los casos en que el propio Estado es el obligado que se beneficia con dicha prescripción. Se ha dicho que una cosa es que el Estado establezca una institución para los conflictos patrimoniales entre particulares y otra es que lo haga también para los conflictos en los que se encuentra involucrado (Sánchez, 2008:315).

(18) Ver CFed. La Plata, "Villamil, Amelia c. Estado Nacional", 23/11/06, en JA 2007-I, p. 560.

(19) Ver en este sentido y con fundamentos adicionales, BOHOSLAVSKY, CAVANA y FILLIPINI, 2012:180.

Esta distinción se aprecia con mayor facilidad si nos sustraemos de la racionalidad del derecho privado y advertimos que la prescripción autonormada por el Estado para sus propias obligaciones —como ocurre sí se aplican las reglas del Código Civil a los casos analizados— pueden ser vistos como mecanismos similares a las leyes de amnistía. Es decir, las normas de prescripción, más allá de las razones que las justifiquen internamente para las relaciones entre los particulares, reciben una lectura diferente cuando se aplican a la responsabilidad del Estado. Cabe pensarlas, entonces, desde la racionalidad del derecho internacional de los derechos humanos para advertir su ineficacia a estos casos, cosa que hago en el punto siguiente.

Por lo demás, por este camino se pone en crisis otro de los argumentos centrales de la Corte. Bajo la misma racionalidad del derecho privado, el tribunal considera que la prescripción de acciones indemnizatorias por desaparición forzada no deja de ser una materia que pertenece, únicamente, a la esfera individual del afectado —razón por la cual es disponible y renunciable y, a la postre, pasible de prescribir—. El punto ha sido discutido por el Procurador General de la Nación en el dictamen emitido en el caso "Ingegnieros". Según su interpretación, la reparación adecuada de graves violaciones a derechos humanos es "un deber de enorme trascendencia social (...) que atañe no solo a los familiares de las víctimas sino a la sociedad en su conjunto" **(20)**. El juez Rosatti —en su disidencia en el caso "Villamil"— sostuvo la misma interpretación al recordar que "no cabe hacer jugar el carácter renunciable propio del derecho patrimonial privado (...), si se tiene en cuenta que en el examen de estos supuestos el acento debe ponerse en que la obligación primordial del Estado de reparar las nefastas consecuencias de los hechos delictivos excede el interés particular de las partes y se inserta en el cumplimiento de deberes y obligaciones inherentes a los Estados que no puede constituir una materia negociable u objeto de renuncia" (consid. 12).

El razonamiento es compartible: no se trata únicamente del derecho de las víctimas a obtener una indemnización por los perjuicios sufridos, sino que se encuentra en juego el deber del Estado de reparar las consecuencias producidas por su accionar ilícito en desmedro de sus compromisos internacionales y de los derechos humanos de su población. El interés individual resulta rebasado frente al interés colectivo de ver remediadas las injusticias pasadas.

Por otro lado, y sobre este mismo punto, el voto disidente de Maqueda en el caso "Villamil" recuerda que las normas de la prescripción resultan insuficientes para atender a situaciones como las planteadas en el caso, insuficiencia que —según el magistrado— ha resultado reparada, en la legislación vigente, con la incorporación del art. 2561 del Código Civil y Comercial (consid. 25).

II.3.e. Acerca de la aplicación del art. 2561 del Código Civil y Comercial

Nos resta considerar la opinión de la Corte respecto a la aplicabilidad, al caso "Villamil", de la regla de la imprescriptibilidad incorporada en el art. 2561 del Código Civil y Comercial, en su texto original (y ahora trasladada al art. 2560 del mismo cuerpo). Según la norma, "las acciones civiles derivadas de delitos de lesa humanidad son imprescriptibles". Es evidente que la intención del legislador ha sido receptar, en materia civil, la evolución normativa y jurisprudencial que la imprescriptibilidad ha desarrollado en el ámbito penal. Pese a que al momento del fallo la norma se encontraba vigente, la Corte considera que no resulta aplicable al caso en virtud del art. 2537 del mismo Código —en la redacción vigente al momento del fallo—, en el que se afirma que los plazos de prescripción deben regirse por la ley anterior, es decir, la vigente al momento del inicio del cómputo. Siguiendo este razonamiento y teniendo en cuenta el *dies a quo* fijado, la acción se encontraba prescripta aún antes de la sanción del nuevo Código. Este razonamiento es luego reiterado en el voto mayoritario de "Ingegnieros" (consid. 6), y en el voto particular de Lorenzetti en la misma causa (consid. 13).

Sin embargo, la solución es notoriamente diferente si compartimos la idea de que el daño es

(20) Procurador General de la Nación, "Ingegnieros, María Gimena c. Techint Sociedad Anónima Compañía Técnica Internacional", 03/03/2017.

de carácter *continuado*. En efecto, si partimos de esta conclusión, entonces se trata de una acción en curso de ejecución y, por aplicación del art. 7 del Código, sus efectos quedan atrapados por la nueva ley que, en este caso, dispone la imprescriptibilidad **(21)**.

Al mismo resultado se arriba por otro camino, sugerido en el dictamen del Procurador General que ya he mencionado **(22)**. Allí sostiene que el art. 2561 del Código contiene una norma que *excluye* de las reglas de la prescripción a las acciones civiles derivadas de delitos de lesa humanidad. Por lo tanto, no se sería aplicable la solución del art. 2537 del Cód. Civ. y Com. pues el citado art. 2531 no modifica los plazos, sino que directamente excluye de la prescripción a los casos descriptos. Y, nuevamente por virtud del art. 7 del Código, corresponde aplicar entonces el art. 2561 del Código (consid. V).

En síntesis, partiendo de la hipótesis de considerar que se trata de un daño continuado, la propia lógica sistémica del Código Civil y Comercial lleva a aplicar la solución en él consagrada para el caso: se trata de acciones imprescriptibles. Retomaré este razonamiento al analizar la modificación introducida en el mencionado art. 2537 del Cód. Civ. y Com.

II.4. Razones derivadas de la racionalidad del derecho internacional de los derechos humanos

Más allá de que, como vimos, la racionalidad de derecho privado permite arribar a la solución de la imprescriptibilidad, poseen más fuerza de convicción las que derivan de la racionalidad del derecho internacional de los derechos humanos y, en el punto medio, del denominado fenómeno de la "constitucionalización del derecho privado". Desde esta óptica, considero que (a) los fundamentos que sustentan la imprescriptibilidad en materia penal son trasladables a las acciones civiles, por lo que (b) las reglas de prescripción pueden ser contrarias a la Constitución y a los tratados internacionales con la máxima jerarquía, y que por ello (c) comprometen la responsabilidad internacional del Estado.

II.4.a. Acerca de la aplicabilidad de las razones morales que sustentan la imprescriptibilidad

En los votos en disidencia del caso "Villamil", tanto Maqueda como Rosatti consideran que, si ha sido reconocida la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad desde la óptica penal, resulta insostenible pretender someter las acciones civiles a plazos de prescripción (voto juez Maqueda, consid. 22; voto juez Rosatti, consid. 11). Ello así pues "tanto la acción indemnizatoria como la penal configuran dos facetas que se derivan de un mismo hecho" y, por lo tanto, la noción de "reparación integral" obliga al Estado a responder por todas las consecuencias de los crímenes de lesa humanidad de los que es responsable (voto juez Rosatti, consid. 11 y 12).

Es decir, se trata de trasladar a los efectos civiles el mismo razonamiento que la Corte y la comunidad internacional han reconocido para las consecuencias penales de la perpetración de delitos de lesa humanidad. Las razones morales que sostienen aquella imprescriptibilidad pueden y deben proyectarse a la reparación material de los perjuicios provocados **(23)**. Lo contrario implicaría romper el carácter sistémico del ordenamiento jurídico y de sus fundamentos y, en alguna medida, afectar los estándares alcanzados en materia penal.

Lo dicho se aplica incluso a los casos en que la reparación se demanda a un particular o una empresa, pues no existen razones para eximir de la regla de la imprescriptibilidad en razón del sujeto (disidencia conjunta de Rosatti y Maqueda en "Ingegnieros", consid. 15) **(24)**.

(21) Sobre los efectos del art. 7, ver KEMELMAJER de CARLUCCI, 2015.

(22) Procurador General de la Nación, "Ingegnieros, María Gimena c. Techint Sociedad Anónima Compañía Técnica Internacional", 03/03/2017.

(23) Esas razones han sido analizadas por la Corte en diversos precedentes como "Priebke, Erich", 02/11/1995, Fallos 318:2148; "Arancibia Clavel, Enrique L.", 24/08/2004, en Fallos 327:3312; "Simón, Julio Héctor y otros", 14/06/2005, en Fallos 328:2056; y otros posteriores en los que reafirmó esta doctrina. Ver, asimismo, NINO, 2015.

(24) Esta postura es sugerida, aun cuando indirectamente, por la Corte IDH en el caso "Órdenes Guerra", consid. 77.

II.4.b. Acerca de la inconstitucionalidad e inconvencionalidad de las reglas de prescripción civil

Fijada la conclusión anterior, su peso específico se impone sobre las razones del instituto de la prescripción civil —las que fueron seguidas por el voto de la mayoría—. La racionalidad de derecho privado que sostiene la prescripción liberatoria cede incluso si se sigue el nuevo sistema de fuentes consagrado en el Código Civil y Comercial. En efecto, como se ha recordado reiteradamente, el art. 1 del Código ha venido a consagrar definitivamente la denominada "constitucionalización del derecho privado", lo que implica —entre otras cosas— reconocer la superioridad del bloque de constitucionalidad integrado por la Carta magna y los tratados internacionales de jerarquía superior según el art. 75 inc. 22. En pocas palabras, *por efecto* de las normas constitucionales y convencionales que aseguran el derecho a una reparación adecuada cuando se ha producido una desaparición forzada, cualquier norma de derecho privado que suponga un obstáculo a esta garantía constituye una norma inconstitucional e inconvencional.

La "constitucionalización del derecho privado" es un concepto que se desarrolló con posterioridad a la reforma constitucional del año 1994, aunque su significado ha mutado con el tiempo **(25)**. En su derrotero jurisprudencial, la Corte no pudo atravesar las reglas del monólogo y prefirió la aplicación de las reglas civiles sobre prescripción por sobre el *diálogo* entre las normas de derecho privado y las provenientes de la constitución y los tratados internacionales. Bajo este razonamiento, se advierte que las reglas de prescripción constituyen un escollo que impiden cumplir con el estándar internacional en la materia, esto es, asegurar a las víctimas de desaparición forzada una reparación adecuada.

Como recuerda el juez Maqueda en el caso "Villamil", se trata de una cuestión que debe ser examinada "a la luz de las normas y principios del sistema internacional de protección de los derechos humano" (consid. 8).

(25) Desarrollo en extenso la noción de constitucionalización y su evolución en VALICENTI, 2020.

II.4.c. Acerca de la responsabilidad internacional del Estado

Por último, y como consecuencia de los fundamentos presentados *ut supra,* entiendo que no pueden caber dudas respecto a que se encuentra comprometida la responsabilidad internacional del Estado. Posee acendrada tradición el principio de derecho internacional público según el cual invocación del derecho interno resulta una justificación inocua para eludir el cumplimiento de obligaciones internacionales.

En el caso de la prescripción de las acciones indemnizatorias derivadas de delitos de lesa humanidad, se trata de normas internas que en ningún caso pueden ser presentadas como razones para justificar el incumplimiento de obligaciones internacionales —en este caso, el deber de reparar las consecuencias y de atender al derecho a obtener una reparación adecuada; y el deber de garantizar el acceder a un recurso judicial efectivo—.

Por ello no resulta posible compartir el argumento de la Corte según el cual la existencia de plazos de prescripción para las acciones civiles derivadas de delitos de desaparición forzada —y, en general, de delitos de lesa humanidad— no compromete la responsabilidad internacional del Estado. En "Villamil" los jueces intentan justificar la solución interna del derecho argentino sosteniendo que este prevé la acción general de resarcimiento —aunque sometida a plazos de prescripción—, además del régimen especial para ciertos delitos y damnificados, y que, además, existiría discrecionalidad del legislador nacional para seleccionar el sistema de reparación que juzgue más adecuado.

Por el contrario, resolver el caso mediante la aplicación de reglas de prescripción implica "una violación por parte del Estado argentino de su obligación de asegurar a las víctimas y sus familiares el libre y pleno ejercicio de las garantías judiciales y del derecho de protección judicial" ("Villamil", voto del juez Maqueda, consid. 21). Más contundentemente: "la prescripción de las acciones de responsabilidad civil derivadas de los delitos de lesa humanidad es, indudablemente, una circunstancia que obsta al cumplimiento del deber estatal de determinar las responsabilidades individuales de otra índole que pesan sobre

quienes, como agentes estatales o particulares, han cometido o sido cómplices de tales delitos. De modo que se trata de un obstáculo que también debe ser removido" ("Ingegnieros", disidencia conjunta de Rosatti y Maqueda, consid. 14).

Recordemos que los jueces, como integrantes de un poder del Estado, no solo deben cumplir con las obligaciones que emergen del derecho internacional de los derechos humanos, sino que además sus sentencias, cuándo no cumplen con tales estándares, suponen un incumplimiento del Estado a esos mismos deberes.

Por ello, lo que aquí se sostiene respecto a la solución contraria a la imprescriptibilidad de las acciones civiles, conlleva el mismo efecto que en su momento se advirtió respecto a la imprescriptibilidad en materia penal. Es decir, ocurre lo que la Corte señaló en el caso "Arancibia Clavel": "la aplicación de las disposiciones de derecho interno sobre prescripción de la acción penal constituye una violación del deber a cargo del Estado argentino de asegurar la vigencia de los derechos humanos en todas las estructuras del aparato gubernamental, lo que incluye prevenir, investigar y sancionar todas violación de los derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos" (voto del juez Petracchi).

Lo expuesto ha venido a quedar refrendado por el fallo de la Corte IDH en el caso "Órdenes Guerra", en el cual se responsabilizó al Estado de Chile por el rechazo, por parte de los tribunales nacionales, de las acciones de responsabilidad civil intentadas por familiares de desaparecidos, basadas en la aplicación de la prescripción civil.

Por lo tanto, no podemos sino concluir que la solución que hoy constituye la doctrina de la CSJN compromete la responsabilidad internacional del Estado.

II.5. Síntesis: la doctrina de la imprescriptibilidad

En síntesis, de lo expuesto resumo las razones que sostienen la hipótesis planteada y según la cual *son imprescriptibles las acciones judiciales tendientes a obtener la reparación de los daños provocados por la producción de un delito de lesa humanidad, y particularmente, los provocados por la desaparición forzada de personas*. Creo haber argumentado respecto a la verdad de la afirmación con las siguientes razones **(26)**:

a. Los fundamentos que sustentan la imprescriptibilidad del *castigo penal* resultan trasladables al análisis de la imprescriptibilidad de la *reparación civil,* y por lo tanto las acciones indemnizatorias son igualmente imprescriptibles.

b. Las normas de derecho interno relativas a la prescripción de la responsabilidad civil del Estado en tales casos, resultan contrarias a las reglas y principios de derecho internacional aplicables, y por lo tanto son inconstitucionales e inconvencionales.

c. En el caso de la desaparición de personas, toda vez que se trata de un delito continuado, también es continuada la producción del daño, por lo que no es posible establecer un *dies a quo* definitivo a partir del cual iniciaría el cómputo de un eventual plazo de prescripción aplicable.

d. Siendo que la producción continuada del daño consecuencia de tal delito es una relación jurídica existente en curso de ejecución, resulta aplicable el anterior último párrafo del art. 2561 y actual primer párrafo del art. 2560 del Código Civil y Comercial —que establece la imprescriptibilidad de las acciones civiles derivadas de delitos de lesa humanidad—.

e. En tanto el citado art. 2560 del Código (anterior 2561, últ. párr.) determina la imprescriptibilidad, los casos no se rigen por el art. 2537 del mismo cuerpo legal ya que no se trata de un plazo en curso sino directamente de la supresión del efecto jurídico, esto es, se elimina la prescripción de la hipótesis. Esto último sin perjuicio de la expresa consideración que de tal hipótesis se hizo con la reforma de la ley 27.586, que exceptúa de la regla del art. 2537 a las acciones civiles por delitos de lesa humanidad —y que analizaré a continuación—.

(26) La referencia a razones a favor de la verdad del enunciado planteado implica que ya no puede recurrirse a la mera interpretación de los textos normativos —sea cual fuere el método utilizado— para justificar una determinada resolución a los problemas jurídicos, sino que más bien deben identificarse las premisas (razones) que sostienen la respuesta jurídica dada. Ver al respecto, VIGO, 2015:237.

III. La reforma del Código Civil y Comercial (ley 27.586)

III.1. La reforma como respuesta a la CS

Ante el panorama jurisprudencial relatado y la postura que sostiene la CS, la ley 27.586 viene a constituir una "respuesta" del Poder Legislativo al máximo órgano jurisdiccional nacional. Así se ha expresado en los debates parlamentarios **(27)** y tal es la explicación que encuentran tan puntuales reformas.

Concretamente, la ley modifica tres artículos del Código Civil y Comercial: a) se introduce un párrafo final art. 2537 —relativo al cómputo de la prescripción con relación a la vigencia de las nuevas leyes—, el que establece que "se exceptúa de lo prescrito anteriormente las acciones civiles derivadas de los delitos de lesa humanidad"; b) se incorpora un primer párrafo al art. 2560 —que fija el plazo genérico de prescripción del Código— que indica que "las acciones civiles derivadas de delitos de lesa humanidad son imprescriptibles"; c) y por último, se deroga el último párrafo del art. 2561, el que justamente establecía la regla de la imprescriptibilidad que ahora ha sido trasladada al art. 2560.

Código Civil y Comercial (redacción original)	**Ley 27.586** (las cursivas me pertenecen)
Art. 2537.- Modificación de los plazos por ley posterior. Los plazos de prescripción en curso al momento de entrada en vigencia de una nueva ley se rigen por la ley anterior. Sin embargo, si por esa ley se requiere mayor tiempo que el que fijan las nuevas, quedan cumplidos una vez que transcurra el tiempo designado por las nuevas leyes, contado desde el día de su vigencia, excepto que el plazo fijado por la ley antigua finalice antes que el nuevo plazo contado a partir de la vigencia de la nueva ley, en cuyo caso se mantiene el de la ley anterior.	Art. 2537: Modificación de los plazos por ley posterior. Los plazos de prescripción en curso al momento de entrada en vigencia de una nueva ley se rigen por la ley anterior. Sin embargo, si por esa ley se requiere mayor tiempo que el que fijan las nuevas, quedan cumplidos una vez que transcurra el tiempo designado por las nuevas leyes, contado desde el día de su vigencia, excepto que el plazo fijado por la ley antigua finalice antes que el nuevo plazo contado a partir de la vigencia de la nueva ley, en cuyo caso se mantiene el de la ley anterior. *Se exceptúa de lo prescripto anteriormente las acciones civiles derivadas de los delitos de lesa humanidad.*
Art. 2560.- Plazo genérico. El plazo de la prescripción es de cinco años, excepto que esté previsto uno diferente en la legislación local.	Artículo 2560: Plazo genérico. *Las acciones civiles derivadas de delitos de lesa humanidad son imprescriptibles.* El plazo de la prescripción es de cinco [5] años, excepto que esté previsto uno diferente en la legislación local.

(27) El proyecto tuvo origen en la cámara de senadores y fue informado en el plenario por la senadora López Valverde quien sostuvo que las modificaciones propuestas tienen como motivo disparador la jurisprudencia y se refirió expresamente a lo sucedido en el caso "Ingegnieros". Los debates parlamentarios —en su versión taquigráfica— pueden consultarse en www.senado.gob.ar y en www.hcdn.gob.ar

Código Civil y Comercial (redacción original)	**Ley 27.586** (las cursivas me pertenecen)
Art. 2561.- Plazos especiales. El reclamo del resarcimiento de daños por agresiones sexuales infligidas a personas incapaces prescribe a los diez años. El cómputo del plazo de prescripción comienza a partir del cese de la incapacidad. El reclamo de la indemnización de daños derivados de la responsabilidad civil prescribe a los tres años. Las acciones civiles derivadas de delitos de lesa humanidad son imprescriptibles.	Art. 2561.- Plazos especiales. El reclamo del resarcimiento de daños por agresiones sexuales infligidas a personas incapaces prescribe a los diez años. El cómputo del plazo de prescripción comienza a partir del cese de la incapacidad. El reclamo de la indemnización de daños derivados de la responsabilidad civil prescribe a los tres años.

En rigor, la única modificación trascendente es la incorporación del último párr. al art. 2537, que introduce una excepción al principio general que surge de su primer párrafo, de acuerdo con el cual los plazos de prescripción nacidos bajo la ley anterior no quedan alcanzados por la nueva ley.

Recordemos que el principio general del art. 2537 del Cód. Civ. y Com. es el que ha utilizado la CS para no aplicar la regla de la imprescriptibilidad que surgía del art. 2561 último párrafo del Código original, y él ahora se ubica en el reformado art. 2560. En efecto, en los votos mayoritarios de los casos "Villamil" e "Ingegnieros", se sostuvo expresamente que "no resulta aplicable al caso la imprescriptibilidad fijada en el art. 2561 in fine del Cód. Civ. y Com. de la Nación, en virtud de lo dispuesto expresamente por el art. 2537 del mismo cuerpo legal (...). Esto así con más razón en casos como el presente, donde el plazo de prescripción no se hallaba en curso al momento de entrar en vigencia el nuevo Cód. Civ. de la Nación, pues ya se había cumplido mucho tiempo antes" ("Ingegnieros", consid. 6; "Villamil", consid. 10; voto particular de Lorenzetti en "Ingegnieros", consid. 13).

En pocas palabras, la reforma es una respuesta directa a este razonamiento, mediante la cual los/as legisladores/as intentan reconducir la jurisprudencia hacia la doctrina de la imprescriptibilidad.

Ahora bien, cabe preguntarse si la manera en que tal respuesta ha sido dada resulta, *adecuada* y *constitucional.*

III.2. ¿Es adecuada la reforma? Los daños continuados

Al incorporar el último párrafo al art. 2537 del Cód. Civ. y Com., los/as legisladores/as ha reconocido implícitamente la validez de todo el razonamiento seguido por la CS en sus precedentes. Esto es, han asumido que los daños derivados de desaparición forzada de personas tienen un *dies a quo*, a partir del cual comienza a correr la prescripción. Dado que el plazo de la ley anterior ya ha fenecido —sea cual fuere el *dies a quo* adoptado—, a juicio de los/as reformistas no queda otra opción que excepcionar el principio general para hacer que la regla de la imprescriptibilidad alcance *también* a aquellos casos. Es decir, de alguna manera los/as legisladores/as siguen el razonamiento construido por la Corte, solo que pretenden cambiar el resultado introduciendo un mecanismo que habilite a los tribunales a saltarse la barrera impuesta por el art. 2537 del Código Civil y Comercial.

A mi modo de ver, pese a las buenas intenciones que puedan tenerse, la reforma ha sido muy poco adecuada. Hubiera sido preferible adoptar la tesis del *daño continuado* y a lo sumo introducir una norma en el capítulo de la responsabilidad civil en el cual se aclarase que los casos de daños derivados de la desaparición forzada de personas son de naturaleza continuada y no dejan de producirse hasta tanto se dé con el paradero de la víctima en cuestión. Como ya sostuve anteriormente, dado que el delito de desaparición forzada es un delito continuado —que no deja de producirse—, también lo son las consecuencias dañosas que de dicho ilícito se derivan, puesto que la antijuridicidad se renueva permanentemente. Entonces, si el daño es continua-

do, la prescripción no reconoce un *dies a quo* y por lo tanto el plazo no se encuentra cumplido. O, desde otro punto de vista, se trata de una relación en curso de ejecución al momento de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial y, por lo tanto, puede ser aplicada la regla de la imprescriptibilidad del actual art. 2560, por aplicación art. 7 del Cód. Civ. y Com. Esto último es lo que sostiene el Procurador General en el dictamen emitido en el caso "Ingegnieros" (consid. V).

Al contrario del razonamiento que sigo, los/as legisladores/as optaron por considerar que el daño queda en algún momento consolidado pese a que la desaparición continúa y que por lo tanto en algún momento comienza el curso de la prescripción, por lo que intentaron salvar los casos en los que la prescripción ya se ha cumplido con el último párrafo del art. 2537 del Código **(28)**.

III.3. ¿Es constitucional la reforma? La retroactividad del art. 2537, último párrafo

Dada la técnica legislativa adoptada para cambiar el curso de la jurisprudencia nacional, es ineludible preguntarse por la constitucionalidad de la reforma. Veamos.

Aunque la ley modificatoria no lo diga expresamente, la introducción del último párrafo al art. 2537 del Cód. Civ. y Com. opera materialmente como un caso de *retroactividad de la ley*. Lo que el agregado indica es que el curso de la prescripción que comenzó bajo la ley anterior se rige por la nueva, situación que incluye tanto los casos en los que la prescripción aún no se ha cumplido, como aquellos en los que el plazo (previsto por la ley anterior) se ha agotado. Materialmente, y para los casos de desaparición forzada, dado que generalmente se aplica la prescripción bianual del Código Civil derogado —como lo ha hecho la CS—, la reforma implicaría dejar sin efecto la prescripción cumplida para aplicar la regla de la imprescriptibilidad, tal como lo establece la "nueva ley" (el Código Civil y Comercial que empezó a regir en 2015). De esta manera que la ley 27.586 intenta subsumir ciertas situaciones de hecho que estaban reguladas por normas vigentes al tiempo de su existencia, dentro del ámbito regulatorio de la nueva ley creada (conf. Smith, 1967:1000; Tobías, 2018).

En este estado de cosas, existen serias sospechas sobre la constitucionalidad del art. 2537 último párrafo del Cód. Civ. y Com. La retroactividad de la ley puede ser dispuesta por el legislador, pero no debe afectar "derechos amparados por garantías constitucionales" de las personas alcanzadas (art. 7, 2do párr., Cód. Civ. y Com.). En este caso —y siempre siguiendo la hipótesis, que no comparto, de la naturaleza no-continuada del daño— la prescripción cumplida integra los derechos patrimoniales de los posibles demandados (el Estado o los particulares). Según la dogmática iusprivatista, la prescripción liberatoria se produce con solo dos elementos: a) el paso del tiempo fijado por la ley; b) la inacción del acreedor. De manera que, vencido el plazo sin que exista actividad del acreedor, la prescripción liberatoria opera de pleno derecho sin necesidad de declaración judicial. La obligación civil se transforma en *obligación natural,* de la que ya no puede reclamarse cumplimiento.

De allí que pueda objetarse la constitucionalidad de la reformar, en tanto implicaría afectar derechos de los demandados, protegidos constitucionalmente, desde que la prescripción operada integra el patrimonio de la persona. Será necesario brindar razones suficientes y adecuadas para mantener la constitucionalidad del art. 2573 reformado, lo que agrega una dificultad adicional para los demandantes y abre innecesariamente un nuevo foco de debate.

IV. ¿Está dicha la última palabra?

Pese a que comparto el fin perseguido por la reforma —consagrar definitivamente la vigencia de la imprescriptibilidad civil para los casos de desaparición forzada—, no puede dejar de reconocerse que está afectada por un inocultable problema de constitucionalidad. Por lo tanto, la última palabra no está dicha.

(28) De hecho, en el Proyecto de Ley originario (presentado por los/as senadores/as López Valverde, Solanas, González, García Larraburu, y Mirkin) pretendía modificar el art. 2561 del Código con la siguiente expresión: "Las acciones civiles derivadas de delitos de lesa humanidad son imprescriptibles, incluso cuando se hayan perpetrado con anterioridad a la entrada en vigencia de este Código". En el transcurso del trabajo en Comisiones el proyecto fue modificado. Puede verse el texto originalmente propuesto en www.senado.gob.ar, expte. 2291/19.

Tal como lo ha expresado la Corte IDH en el caso "Órdenes Guerra", dado que la responsabilidad internacional del Estado está originada por la jurisprudencia de los tribunales nacionales, la reforma legislativa no es necesariamente una medida de reparación adecuada (consid. 136). Menos, agrego, cuando se hace de una manera errónea que solo agrega discusiones innecesarias al ya complejo debate.

La medida adecuada es, a mi modo de ver, un cambio de jurisprudencia, sea que se produzca por parte de la CS o de los tribunales inferiores, que transforme el razonamiento hasta aquí sostenido y deje de hacer lugar a las excepciones de prescripción sostenidas por los demandados (sea el Estado o los particulares). Como he tratado de demostrar, las razones para ese cambio ya se encuentran presentes en nuestro ordenamiento y provienen tanto de la racionalidad del derecho privado como del derecho internacional de los derechos humanos.

V. Bibliografía

ARIZA, A., "En torno al razonamiento judicial en Derecho Privado", JA, fascículo del 31/03/04, ps. 3-17.

ALEXY, R., "Teoría de los derechos fundamentales", traducción de Carlos Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, 2ª ed.

BOHOSLAVSKY, J. P. - CAVANA, A.; FILIPPINI, L., "Prescripción de acciones por complicidad", en VERBITZKY, H. - BOHOSLAVSKY, J. P. (eds.). *Cuentas pendientes. Los cómplices económicos de la dictadura,* Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2012.

HITTERS, J. C., "¿Prescribe la reparación civil en los delitos de lesa humanidad? Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Argentina (mayoría y minoría) y de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos", LA LEY 2019-D, ps. 1041 y ss.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015.

- LÓPEZ HERRERA, E., "Tratado de la Prescripción Liberatoria", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, 2ª ed.

MOSSET ITURRASPE, J., "De nuevo sobre la prescripción de los daños sobrevinientes y de los daños continuados", LA LEY 1998-D, ps. 102-105.

NINO, C. S., "Juicio al mal absoluto. ¿Hasta dónde debe llegar la justicia retroactiva en casos de violaciones masivas de los derechos humanos?", Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2015.

PAULÓN, V. - ACINDAR - TECHINT, "Militarización extrema de la relación laboral", en VERBITZKY, H. - BOHOSLAVSKY, J. P. (eds.). *Cuentas pendientes. Los cómplices económicos de la dictadura,* Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2013.

- SÁNCHEZ, F. F., "¿Son prescriptibles las acciones resarcitorias de daños originados por delitos de lesa humanidad?", LA LEY 2008-F, 315-318.

- SMITH, J. C., "Retroactividad e irretroactividad de las normas jurídicas", *Enciclopedia jurídica Omeba,* EBA, Buenos Aires, vol. XXV, 1967, ps. 1000-1004.

- TOBÍAS, J. W., "Tratado de derecho civil: parte general", La Ley, Buenos Aires, 2018.

- VALICENTI, E., "Imprescriptibilidad de la reparación de los daños provocados por la comisión de delitos de lesa humanidad. El caso de la desaparición forzada de personas", RCyS, año XX, nº 5, mayo 2018, ps. 50-60.

- VALICENTI, E., "¿Qué es y cómo opera la constitucionalización del Derecho Privado en Argentina? Aportes conceptuales para la discusión", en VALICENTI, E. (coord.), *Actas II Jornadas de Investigación en Ciencia Jurídica,* Editorial Azul - Facultad de Derecho (UNICEN), Azul, 2020, ps. 61-80.

- VIGO, R. L., "Interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional", Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015.

Algunas notas en torno a la reforma de los arts. 2537 y 2560 del Código Civil y Comercial de la Nación por la ley 27.586

¿Efecto retroactivo de imprescriptibilidad de las acciones civiles derivadas de delitos de lesa humanidad?

Félix A. Montilla Zavalía (*)

Sumario: I. El proyecto de reforma.— II. La deficiente técnica legislativa de la ley sustantiva común en torno a la imprescriptibilidad.— III. La reforma.— IV. Bibliografía.

I. El proyecto de reforma

Mediante la ley nacional 27.586 se han modificado los arts. 2537 y 2560 del Código Civil y Comercial de la Nación (Cód. Civ. y Com.) incorporándose, en el primero, un tercer párrafo, y el segundo un primer párrafo; ambas modificaciones vinculadas a la prescripción de las acciones civiles derivadas de los delitos de lesa humanidad.

La ley tiene su génesis en un proyecto presentado por los senadores García Landaburu, González, Solana, López Valverde y Mirkin (exp. S- 2291/19 del 30/07/2019) que, con similar redacción, postulaban la reforma del art. 2537 y una modificación esclarecedora en el art. 2561 —luego mutada por un pequeño cambio en el art. 2560—.

Los proyectistas han fundamentado su propuesta en el razonamiento que la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad dispone "que esos delitos son imprescriptibles", y que si la acción penal lo es "igual razonamiento debería adoptarse en el ámbito de lo civil, puntualmente en lo que refiere a la acción resarcitoria de daños derivados de tales delitos".

Agrega que la reforma obedece a la interpretación formulada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Ingegnieros, María Gimena c. Techint Sociedad Anónima s/ accidente"; donde "el voto mayoritario si bien reconoce el precepto establecido en el artículo 2561 in fine del Código Civil y Comercial de la Nación, remiten a lo normado en el art. 2537 para sostener que, en virtud de lo allí dispuesto, el plazo de prescripción ya se había cumplido al momento de entrar en vigencia ese cuerpo legal"; de donde surge "garantiza la impunidad respecto del incumplimiento de la obligación de reparar el daño, que más allá

(*) Abogado (UNSTA). Doctor en Derecho Público y Economía de Gobierno (UNT) y magíster en Magistratura y Derecho Judicial (U. Austral). Ex secretario letrado de Presidencia de la Corte de Tucumán. Relator del Ministro Fiscal de la Corte Suprema de Tucumán.

de la dimensión material del interés individual directamente afectado conlleva, por la naturaleza misma del delito que lo ocasiona, un grave daño moral colectivo".

Por ello los mentados legisladores proponían la reforma al art. 2561 por la cual "[l]as acciones civiles derivadas de delitos de lesa humanidad son imprescriptibles, incluso cuando se hayan perpetrado con anterioridad a la entrada en vigencia de este Código", norma modificada, a propuesta de la senadora Almirón, en la Comisión de Legislación General de la Cámara Alta, cambiándose su contenido por el párrafo final que antes preveía ese artículo e incorporándoselo al art. 2560.

En el Senado el proyecto fue informado por la senadora López Valverde, y allí manifestó que con la reforma se procura que "quede con claridad en el Código Civil y Comercial que las acciones derivadas de los delitos de lesa humanidad son imprescriptibles y, como la palabra lo dice, no caducan. Pueden ser atendidas en cualquier momento, más allá de la fecha en la que se dictó el Código Civil y Comercial".

El Senado lo sancionó sin discusión el 23/07/2020; la Cámara Baja, igualmente, lo trató el 11/11/2020 y fue promulgado por el Poder Ejecutivo el 15/12/2020 dando lugar la ley nacional 27.586

II. La deficiente técnica legislativa de la ley sustantiva común en torno a la imprescriptibilidad

El Cód. Civ. y Com., al momento de ser proyectado, ha observado una deficiente técnica legislativa al regular la imprescriptibilidad de ciertas acciones, pues —a nuestro entender— debió hacerlo en una *sección* específica del Libro IV —Disposiciones comunes a los derechos personales y reales—; Título I —Prescripción y Caducidad—, Capítulo 1 —Disposiciones Comunes a la Prescripción Liberatoria y Adquisitiva—.

La imprescriptibilidad de ciertas acciones está regulada en normas dispersas, problema que estaba parcialmente resuelto por el Código Civil proyectado por Vélez Sarsfield que las enumeraba en el art. 4019 que, sin embargo, había generado algunas críticas en la doctrina por haber olvidado algunos supuestos que no estaban allí expresados.

Adviértase que la imprescriptibilidad es la excepción a la regla de que todas las acciones son prescriptibles, y por lo tanto debió de haber merecido un tratamiento específico y profundo para evitar los dislates doctrinarios y las interpretaciones jurisprudenciales, y en caso de que se hubiere "olvidado" alguna, su incorporación al catálogo puede hacerse con una sencilla modificación del artículo.

El Cód. Civ. y Com. consagra la imprescriptibilidad en las siguientes normas: 1) art. 2247: acciones reales (reivindicatoria, negatoria, confesoria y de deslinde); 2) art. 2166: el reclamo de constitución de servidumbre forzosa (de tránsito, para el fundo cerrado, de acueducto, de recibir aguas); 3) art. 2311: acción de petición de herencia; 4) arts. 1997: acción de división de condominio; 5) art. 2368: acción de partición de herencia; 6) art. 712: acciones de estado de familia; 7) art. 576 y 593: acción de reconocimiento e impugnación de la filiación; 8) art. 588, 2º párrafo: acción de impugnación de maternidad; 9) art 237: bienes públicos; 10) art. 239 las aguas; y 11) art. 2561: acción para reclamar daños derivados de delitos de lesa humanidad.

En el particular, siendo tan sensible a nuestra Patria la concreción de la justicia en los casos de violación a los derechos humanos, además la materia debió de haber sido regulada con mayor especificidad, en cuanto si bien se trata de cuestiones pecuniarias, implica la alineación de la normativa civil a la penal de modo en que los crímenes cometidos, antes o en el futuro, violando derechos humanos, generan consecuencias penales y civiles que pueden reclamarse *sine die*, lo cual configura, en todo sentido, una excepción a los principios generales que rigen en el derecho positivo a la prescripción.

III. La reforma

III.1. El texto de la reforma

En el art. 2537 ("Modificación de los plazos [de prescripción] por ley posterior") se ha in-

corporado, al final de la norma, el siguiente párrafo: "Se exceptúa de lo prescripto anteriormente las acciones civiles derivadas de los delitos de lesa humanidad".

Luego, en el art. 2560 ("Plazo genérico") se ha incorporado un primer párrafo: "Las acciones civiles derivadas de delitos de lesa humanidad son imprescriptibles" —disposición que se encontraba regulada en el último párrafo del art. 2561—.

III.2. Finalidad trunca

Como se ha visto más arriba el legislador que ha proyectado la norma ha querido que la acción para reclamar la reparación de los daños causados por un delito de lesa humanidad sea imprescriptible (art. 2560), pero que tal imprescriptibilidad lo sea retroactivamente, a los casos ocurridos previo a la vigencia del Cód. Civ. y Com. cuya regulación estaba genéricamente por la regulación del Cód. Civil y que disponía la prescripción de la acción.

Para esto último ha incorporado el tercer párrafo al art. 2537, como querido expresar que la aplicación de la ley derogada que regulaba la prescripción —Código Civil— o la ley nueva —Código Civil y Comercial— no resultan aplicables cuando se trata de una acción tendiente a la reparación civil de daños causados por un delito de lesa humanidad.

Obviamente la reforma es confusa e imprecisa, pues si bien deja sin regulación específica a la prescripción de la acción para reclamar daños por delitos de lesa humanidad acontecidos previo al año 2016 (art. 7° de la ley 26.994), no ha soslayado que las leyes de aplican para el futuro; es que la ley recientemente sancionada no escapa del principio general del art. 7° del Cód. Civ. y Com.

Recordemos que esa disposición, en lo que aquí interesa, dispone: "A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.

"Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales".

El legislador, si es que pretendió que la imprescriptibilidad de acción para reclamar indemnización por daños generados por delitos de lesa humanidad se aplique a los hechos acontecidos con anterioridad, expresamente debió de haber consagrado la retroactividad de la ley; es decir debió de haber dejado expresado que la ley 27.586 tiene efecto retroactivo; o si consideraba que ello no era lo suficientemente claro, debió sancionar la disposición conforme lo pretendían los senadores que proyectaron la reforma: es decir, debió dejar sentado que "[l]as acciones civiles derivadas de delitos de lesa humanidad son imprescriptibles, incluso cuando se hayan perpetrado con anterioridad a la entrada en vigencia de este Código".

Como suele ocurrir con reformas legislativas apresuradas, como la que comentamos, la norma sancionada termina siendo completamente confusa, y aporta más dudas que las que ya estaban presentes al sancionarse el Cód. Civ. y Com.

La jurisprudencia, una vez más, tendrá la función de interpretar la norma conforme manda el art. 2° del Cód. Civ. y Com.

IV. Bibliografía

AFARIAN, J. R., "Imprescriptibilidad de las acciones resarcitorias conexas a crímenes de *lesa humanidad", Derecho global. Estudios sobre derecho y justicia*, vol. 1 nº 3°, Guadalajara, julio de 2016.

DÍAZ MARTÍNEZ, G. A., "La imprescriptibilidad de las acciones civiles por daños y perjuicios emanadas de delitos de lesa humanidad (Una mirada crítica sobre el fallo 'Villamil' de la CS)", *Derecho en Acción*, 2017.

JIMÉNEZ, E. P., "Acerca de la imprescriptibilidad de las acciones civiles para reclamar daños y perjuicios derivados de delitos de lesa humanidad", RCyS 2010-IX, 84, cita online: AR/DOC/5585/2010.

LÓPEZ HERRERA, E. S., "La Corte Suprema de la Nación rechaza la imprescriptibilidad de la acción de daños sufridos por los familiares de desaparecidos durante la dictadura", LA LEY 0003/013600.

MONTILLA ZAVALÍA, F. A., "La acción de responsabilidad derivada del delito de lesa humanidad a la luz del Código Civil y Comercial y el régimen de responsabilidad del Estado", *El Derecho*, Buenos Aires, 27/04/2016, año LIV, ED 267.

TÍTULO PRELIMINAR
Y PARTE GENERAL

JURISPRUDENCIA

LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Publicación satírica. Protección constitucional. Cuestiones relacionadas al debate público. Caricatura. Fotomontaje. Publicaciones que no violan el derecho a la imagen. Crítica política.

1. — Si la publicación puso de manifiesto un discurso de neto tinte satírico respecto de los comportamientos que motivaron y justificaron el procesamiento, el juzgamiento y la detención de aquellos por quienes la actora ejerció su defensa —apropiación de bebés, privación ilegítima de la libertad, guerra antisubversiva, golpes de Estado, etc.—, como así también buscó parodiar la particular conducta que la actora adoptó para ello; únicamente dentro de esa comprensión sus planteos no logran conmover la especial protección constitucional que merece la publicación, integrada por la imagen y las leyendas.

2. — Dada la caracterización de expresión satírica de una crítica política y el fotomontaje —fotografía del rostro de la actora adosada a la de un cuerpo femenino desnudo— tomado en su individualidad y considerado como una caricatura, su utilización no genera responsabilidad para el medio gráfico.

3. — Tratándose de un medio gráfico dedicado a este tipo de manifestaciones satíricas respecto de la realidad política y social, al observar la publicación cuestionada ningún lector podría razonablemente creer estar ante un mensaje auténtico, ni que las frases que la acompañaban fuesen verdaderas. De ellos solo puede deducirse que, con el sarcasmo y la exageración que caracterizan a la revista en cuestión, se estaba realizando una crítica política con esas características, sin exceder la protección constitucional del derecho a la libertad de expresión y de crítica.

4. — En lo que respecta a la vulneración del derecho a la propia imagen alegada por la actora en virtud de la publicación de la foto de su rostro adosada a la de un cuerpo femenino anónimo desnudo, dada la característica del medio en que fue inserto, de crítica satírica y el contexto de la publicación, el fotomontaje puede ser considerado una manipulación de la imagen asimilable a una caricatura. Por la alteración de la imagen original, su protección no podría examinarse bajo el prisma de una imagen auténtica y libre de todo proceso de manipulación, sino que requerirá de una apreciación que se atenga a las particularidades propias de la técnica y el contexto en el que se encuentra inmersa. La esencia de creación con tinte satírico no se pierde por la "evolución" en el modo y/o forma en que se patentiza: inicialmente como dibujo u obra de arte; hoy también como manipulación fotográfica.

5. — La expresión satírica utiliza el humor o lo grotesco para manifestar una crítica, para expresar un juicio de valor. Como modo de expresión de ideas, aunque distinto de la exteriorización directa de ellas, la sátira social o política no está excluida de la tutela constitucional a la libertad de expresión. No quedan dudas acerca de la importancia que para la existencia de un amplio debate democrático tiene el ejercicio de la crítica satírica, muchas veces ligada a la provocación, respecto de los temas de interés público.

6. — El cariz desagradable, indignante o desmesurado de ciertas expresiones del debate público no podría despojarlas de protección constitucional sin incurrir en criterios que, en última instancia, dependerían de los subjetivos gustos o sensibilidades del tribunal de justicia llamado a ponderarlas. El solo motivo de que esas expresiones puedan resultar ingratas u ofensivas para las personas involucradas tampoco podría sustraerlas, sin más, de esa protección constitucional. El criterio estará dado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriantes que carezcan de relación con las ideas u opiniones que se expongan.

7. — Al igual que los funcionarios públicos, que las personas que tienen un alto reconocimiento por su participación en cuestiones de interés público estén especialmente expuestas a la crítica, incluso ríspida e irritante, respecto de su desempeño en ese ámbito, habilita un debate robusto que es indispensable para el desarrollo de la vida republicana y democrática. La Constitución Nacional protege no solamente la emisión de expresiones inofensivas o bien recibidas, sino también aquellas formuladas en tono agresivo, con vehemencia excesiva, dureza o causticidad, o que apelan a expresiones irritantes, ásperas u hostiles, indudablemente molestas para los funcionarios o figuras públicas.

8. — La imagen protegida es la que constituye uno de los elementos configurador de la esfera personal de todo individuo, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio

reconocimiento como sujeto individual (art. 52 del Cód. Civ. y Com.).

CS, 22/12/2020. - P. de M., M. C. c. Gente Grossa SRL s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: AR/JUR/67432/2020]

CIV 63667/2012/CS1

Buenos Aires, diciembre 22 de 2020.

Considerando:

1°) Que M. C. P. de M. promovió demanda contra la revista *Barcelona* o Editorial Gente Grossa SRL, con el objeto de que se le indemnizaran los daños y perjuicios derivados de la publicación de un montaje fotográfico con leyendas que consideró lesivas de sus derechos al honor y a la imagen.

El montaje controvertido ocupó la contratapa de la edición del 13 de agosto de 2010 que simulaba ser la tapa de una ficticia revista denominada "S/M Soy Milico". Consistía en una fotografía del rostro de la señora P. de M. adosada a la de un cuerpo femenino ajeno desnudo envuelto en una red, acompañada de un texto que la actora calificó de pornográfico y reprodujo en su demanda: "¡para matarla! soltá el genocida que llevás dentro", "apropiate de esta bebota", "las chicas quieren guerra antisubversiva", "las defensoras de presos políticos más *hot* de Plaza San Martín te piden por favor que los sueltes", "cadenas, humillación y golpes (de Estado)", "Ceci Pando se encadena para vos" (conf. copia obrante a fs. 3 del expediente principal).

Relató que cuatro días después de la publicación de la revista en cuestión, dedujo una acción de amparo y solicitó como medida cautelar que se adoptaran las disposiciones necesarias para retirarla de los quioscos de venta.La Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, al revocar la decisión de grado, hizo lugar a lo requerido y ordenó retirar los ejemplares cuestionados en forma inmediata y prohibir su distribución futura. Finalmente, ante el allanamiento de la demandada al cumplimiento de la medida dispuesta y el cese de la comercialización de la revista, el magistrado de grado declaró que resultaba inoficioso un pronunciamiento sobre la acción de amparo, resolución que quedó firme.

No obstante, debido a que ya se habían vendido gran cantidad de ejemplares antes y después de la medida cautelar dispuesta, el 21 de agosto de 2012 M. C. P. de M. promovió la demanda que dio origen a estas actuaciones.

2°) Que la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó la sentencia de primera instancia que condenó a Gente Grossa SRL, firma editora de la revista *Barcelona*, a indemnizar los perjuicios provocados por la difusión de la referida publicación, que consideró lesiva de los derechos a la imagen y al honor de la actora, y elevó el monto del resarcimiento a la suma de setenta mil pesos ($70.000; fs. 593/605 del expediente citado).

Para así decidir, la Cámara en primer lugar expresó que a raíz del ejercicio de la presidencia de la Asociación de Familiares y Amigos de los Presos Políticos de Argentina y de su accionar en defensa del personal de las Fuerzas Armadas que prestó servicios durante la última dictadura militar, la señora P. de M. se había convertido en una figura pública, más aún dada la notoriedad que esas actividades habían adquirido por programas televisivos, medios gráficos, internet y diversos actos públicos. En segundo lugar, remarcó que la revista *Barcelona* era un medio de prensa gráfico que tenía un tinte eminentemente satírico.

A renglón seguido, sostuvo que, así como era cierto que la libertad de expresión, incluso en su manifestación satírica, había sido un pilar fundamental para la consolidación del sistema republicano, no lo era menos que su ejercicio no era absoluto y podía enfrentarse con otros derechos también fundamentales como el honor, la intimidad y la imagen. Afirmó que "el derecho a la imagen solo cede ante el interés general relacionado con fines didácticos, científicos y culturales, es decir que, si falta el fin legitimante, la antifuncionalidad del acto basta para que sea resarcible el daño producido al afectado por la información". Concluyó que, si esos intereses no concurrían, la parodia o la caricatura no podían entenderse como crítica política y social ejercida mediante la sátira y el humor.

Tras invocar doctrina de autores y tribunales extranjeros acerca del alcance y de la protección del derecho a parodiar figuras públicas, la cámara manifestó que aun cuando esta Corte Suprema en la causa "Cancela, Omar Jesús" (Fallos: 321:2637) había destacado el rol de la prensa satírica y humorística en las sociedades democráticas y que su tutela constitucional "no se pierde por su animosidad, acritud o injusticia, sino tan solo por la presencia de un criterio (sic) sin justificativo (ver especialmente votos en minoría de los Dres. Petracchi, Belluscio y Bossert), [por lo que] hizo lugar a la acción promovida en el entendimiento que la negligencia puesta de manifiesto por las demandadas, las hacía pasible de responsabilidad".

Por último, al no tratarse de la publicación de una noticia falsa o inexacta, el *a quo* descartó la aplicación de la teoría de la real malicia y aseveró que el hecho antijurídico consistió en haber parodiado la figura de la actora mediante una imagen modificada junto con títulos que excedían los límites propios de la prensa,

afectando sus derechos a la dignidad, al honor y a la imagen. A la luz de lo expresado, concluyó que en el caso se había configurado un imprudente ejercicio de la libertad de expresión y de prensa en perjuicio de los referidos derechos personalísimos, por lo que debía confirmarse la sentencia que había hecho lugar a la demanda.

3°) Que contra este pronunciamiento la demandada dedujo recurso extraordinario federal que fue concedido (fs. 609/621 y 635 del referido expediente).

La recurrente cuestiona la inteligencia que el *a quo* asignó a las cláusulas constitucionales que protegen la libertad de expresión y de imprenta. Pretende que este Tribunal determine si los arts. 14, 32 y 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, el 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, tutelan la manifestación de opiniones y el ejercicio de la crítica política mediante una publicación como la controvertida en autos, a la cual califica como de carácter satírico e irónico respecto de un acto de interés público realizado por una figura pública. Aclara que concuerda con dos afirmaciones contenidas en la sentencia que impugna: la revista *Barcelona* es un medio satírico y M. C. P. de M. es una figura pública.

Señala que las reglas que deben gobernar el caso no son las referentes al derecho a publicar informaciones sino las atinentes al derecho a expresar opiniones, distinción que implícitamente entiende ha sido admitida por el *a quo* al considerar que la doctrina de la real malicia no resulta aplicable al caso. En este sentido, indica que la contratapa cuestionada fue utilizada como plataforma para expresar un juicio de valor y/o una opinión crítica acerca de la actividad política de la actora, y que, conforme a la jurisprudencia de esta Corte, el espacio tutelado constitucionalmente para la manifestación de opiniones es aún más amplio que el ámbito de protección de la difusión de informaciones. Lo que corresponde, en consecuencia, es aplicar el estándar en materia de opiniones o juicios de valor sobre figuras públicas y asuntos de interés público.

Alega que no fueron conculcados los derechos a la privacidad, a la imagen ni al honor de la actora. En cuanto al derecho a la privacidad, explica que la imagen de su rostro utilizada en el montaje no fue obtenida de la esfera de su intimidad, sino que se trata de una fotografía que circula públicamente, con su consentimiento. En relación al derecho a la imagen, afirma que se debe tolerar su uso, incluso su difusión a través de fotomontajes que puedan resultar ofensivos, cuando se trate de una cuestión de interés público y la imagen guarde relación con el asunto abordado. Circunstancia que —afirma— con toda claridad se presenta en el *sub lite*, por cuanto el hecho que motivó la publicación es de evidente interés público y fue protagonizado por quien fue después satirizada. Con respecto al derecho al honor, insiste en que se trata de una figura pública involucrada en un asunto de neto interés público.

En esta línea, la recurrente manifiesta que la revista tomó la imagen de M. C. P. de M. como personificación de su discurso público, satirizando a ella y a su discurso. En esa inteligencia, aduce que la sátira del discurso no funciona sin la imagen de la actora y que la supuesta afectación de su honor es resultado directo, necesario e inevitable del ejercicio de esa crítica política. Destaca que el contenido del mensaje es político, propio de un debate democrático, y que las condiciones específicas de su forma de ningún modo bastan para justificar su cercenamiento del debate público.

4°) Que el recurso extraordinario resulta admisible por cuanto se discute la inteligencia que el *a quo* ha dado a las normas constitucionales que protegen la libertad de expresión y la decisión apelada ha sido contraria al derecho que la recurrente fundó en ellas (art. 14, inc. 3°, de la ley 48).

5°) Que corresponde analizar si el montaje fotográfico y las leyendas en cuestión gozan de tutela constitucional o si, por el contrario, se encuentran más allá del ámbito de protección que ha delineado la jurisprudencia de esta Corte y pueden, en consecuencia, dar base a la responsabilidad fijada por la sentencia recurrida.

En este sentido, cabe recordar que, por un lado, la demandada Gente Grossa SRL, editora de la revista *Barcelona*, señala que la contratapa del ejemplar cuestionado fue utilizada para efectuar una crítica en forma de sátira acerca de la actividad política de la actora, expresión que se encuentra amparada por el ejercicio constitucional del derecho a la libertad de expresión y crítica. Por otro lado, la demandante M. C. P. de M., integrante y referente de la Asociación de Familiares y Amigos de los Presos Políticos de Argentina, invoca que dicha publicación resulta lesiva de sus derechos a la imagen y al honor.

En consecuencia, en la presente causa se suscita un conflicto entre el ejercicio del derecho a la libertad de expresión de quien efectuó la publicación y los derechos a la imagen y al honor de quien fue aludida en tal oportunidad.

6°) Que el derecho a la libertad de expresión goza de un lugar preeminente en el marco de nuestras libertades constitucionales (Fallos: 321:412), entre otras razones, por su importancia para el funcionamiento de una república democrática (Fallos: 320:1272) y para

el ejercicio del autogobierno colectivo del modo establecido por nuestra Constitución (Fallos: 340:1364).

Sin embargo, este Tribunal ha manifestado que "el especial reconocimiento constitucional de que goza el derecho de buscar, dar, recibir, difundir información e ideas de toda índole, no elimina la responsabilidad ante la justicia por los delitos y daños cometidos en su ejercicio" (conf. Fallos: 308:789; 321:667 y 3170; 332:2559 y 335:2090). Ello así, pues esa posición preferencial que ocupa la libertad de expresión no la convierte en un derecho absoluto. Sus límites deben atender a la existencia de otros derechos constitucionales que pueden resultar afectados por su ejercicio, así como a la necesidad de satisfacer objetivos comunes constitucionalmente consagrados.

7°) Que esta Corte Suprema también ha destacado que el reconocimiento y la protección del derecho al honor —derecho fundamental, inherente a la persona humana, en tanto importa la dignidad personal reflejada en la consideración de los demás y en el sentimiento de la propia persona— encuentran fundamento constitucional en el art. 33 de la Ley Fundamental y en los tratados internacionales que cuentan con jerarquía constitucional desde su reforma en 1994, que a su vez también lo contemplan como una restricción legítima al ejercicio de otro derecho fundamental como la libertad de expresión (conf. arts. 11 y 13.2.a del Pacto de San José de Costa Rica; 17 y 19.3.a del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; V y XXIX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos), como infra-constitucional en el art. 52 del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

8°) Que asimismo cabe mencionar que uno de los aspectos centrales de la protección de la esfera privada de toda persona —art. 19 de la Constitución Nacional— está constituido por la tutela del derecho a la imagen de la persona. Vale recordar la clásica doctrina de esta Corte, según la cual el derecho a la privacidad comprende no solo a la esfera doméstica, el círculo familiar y de amistad, sino otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen. Nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello, y solo por ley podrá justificarse la intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen (conf. Fallos: 306:1892).

En efecto, la imagen protegida es la que constituye uno de los elementos configurador de la esfera personal de todo individuo, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual (confr. citado art. 52 del Cód. Civ. y Com. de la Nación).

9°) Que, precisados los derechos en conflicto, en el presente caso debe determinarse, como ya se ha afirmado, si la publicación cuestionada goza de tutela constitucional o si, por el contrario, se encuentra fuera del ámbito de protección delineado por la jurisprudencia de esta Corte Suprema en materia de libertad de expresión y crítica, y por ende autoriza a confirmar la responsabilidad de la demandada admitida en la sentencia recurrida.

10) Que, a tal efecto, corresponde señalar que no ha sido objeto de cuestionamiento que las expresiones que dieron origen al presente reclamo de daños y perjuicios se refieren a la actora M. C. P. de M. en su faceta de figura pública. Ello debido a su activa intervención en el debate público sobre los procesos judiciales y las políticas públicas adoptadas respecto de los crímenes de lesa humanidad cometidos durante la última dictadura militar, en su condición de presidenta de la Asociación de Familiares y Amigos de los Presos Políticos de Argentina, erigiéndose como una figura representativa de la postura política y de los intereses que defiende. En efecto, el hecho que refleja la publicación cuestionada no es más que una manera de expresar la posición que la demandante sostiene públicamente en defensa de los intereses mencionados.

11) Que, asimismo, la publicación que motivó el reclamo de la señora P. de M. se encuentra vinculada a un asunto de interés público. Ello así, pues, con el estilo propio del medio de comunicación en cuestión —tema que será abordado con posterioridad—, la contratapa del ejemplar de la revista hacía referencia a lo que había sido la protesta llevada a cabo en el año 2010 por esposas y familiares de militares que se encontraban presos por causas en que se investiga la comisión de crímenes de lesa humanidad, entre las que se encontraba la actora. En tal oportunidad, se encadenaron a las rejas del edificio Libertador, sede del Estado Mayor del Ejército y del Ministerio de Defensa con el propósito de que se les concediera una audiencia ante la entonces ministra de defensa y las autoridades castrenses.

Por ende, el hecho que da origen a la publicación controvertida pretende referir a un reclamo que se realizó en un espacio público y que reflejaba el cuestionamiento que un grupo determinado de personas, entre las que se encontraba la demandante, realizaba respecto de los procesos penales por crímenes de lesa humanidad cometidos durante la última dictadura militar y de las políticas que sobre la cuestión lleva-

ban adelante las autoridades del Ministerio de Defensa y de las Fuerzas Armadas.

No caben dudas de que, así como existe en nuestra sociedad un especial interés respecto del desarrollo de estos procesos judiciales y de las políticas públicas de justicia, verdad y memoria, idéntico efecto produce el debate, la discusión y el cuestionamiento que con motivo de ellos puedan suscitarse.

12) Que a más de las circunstancias destacadas precedentemente atinentes al carácter público que reviste tanto el asunto como la persona involucrada, determinar si en el caso la publicación efectuada por la demandada goza de tutela constitucional, exige ponderar también las características del contexto en el que aquella tuvo lugar. Ello así, pues la ponderación del medio en el que se inserta constituye un elemento de importancia a considerar al tiempo de valorar una publicación desde que, de algún modo, anticipa al lector la "mirada" con que debe apreciar el contenido de aquella, estableciéndose entre el emisor y el destinatario una vinculación con códigos que comparten.

Como ha sido destacado por Eliseo Verón, la relación entre un soporte y su lectura reposa en lo que se denomina el "contrato de lectura" en el que se encuentran, por una parte, el discurso, y por otra los lectores, suscitándose entre ellos —como en todo contrato— un nexo, el de lectura.

Para entender cómo se construye el "contrato de lectura", la teoría de la enunciación permite dar una respuesta al distinguir en el discurso dos niveles: el enunciado ("lo que se dice") y la enunciación ("las modalidades del decir"). Por el funcionamiento de la enunciación, un discurso construye una cierta imagen de aquel que habla (enunciador), una cierta imagen de aquel a quien se habla (destinatario) y, en consecuencia, un nexo entre esas posiciones; de ahí que el análisis del "contrato de lectura" permite determinar la especificidad de un soporte (medio) y hacer resaltar las dimensiones que constituyen el modo particular que tiene de construir su relación con los lectores (Verón, Eliseo, "El análisis del 'contrato de lectura'. Un nuevo método para los estudios de posicionamiento de los soportes de los media", en "Les Médias: Experiences, recherches actuelles, aplications", IREP, Paris, 1985).

Enmarcado en esa línea de razonamiento, dicho autor ha puntualizado que la importancia que cabe reconocer a la enunciación ("las modalidades del decir") en un contrato de lectura no implica admitir que el contenido no juegue ningún rol, sino que él no es más que una parte de la historia y que en ciertos casos —que son muy frecuentes en los dominios de los medios y la prensa escrita—, es la parte de menor importancia (Verón, E., op. cit.).

13) Que la revista *Barcelona* constituye un medio gráfico de características satíricas en el que, al decir de sus fundadores y según puede colegirse de la simple observación de sus diferentes ejemplares, se cuestiona el tratamiento que los medios gráficos dan a la difusión de noticias y, en esas condiciones, intenta mostrar un mensaje crítico del poder (conf. fs. 174/176 y 178/180 del citado expediente). El estilo de la revista no se caracteriza por la difusión de noticias o publicaciones enmarcadas en un clima de neutralidad, sino que exhibe un periodismo de opinión crítico realizado con humor caricaturesco y satírico que no intenta reflejar la realidad tal cual se presenta —o se ha presentado— sino falseando, modificando o desfigurando el escenario que analiza, de modo que las noticias e imágenes que se insertan en ese ámbito son habitual y notoriamente alteradas.

14) Que cabe recordar que la sátira como forma de discurso crítico se caracteriza por exagerar y deformar agudamente la realidad de modo burlesco. Indefectiblemente genera en quien lo lee u observa la percepción de "algo" que no es verídico o exacto. El tono o forma socarrona, punzante, virulenta o agresiva que se utiliza para transmitirlo provoca en el receptor del discurso crítico risa, sorpresa, estupor, rabia, agitación, bronca, pudiendo abordar bajo esa metodología temas de los más variados, religiosos, sociales, políticos, económicos, culturales.

Este tipo de género literario constituye una de las herramientas de comunicación de críticas, opiniones y juicios de valor sobre asuntos públicos; un instrumento de denuncia y crítica social que se expresa bajo la forma de un mensaje "oculto" detrás de la risa, la jocosidad o la ironía. Como acertadamente recuerda el señor Procurador Fiscal en su dictamen, tiene una fuerte tradición en nuestro país. Ya en el siglo diecinueve aparecieron las primeras publicaciones que recurrían a la caricatura, el sarcasmo y la ironía a fin de ridiculizar a figuras públicas y acontecimientos sociales, tales como *El Mosquito, Don Quijote* y *Caras y Caretas*, continuando durante la segunda mitad del siglo veinte con la difusión de otras revistas como *Tía Vicenta* y *Humor Registrado* (ver Vázquez Lucio, Oscar Edgardo "Historia del Humor Gráfico y Escrito en Argentina: 1801-1939", Buenos Aires, Editorial Eudeba, Tomo 1, 1985 e "Historia del Humor Gráfico y Escrito en Argentina: 1940— 1985", Buenos Aires, Eudeba, Tomo 2, 1987).

15) Que la Corte Suprema ha tenido oportunidad de expedirse respecto de este género y ha destacado que la expresión satírica utiliza el humor o lo grotesco para manifestar una crítica, para expresar un juicio de

valor. En consecuencia, como modo de expresión de ideas, aunque distinto de la exteriorización directa de ellas, la sátira social o política no está excluida de la tutela constitucional a la libertad de expresión (conf. Fallos: 321:2637, disidencia de los jueces Belluscio y Bossert). No quedan dudas acerca de la importancia que para la existencia de un amplio debate democrático tiene el ejercicio de la crítica satírica, muchas veces ligada a la provocación, respecto de los temas de interés público.

En ese sentido, cabe citar las palabras de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso "Hustler Magazine, Inc. c. Falwell" (485 U.S. 46, 54 y 55): "a pesar de su naturaleza algunas veces cáustica (...), las representaciones gráficas y las caricaturas satíricas han jugado un rol prominente en el debate público y político (...) Desde un punto de vista histórico, es claro que nuestro discurso político habría sido considerablemente más pobre sin ellas".

En la misma línea se ha afirmado que el "tratamiento humorístico o sarcástico de los acontecimientos que interesan a la sociedad constituye una forma de comunicación y crítica de los mismos que está ligada al ejercicio del derecho a la libertad de expresión, como forma de comunicación de ideas u opiniones, e incluso a la libertad de información, en la medida en que el tratamiento humorístico puede constituir una forma de transmitir el conocimiento de determinados acontecimientos llamando la atención sobre los aspectos susceptibles de ser destacados mediante la ironía, el sarcasmo o la burla" (conf. Tribunal Supremo de España, STS 8280/2011 - ECLI: ES:TS:2011:8280, sentencia del 30 de noviembre de 2011).

16) Que sentado lo dicho, no caben dudas respecto de que la contratapa del ejemplar cuestionado, conformada tanto por el fotomontaje del rostro de la actora con un cuerpo desnudo envuelto en una red, como por las leyendas que acompañaban dicha imagen, constituye una expresión satírica que refleja una crítica o juicio de valor.

En consecuencia, el examen de si tal ejemplar se encuentra amparado por la libertad de expresión o vulnera los derechos personalísimos invocados por la actora, debe efectuarse bajo el estándar de revisión correspondiente a los supuestos de expresión de opiniones o críticas, teniendo para ello especialmente en cuenta que, en virtud de lo manifestado, se está ante una manifestación satírica que utiliza el humor o lo grotesco para referirse a un hecho de interés público en el que participó la actora en su carácter de figura pública.

17) Que en lo que respecta al derecho a la crítica que forma parte de la libertad de expresión, el Tribunal ha señalado que el criterio de ponderación aplicable a los juicios de valor respecto de la reputación y el honor de terceros, deberá estar dado por la ausencia de expresiones estricta e indudablemente injuriantes y que en forma manifiesta carezcan de relación con las ideas u opiniones que se expongan. Ello es así pues no hay un derecho al insulto, a la vejación gratuita e injustificada (conf. Fallos: 321:2558 "Amarilla"; 335:2150 "Quantín" y 337:921 "Irigoyen").

La mayor amplitud de la tutela constitucional reconocida a los juicios de valor o a las opiniones críticas no importa convertirlas en una "patente de corso" para legitimar la vulneración de otros derechos que también gozan de protección constitucional, ni constituye un salvoconducto de impunidad de quienes han obrado excediendo el marco propio del ejercicio regular del derecho de crítica.

En tal sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que "[e]n la arena del debate sobre temas de alto interés público, no solo se protege la emisión de expresiones inofensivas o bien recibidas por la opinión pública, sino también la de aquellas que chocan, irritan o inquietan a los funcionarios públicos o a un sector cualquiera de la población" (conf. CIDH, causa "Kimel, Eduardo G. c. República Argentina, sentencia del 2 de mayo de 2008, párrafo 88).

18) Que esta Corte Suprema ha establecido también que en el examen de los términos utilizados para expresar las críticas o juicios de valor no es suficiente la indagación de sus significados literales y aislados, sino que, por el contrario, debe considerarse especialmente la terminología usual en el contexto en el que han sido enunciados, así como el grado de agresividad discursiva propia del medio en cuestión (conf. Fallos: 321:2558 "Amarilla", voto de los jueces Petracchi y Bossert; 335:2150 "Quantín").

En esta misma línea, se ha resaltado la cautela con que es preciso juzgar las opiniones críticas en cuestiones de interés público, pues la tutela constitucional de que estas gozan, en su carácter de expresión libre, no se pierde por su animosidad, acritud o injusticia, sino tan solo por la presencia de un dicterio sin justificativo (conf. Fallos: 321:2637 "Cancela", disidencia del juez Petracchi).

El cariz desagradable, indignante o desmesurado de ciertas expresiones del debate público no podría despojarlas de protección constitucional sin incurrir en criterios que, en última instancia, dependerían de los subjetivos gustos o sensibilidades del tribunal de justicia llamado a ponderarlas. El solo motivo de que esas expresiones puedan resultar ingratas u ofensivas para las personas involucradas, tampoco podría sustraerlas, sin más, de esa protección constitucional.

Como ha dicho esta Corte, el criterio estará dado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriantes que carezcan de relación con las ideas u opiniones que se expongan (conf. Fallos: 257:308; 321:2558 "Amarilla", considerandos 7° y 10 del voto de los jueces Petracchi y Bossert; en este sentido ver también *mutatis mutandi*s fallo "Hustler" ya citado, puntos 55 y 56).

Por último, debe tenerse presente que la posibilidad de que, al igual que los funcionarios públicos, las personas que tienen un alto reconocimiento por su participación en cuestiones de interés público estén especialmente expuestas a la crítica, incluso ríspida e irritante, respecto de su desempeño en ese ámbito, habilita un debate robusto que es indispensable para el desarrollo de la vida republicana y democrática. Es por ello que la Constitución Nacional protege no solamente la emisión de expresiones inofensivas o bien recibidas, sino también aquellas formuladas en tono agresivo, con vehemencia excesiva, dureza o causticidad, o que apelan a expresiones irritantes, ásperas u hostiles, indudablemente molestas para los funcionarios o figuras públicas (conf. doctrina causa CSJ 755/2010 (46-S)/CS1 "Sujarchuk, Ariel B. c. Warley, Jorge A. s/ daños y perjuicios", sentencia del 1° de agosto de 2013).

19) Que teniendo en cuenta los parámetros reseñados y las características que presenta la publicación controvertida por la señora P. de M., el objeto que persigue, su finalidad y el contexto en el que se efectuó, cabe concluir que la contratapa del ejemplar de la revista *Barcelona* del día 13 de agosto de 2010 no resulta lesiva del derecho al honor de la actora, dado que constituye una crítica política que no excede los límites de la protección que la Constitución Nacional otorga a la libertad de expresión pues no configura un insulto gratuito ni una vejación injustificada.

Por el contrario, el montaje de la foto de la cara de la actora anexada a un cuerpo anónimo femenino desnudo y envuelto en una red, junto con los títulos de tono sarcástico que daban una connotación sexual a los gravísimos hechos que motivaron los procesos judiciales contra los que P. de M. y otras personas se manifestaban, constituye una composición gráfica satírica mediante la cual se ejerció de modo irónico, mordaz, irritante y exagerado una crítica política respecto de un tema de indudable interés público —con mayor precisión acerca de un acto público, el encadenamiento de la actora y otras personas frente al edificio Libertador como acto de protesta política—, protagonizado por una figura pública.

Tratándose de un medio gráfico dedicado a este tipo de manifestaciones satíricas respecto de la realidad política y social, al observar la publicación cuestionada ningún lector podría razonablemente creer estar ante un mensaje auténtico, ni que las frases que la acompañaban fuesen verdaderas. De ellos solo puede deducirse que, con el sarcasmo y la exageración que caracterizan a la revista en cuestión, se estaba realizando una crítica política con las características ya mencionadas, sin exceder la protección constitucional del derecho a la libertad de expresión y de crítica.

20) Que en lo que respecta a la vulneración del derecho a la propia imagen alegada por la actora en virtud de la publicación de la foto de su rostro adosada a la de un cuerpo femenino anónimo desnudo, corresponde señalar que, dada la característica del medio en que fue inserto y el contexto de la publicación en cuestión, dicho fotomontaje puede ser considerado una manipulación de la imagen asimilable a una caricatura.

Al ser la característica principal del fotomontaje la alteración de la imagen original, su protección no podría examinarse, sin más, bajo el prisma de una imagen auténtica y libre de todo proceso de manipulación, sino que requerirá de una apreciación que se atenga a las particularidades propias de la técnica y el contexto en el que se encuentra inmersa. La esencia de creación con tinte satírico no se pierde por la "evolución" en el modo y/o forma en que se patentiza: inicialmente como dibujo u obra de arte, hoy también como manipulación fotográfica. Desde esta perspectiva, su difusión forma parte de la sátira y cabe respecto de ella la conclusión desarrollada precedentemente en cuanto a la ausencia de responsabilidad.

En efecto, "[c]on la generalización de las nuevas tecnologías de tratamiento de la imagen, esta categoría [la caricatura], que tradicionalmente se había basado exclusivamente en la dimensión humorística del dibujo, se plasma cada vez con más frecuencia en la alteración de fotografías originales, aunque no pierde por ello su esencia de creación irónica basada en la reelaboración de la fisonomía del modelo que tiene por objeto" (conf. Tribunal Constitucional de España, STC 23/2010).

21) Que cabe señalar que "...la caricatura constituye, desde hace siglos, una de las vías más frecuentes de expresar mediante la burla y la ironía críticas sociales o políticas que, en tanto que elemento de participación y control público, resultan inescindibles de todo sistema democrático, y coadyuvan a la formación y a la existencia 'de una institución política fundamental', que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político, que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático" (conf. Tribunal Constitucional de España, STC 12/1982 y 23/2010 ya citada).

"Muchas veces, el arte de los caricaturistas no es razonado ni imparcial, sino incisivo y arbitrario. Un caricaturista expresó la naturaleza de este arte en los siguientes términos: 'La caricatura política es un arma de ataque, de desprecio, ridiculización y sátira; es menos efectiva cuando intenta dar una palmada en la espalda a un político. Suele ser tan bien recibida como la picadura del aguijón de una abeja, y siempre despierta controversias en algún lugar'" (conf. caso "Hustler Magazine, Inc." ya citado).

En consecuencia, dada su caracterización de expresión satírica de una crítica política, al citado fotomontaje tomado en su individualidad y considerado como una caricatura, le cabe idénticas conclusiones que las expresadas respecto de la totalidad de la publicación, motivo por el cual su utilización no genera responsabilidad para la demandada.

22) Que a la misma conclusión se llega en el caso de que se tomara en consideración la fotografía de la cara de la actora en forma aislada, es decir distinguiéndola como imagen fotográfica de su persona dentro del conjunto del montaje caricaturesco, por cuanto su difusión se enmarca en la excepción contemplada en el art. 31 de la ley 11.723 y en el art. 53 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, en cuanto prevén que la prohibición de reproducir la imagen de alguien sin su consentimiento cede si se dan circunstancias que tengan en mira un interés general que lo justifique (conf. doctrina de Fallos: 311:1171; 330:5088, disidencia de los jueces Petracchi y Maqueda; 335:2090).

23) Que por las razones expuestas corresponde revocar la sentencia y rechazar la demanda en tanto la publicación en cuestión se encuentra dentro del ámbito de protección que la Constitución Nacional brinda a la libertad de expresión.

24) Que, sin perjuicio de lo expresado, cabe formular una reflexión final sobre una cuestión que, aunque traída de modo tangencial por la actora, no puede ser obviada por este Tribunal.

Se trata de la violencia de género a la que la accionante alude de un modo particular al afirmar que en la publicación se la representó de manera sexualizada cuando ella no apareció de esa forma en público (conf. fs. 6 y 441 vta. del expediente citado). Esta breve referencia dejaría entrever una supuesta tensión entre dos valores constitucionales: por un lado, la libertad de expresión, y por el otro, el derecho a la igualdad de la mujer (art. 1° de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer).

Con relación al caso, a partir de una mirada atenta al contexto satírico en el que se sitúa la publicación, su estrecha relación con las concretas circunstancias fácticas que la antecedieron y motivaron su existencia, y considerando el "contrato de lectura" establecido entre el soporte y el lector —comprensivo tanto del texto como de la imagen— no puede admitirse el planteo discriminatorio que la actora intentó enlazar al derecho al honor.

Ello así por cuanto, en atención a esos factores dirimentes, no se advierte que las expresiones en este caso configuren claros insultos discriminatorios que, de manera desvinculada de la crítica política que suponen, utilicen el perfil femenino como un modo de reafirmar estereotipos y/o roles de género que subordinan a las mujeres. La sucinta argumentación de la actora en este aspecto no rebate —y, más aún, pierde de vista— que la publicación pone de manifiesto un discurso de neto tinte satírico respecto de los comportamientos que motivaron y justificaron el procesamiento, el juzgamiento y la detención de aquellos por quienes la señora Pando ejerció su defensa —apropiación de bebés, privación ilegítima de la libertad, guerra antisubversiva, golpes de Estado, etc.—, como así también busca parodiar la particular conducta que la actora adoptó para ello.

Únicamente dentro de esa comprensión los planteos de la actora no logran conmover la especial protección constitucional que merece la publicación satírica en cuestión, integrada por la imagen y las leyendas.

Por ello, y habiendo dictaminado el señor Procurador Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario, se revoca la sentencia apelada y se rechaza la demanda (art. 16, segunda parte, de la ley 48). Con costas. Notifíquese y remítase. — *Carlos F. Rosenkrantz. — Ricardo L. Lorenzetti. — Juan C. Maqueda. — Horacio D. Rosatti.*

FAMILIA Y SUCESIONES

Doctrina

Apuntes sobre la partición en el Código Civil y Comercial

Fernando H. Castro Mitarotonda (*)

Sumario: I. Partición.— II. Modos de hacer la partición.— III. Efectos de la partición.— IV. Reflexión final.

I. Partición

I.1. Concepto

El contenido de la adquisición hereditaria está integrado por el conjunto de titularidades transmisibles del causante. Dicho contenido, como universalidad, constituye el objeto del derecho hereditario **(1)**.

"Si concurren dos o más sucesores a adquirir una misma herencia, o una parte de ella, se configura la llamada *comunidad hereditaria*. En virtud de esta *comunidad*, y puesto que el llamamiento a la herencia tiene carácter *universal,* el derecho sobre los bienes que la constituyen pertenece al conjunto de los coherederos" **(2)**.

Es que "cuando acaece el fallecimiento de una persona, surge un estado de indivisión temporaria en relación con su patrimonio, puesto que este transmite como universalidad al no operar de forma automática el traspaso de los bienes a sus herederos. De esta forma, cada uno de ellos tendrá derecho sobre una porción ideal que se materializará en el proceso de partición" **(3)**.

En el Código Civil y Comercial se utiliza el término "estado de indivisión" que encabeza el tít. IV —arts. 2323 y ss.—. Y también se menciona el término "masa indivisa" o "propietarios de la masa indivisa" —arts. 2342, 2343, 2344, 2346—. La comunidad hereditaria es lo mismo que la masa hereditaria **(4)**.

La comunidad hereditaria se inicia con la apertura de la sucesión y culmina con la partición.

La partición es "una institución de derecho sustancial y procesal" **(5)**. Se trata de "el acto mediante el cual los herederos materializan la porción ideal que en la herencia les tocaba, transformándola en bienes concretos sobre los cuales tienen un derecho exclusivo" **(6)**.

Conlleva la "previa ejecución de un conjunto de actos complejos —inventario, valuación, adjudicación e inscripción de las respectivas

---

(*) Juez a cargo del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N.º 1 del Departamento Judicial de Junín. Profesor titular de las materias Derecho Privado VI y VII (UNNOBA).

(1) ZANNONI, Eduardo A., "Derecho Civil. Derecho de las sucesiones", Ed. Astrea, 1997, 4ª ed., t. I, p. 521.

(2) ZANNONI, Eduardo A., ob. cit., t. I, p. 523.

(3) KRASNOW, Adriana, "La indivisión forzosa en el Anteproyecto de Código Civil", Suplemento JA 2012-III, fasc. 7, p. 27.

(4) PÉREZ LASALA, José L., "Tratado de Sucesiones, parte especial", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, 1ª ed., t. I, p. 604.

(5) AREÁN, Beatriz, "Partición y Adjudicación", en HIGHTON, Elena — AREÁN, Beatriz, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010, t. 13, p. 815, citado por CÓRDOBA, Marcos M., en LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), Código Civil y Comercial, comentado, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2015, t. X, p. 680.

(6) BORDA, Guillermo A., "Tratado de Derecho Civil Argentino", Ed. Perrot, Buenos Aires, 1970, 3ª ed. actualizada, t. I, p. 399.

hijuelas— que deberán llevarse a cabo teniendo en mira la igualdad cualitativa y cuantitativa respecto de los herederos" **(7)**.

"La igualdad cualitativa significa que ninguno de los herederos puede invocar una preferencia con respecto a un bien determinado. Mientras que la igualdad cuantitativa apunta a la coincidencia que debe haber entre la porción que le corresponde con la asignación concreta de cada uno de los bienes" **(8)**.

El Código Civil y Comercial no define la partición, pero señala su efecto. El art. 2363 establece: "La indivisión hereditaria solo cesa con la partición. Si la partición incluye bienes registrables, es oponible a los terceros desde su inscripción en los registros respectivos".

I.2. La indivisión hereditaria cesa con la partición

Durante la vigencia del Código de Vélez se planteaba la discusión acerca del efecto que provocaba la mera inscripción de la declaratoria de herederos o auto de aprobación del testamento en el Registro de la Propiedad.

Hubo quienes le dieron el valor de partición en condominio a esa toma de razón **(9)**. Mientras que desde otro sector de la doctrina se sostuvo que "la declaratoria de herederos sea inscripta en el Registro de la Propiedad no altera su intrínseca naturaleza: constituir el título hereditario oponible *erga omnes* que acredita ser heredero de quien figura como titular registral del inmueble. Pero nada más. La declaratoria, por sí sola, ni constituye, ni transmite, ni declara, ni modifica derechos reales sobre inmuebles" **(10)**.

Con la sanción del Código Civil y Comercial —art. 2363— se pone fin a la controversia, y, por ende, no se planteará polémica, solo con la partición cesará el estado de indivisión. Y así "la inscripción de la declaratoria de herederos o del auto que aprueba el testamento no hará cesar el fuero de atracción del juez del sucesorio (art. 2336)" **(11)**.

Por otra parte, "la acción para que el copartícipe obtenga su parte en bienes concretos será la de partición y no la de división de condominio, salvo claro está que hubieran optado por la adjudicación en condominio" **(12)**.

I.3. Caracteres

Los caracteres de la partición son:

a) Es integral; es decir, en principio debe abarcar todos los bienes indivisos para poner fin a la indivisión hereditaria, aunque la partición también puede ser parcial (art. 2367, Cód. Civ. y Com.) **(13)**.

b) Es obligatoria para todos los herederos, aunque existen excepciones, que admiten la postergación temporaria (arts. 2365, 2330 a 2334 del Cód. Civ. y Com.).

c) El derecho a pedirla es imprescriptible mientras dure el estado de indivisión (art. 2368, del Cód. Civ. y Com.).

d) Es declarativa y no atributiva de derechos; "la ley supone que los bienes asignados a cada heredero han sido de propiedad exclusiva de este desde el momento mismo de la muerte del

(7) KRASNOW, Adriana, ob. cit., p. 27.

(8) CÓRDOBA, Marcos M., "Código Civil y Comercial, comentado", Lorenzetti, Ricardo L. (dir.), Ed. Rubinzal-Culzoni, 2015, t. X, p. 680.

(9) FORNIELES, Salvador, "Tratado de las Sucesiones", Ed. TEA, 4ª ed., t. I, ps. 103-104, citado por ARIANNA, Carlos A., "Las reformas en materia de partición hereditaria", LA LEY 2016-F, p. 709.

(10) ZANNONI, Eduardo A., ob. cit., t. I, p. 565.

(11) ARIANNA, Carlos A., "Las reformas en materia de partición hereditaria", LA LEY 2016-F, p. 709. Asimismo, la SCBA ha sostenido: "... el fuero de atracción del juicio sucesorio se extingue con la partición de los bienes que componen el acervo hereditario y que la inscripción de la declaratoria de herederos o del testamento en el Registro de la Propiedad, deja subsistente el estado de indivisión" (conf. causas C. 119.854, "Araujo,", resol. de 13/05/2015; C. 121.019, "G., B. A.", resol. de 28/12/2016; C. 121.015, "Itoiz", resol. de 19/04/2017; C. 123.061, "Galea", resol. de 14/08/2019). (SCBA LP Rc 123965 I 16/06/2020, https://juba.scba.gov.ar/Busquedas.aspx).

(12) ARIANNA, Carlos A., ibid.., p. 709.

(13) AZPIRI, Jorge O., "Derecho Sucesorio", Ed. Hammurabi, 2017, 5ª ed., p. 190.

causante; que los ha recibido de este y no de sus coherederos" **(14)**.

e) Es retroactiva, como consecuencia del carácter declarativo. La partición tiene efecto retroactivo a la muerte del causante (art. 2403, Cód. Civ. y Com.).

I.4. Titulares del derecho a pedir la partición

Como principio general establece el art. 2364 del Cód. Civ. y Com.: "Pueden pedir la partición los copropietarios de la masa indivisa y los cesionarios de sus derechos. También pueden hacerlo, por vía de subrogación, sus acreedores, y los beneficiarios de legados o cargos que pesan sobre un heredero.

En caso de muerte de un heredero, o de cesión de sus derechos a varias personas, cualquiera de los herederos o cesionarios puede pedir la partición; pero si todos ellos lo hacen, deben unificar su representación".

De acuerdo con la norma, se encuentran legitimados para pedir la partición:

a) Los herederos.

Son los principales interesados, y pueden pedirla sea que su llamamiento se origine en la ley o por voluntad del testador.

b) Los cesionarios.

Los cesionarios pueden instar la partición, ya sea un cesionario total o parcial.

c) Los acreedores del heredero.

Los acreedores del heredero también pueden solicitar la partición. "Estos, para poder perseguir los bienes de su deudor, ejecutando la obligación, requieren de la previa partición, puesto que solo entonces quedan individualizados o determinados los bienes que, definitivamente, corresponden al obligado en pleno dominio" **(15)**. La acción que ejercen es la subrogatoria (art. 739 del Cód. Civ. y Com.).

No tienen legitimación los acreedores del causante, pues estos pueden cobrar sus créditos directamente de la masa indivisa y tienen preferencia respecto de los acreedores del heredero (art. 2316).

d) El heredero del heredero fallecido.

En el caso que, durante el trámite sucesorio, y antes de hacerse la partición uno de los coherederos muera, "dejando varios herederos, cada uno de estos puede pedir la partición; pero si todos o varios de ellos lo pidieran y quisieran intervenir en la división de la herencia, deberán obrar bajo una sola representación" **(16)**. También es de aplicación a los herederos de los cesionarios. "Es una disposición prudente, que tiende a evitar la complejidad excesiva del sucesorio" **(17)**.

e) Los beneficiarios de cargos o legados que pesen sobre un heredero.

Coincidimos que en este caso se da una situación peculiar, "ya que el responsable del cumplimiento de ese legado o del cargo será un heredero en particular. En tal supuesto, resulta viable que el beneficiario del legado o del cargo solicite la partición para que se individualicen los bienes que le van a corresponder al heredero obligado a cumplir con el legado o cargo" **(18)**. Cuando no se de esta situación, los legatarios pueden reclamar el cumplimiento del legado sin necesidad de partición.

Carecen del derecho a pedir la partición los legatarios particulares, pues pueden exigir la entrega de la cosa legada a los herederos o al albacea **(19)**.

f) El albacea.

También debe incluirse al albacea entre los legitimados para peticionar la partición, "en el supuesto de que existiendo herederos legítimos o instituidos estos permanezcan inactivos luego

(14) BORDA, Guillermo A., ob. cit., t. I, p. 400.

(15) ZANNONI, Eduardo A., ob. cit., t. I, p. 671.

(16) BORDA, Guillermo A., ob. cit., t. I, p. 414.

(17) BORDA, Guillermo A., ibid., p. 415.

(18) AZPIRI, Jorge O., ob. cit., p. 192.

(19) BORDA, Guillermo A., ob. cit., t. I, p. 412.

de ser intimados para promover el cese de la indivisión" **(20)**.

I.5. Herederos condicionales

Reza el art. 2366 del Cód. Civ. y Com.: "Los herederos instituidos bajo condición suspensiva no pueden pedir la partición mientras la condición no está cumplida, pero pueden pedirla los coherederos, asegurando el derecho de los herederos condicionales.

"Los instituidos bajo condición resolutoria pueden pedir la partición, pero deben asegurar el derecho de quienes los sustituyen al cumplirse la condición".

Es decir que "hasta que se produzca el evento que constituye la condición los designados bajo esta modalidad no son herederos. Tienen solo derecho en expectativa, por ello, no pueden pedir la partición. Sus coherederos pueden hacerlo y si los condicionales solicitan fianza deberán cumplirla. Si la condición fuese resolutoria quien ha sido designado bajo esa modalidad tiene un derecho actual o vigente y podrá solicitar la partición y hasta tanto se tenga certeza de su incumplimiento la partición será provisional" **(21)**.

"Lo dispuesto por el art. 2366 del Cód. Civ. y Com. no es más que la aplicación al caso de los herederos de los principios que corresponden a las condiciones suspensivas y resolutorias de los actos jurídicos que surgen del art. 348 del Cód. Civ. y Com." **(22)**.

I.6. Oportunidad para pedir la partición

El Código de Vélez establecía que la partición podía ser ejercida en todo tiempo y desde el momento de la muerte del causante, ello según surgía del art. 3452.

El Código Civil y Comercial posterga la oportunidad para pedir la partición o, como se ha expresado, precisa convenientemente la regla del art. 3452 **(23)**.

Según lo dispuesto por el art. 2365 del Cód. Civ. y Com.: "La partición puede ser solicitada en todo tiempo después de aprobados el inventario y avalúo de los bienes" **(24)**.

Es decir, deben seguirse los lineamientos de los arts. 2341 a 2344 del Cód. Civ. y Com. "Estas disposiciones están insertas dentro del proceso sucesorio lo cual evidencia la necesidad de su promoción para ejercer la acción (tít. VII). El inventario podrá ser sustituido por la denuncia de bienes por acuerdo unánime de los copropietarios de la masa indivisa, salvo que sean los acreedores quienes hayan pedido el inventario o lo imponga la ley (art. 2342). También podrá prescindirse del avalúo por peritos si media acuerdo unánime de los herederos y son todos capaces, pues nos hallamos frente a materia disponible. Caso contrario debe seguirse el procedimiento que fija el art. 2343.

(20) CÓRDOBA, Marcos M., ob. cit., t. X, p. 682.

(21) CÓRDOBA, Marcos M., ob. cit., t. X, p. 688.

(22) AZPIRI, Jorge O., ob. cit., p. 191.

(23) FERRER, Francisco A. M., "El Derecho de Sucesiones en el Proyecto de Código Civil y Comercial", http://www.rubinzalonline.com.ar/blog/wp-content/uploads/2013/05/ferrer1.pdf, p. 598. En jurisprudencia se ha especificado el alcance de la disposición en análisis: "En este expediente se ha denunciado un solo bien —automóvil— cuya adjudicación se solicita. Sin embargo, nada se ha dicho de otros bienes ni de la vivienda que fuera sede del hogar conyugal y morada actual de la viuda. También se ha omitido las operaciones de inventario y avalúo conforme lo dispone el art. 2341, Cód. Civ. y Com., y los herederos tampoco han renunciado al mecanismo de la denuncia de bienes del art. 2342, Cód. Civ. y Com. Todo esto impide determinar el contenido de la herencia, cobrar los créditos, pagar las deudas, legados, cargas, rendir cuentas y entregar los bienes. La adjudicación que se solicita solo es posible luego de contempladas operaciones de inventario y avalúo o la denuncia de bienes y avalúo de los arts. 2342 y 2343, Cód. Civ. y Com." (J. Civ. Com. Flia., Recreo Catamarca, "P., P. E. s/ sucesorio", del 30/10/2015, Cita online: AR/JUR/49813/2015).

(24) En doctrina, Lidia Hernández ha propuesto eliminar la referencia a "inventario y avalúo". Ello así pues la norma se encuentra en la parte general de partición. Y entiende que esa referencia a inventario y avalúo como necesarios solo puede referirse a la partición judicial o a la mixta, pero no a la privada. Concluye que con la redacción del artículo en estos términos parecería que la realización del inventario y el avalúo es una condición necesaria para pedir la partición, lo que no es así. (HERNÁNDEZ, Lidia, "Propuestas para una futura reforma del Código Civil y Comercial en materia sucesoria", RDF: 86, 10/09/2018, p. 51. Cita online: AR/DOC/3342/2018).

"Aunque los herederos hayan convenido una partición de uso y goce de los bienes indivisos, no impide que cualquiera de ellos inste la partición (art. 2370)" **(25)**.

Agrega la norma —art. 2365—, en forma novedosa, que "... cualquiera de los copartícipes puede pedir que la partición se postergue total o parcialmente por el tiempo que fije el juez si su realización inmediata puede redundar en perjuicio del valor de los bienes indivisos". Esta facultad entendemos debe interpretarse restrictivamente **(26)**.

I.7. Imprescriptibilidad de la acción

La acción de partición de herencia es imprescriptible mientras dure el estado de indivisión.

Conforme lo dispone el art. 2368 del Cód. Civ. y Com.: "La acción de partición de herencia es imprescriptible mientras continúe la indivisión, pero hay prescripción adquisitiva larga de los bienes individuales si la indivisión ha cesado de hecho porque alguno de los copartícipes han intervertido su título poseyéndolos como único propietario, durante el lapso que establece la ley".

La fuente de la norma es el art. 3460 del Código de Vélez. Sostenía Fornieles que "la razón de la imprescriptibilidad es que el motivo para dividir renace en cada momento que continúa la comunidad" **(27)**.

Ahora bien, en la segunda parte del artículo se trata de un supuesto de prescripción larga.

Por tanto, "el nuevo Código no ha innovado en materia de imprescriptibilidad de la acción de partición. El art. 2368, con mejor redacción mantiene la imprescriptibilidad mientras continúe la indivisión; si esta ha cesado de hecho porque algunos bienes han sido adquiridos, por prescripción adquisitiva larga (art. 1899), por alguno de los copartícipes que han intervertido su título, no se podrá pedir la partición pues el bien no integra la comunidad hereditaria" **(28)**.

En cuanto al plazo, debe ser computado a partir del momento en que el heredero ha comenzado a poseer de forma exclusiva **(29)**.

Como se advierte no se trata, estrictamente, de un supuesto de prescripción de la acción de partición **(30)**.

Con relación a la vía procesal para canalizar la oposición a la partición con invocación de la prescripción prevista en el art. 2368 se ha interpretado debe ser fuera del proceso sucesorio, pues excede el marco de este último **(31)**.

II. Modos de hacer la partición

II.1. Partición provisional y definitiva

"La partición definitiva es aquella que atribuye la propiedad exclusiva de los bienes a

(25) ARIANNA, Carlos A., ob. cit., ps. 709 y ss.

(26) ARIANNA, Carlos A., ob. cit., ps. 709 y ss.; AZPIRI, Jorge O., ob. cit., p. 193.

(27) PERRINO, Jorge O., "Derecho de las Sucesiones", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, vol. 2, 1ª ed., p. 1060.

(28) ARIANNA, Carlos A., ob. cit., ps. 709 y ss.

(29) MAFFÍA, Jorge O., "Tratado de las Sucesiones", Ed. Abeledo Perrot SA, 2012, 3ª ed., t. I, p. 639.

(30) En aplicación de este principio, en un antecedente donde se discutía la prescripción adquisitiva de un inmueble integrante del acervo hereditario, se sostuvo: "... En estos particulares supuestos de demandas de usucapión entre coherederos (como sucede en autos), o entre condóminos (caso análogo), se requiere mucho más que la prueba de la realización de los actos posesorios que evidencian una posesión continua de veinte años, con ánimo de tener la cosa para sí (...) es menester la acreditación por parte del actor de la intervención de su título de coposeedor por el de único poseedor, mediante la realización de actos inequívocos de exclusión de los demás coherederos o condóminos de la relación real con la cosa". C. Civ. y Com. Azul, sala II, "T. y A. A. J. s/ incidente de prescripción de acción de partición", del 29/06/2017, LLOnline; AR/JUR/42320/2017.

(31) Así señala la decisión: "... Con ello, tanto con la interpretación dada al artículo respectivo del Cód. Civil derogado, como según lo establecido en el art. 2368 del Cód. Civ. y Com., resulta atinada la decisión apelada, en cuanto dispone que deviene ineludible acudir a la vía procesal pertinente, fuera del presente sucesorio por exceder su marco, a fin de canalizar la oposición a la partición esgrimida por la apelante (...) invocando la prescripción prevista por el art. 3460 del Cód. Civil derogado. (C. Civ. y Com. Mercedes, sala I, 16/02/2016, "Leonardo, María Juana s/ sucesión ab intestato", Cita online: AR/JUR/1332/2016).

los herederos que resulten ser sus adjudicatarios" **(32)**.

En cambio, en lo atinente a la partición provisional "enseñaban Aubry y Rau, siguiendo a la doctrina francesa, que corresponde hablar de partición provisional, por voluntad de los coherederos, cuando la división recae solo sobre el uso y goce de los bienes indivisos, permaneciendo la indivisión sobre la propiedad de ellos" **(33)**.

En el art. 2370 del Cód. Civ. y Com. se estipula: "La partición se considera meramente provisional si los copartícipes solo han hecho una división del uso y goce de los bienes de la herencia, dejando indivisa la propiedad. La partición provisional no obsta al derecho de pedir la partición definitiva".

También existe partición provisional cuando alguno de los coherederos pide la partición existiendo un heredero condicional **(34)** (art. 2366, Cód. Civ. y Com.).

II.2. Partición total o parcial

Como principio la partición debe ser total, aunque se podrá realizar una partición parcial de los bienes hereditarios.

La partición total es aquella en la que quedan incluidos todos los bienes y otras relaciones jurídicas que integran la masa hereditaria y pone fin al estado de indivisión **(35)**.

La partición es parcial cuando algún bien, por alguna circunstancia, no es susceptible de partición inmediata.

Así el art. 2367 del Cód. Civ. y Com. dispone: "Si una parte de los bienes no es susceptible de división inmediata, se puede pedir la partición de los que son actualmente partibles".

Asimismo, en los supuestos de indivisión forzosa— arts. 2330 a 2334 del Cód. Civ. y Com.—; cuando no se pueda dividir los bienes si ello hace antieconómico el aprovechamiento de las partes —art. 2375 del Cód. Civ. y Com.— o en el caso del art. 2369 *in fine* cuando se reconoce a los copartícipes la posibilidad de hacer una partición privada parcial.

II.3. Partición privada y partición judicial

Existen básicamente tres formas de llevar a cabo la partición: privada, judicial y mixta **(36)**.

La partición puede conceptuarse como acto jurídico sustancial y como acto procesal **(37)**.

"Si la partición es concluida en forma privada tiene la naturaleza de acto jurídico y en consecuencia le serán aplicables las normas relativas a la invalidez e ineficacia del negocio. En cambio, si es judicial su naturaleza participa, a la vez, de un acto sustancial y de un acto procesal que culminará con la aprobación de la cuenta particionaria (art. 731 del Código Procesal)" **(38)**.

Por otro lado, en los casos en que se exige la partición judicial, su omisión conlleva a la nulidad relativa del acto, susceptible por ende de confirmación (arts. 382, 386 y 2409 del Cód. Civ. y Com.).

En principio el Código Civil y Comercial regula la partición privada (art. 2369) y la partición judicial (2371).

También, el actual Código regula la partición por donación y testamento de los ascendientes respecto a sus descendientes (art. 2411).

II.3.a. Partición privada

El art. 2369 del Cód. Civ. y Com. expresa: "Si todos los copartícipes están presentes y son plenamente capaces, la partición puede hacerse en la forma y por el acto que por unanimidad juz-

(32) AZPIRI, Jorge O., ob. cit., p. 195.

(33) AUBRY — RAU, "Cours de Detroit civil francais", t. VI, p. 539, citados por ZANNONI, Eduardo A., ob. cit., t. I, p. 669.

(34) CÓRDOBA, Marcos M., ob. cit., p. 697.

(35) CÓRDOBA, Marcos M., ob. cit., p. 692.

(36) RIVERA, Julio C. — MEDINA, Graciela (dirs.) — ROLLERI, Gabriel, "Manual de sucesiones", Ed. Abeledo Perrot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2017, 1ª ed., p. 408.

(37) ZANNONI, Eduardo A., ob. cit., t. I, p. 679.

(38) ARIANNA, Carlos A., ob. cit., ps. 709 y ss.

guen convenientes. La partición puede ser total o parcial".

Surge de la norma que "la partición no requiere una forma específica cuando se cumplen los siguientes requisitos: a) que todos los herederos sean capaces; b) cuando todos los herederos estén presentes; c) cuando obren todos con voluntad unánime" **(39)**.

Al señalar la plena capacidad impide se pueda realizar la partición privada si existen menores o mayores con capacidad restringida.

La exigencia referida a que todos los herederos estén presentes implica suponer que deba "considerarse presente al ausente que esté representado por mandatario con poder para partir y aprobar la partición. Ello así porque el vocablo presente no significa personalísimo, ni contemporaneidad" **(40)**.

Se requiere, además, la unanimidad, tanto para la forma como para el contenido de la partición **(41)**.

En cuanto a la forma, el Código no estableció una en forma particular, por lo que desde una posición se ha interpretado que debe aplicarse el art. 1017 del Cód. Civ. y Com., inc. a) que exige la escritura pública **(42)**.

Sin embargo, desde otra mirada se ha sostenido que si no tienen una forma determinada —art. 1015 del Cód. Civ. y Com.— nada impide que se formalicen en instrumento privado **(43)**.

Respecto del contenido de la partición, "puede hacerse de cualquier modo, sea en especie, vendiendo los bienes, haciendo lotes en los que se compensen con efectivo o con créditos contra los adjudicatarios de los bienes" **(44)**.

Así no corresponde que los jueces realicen el control del contenido de la partición, debiendo limitarse dicho control solo al cumplimiento de los requisitos que habilitan la partición privada. Es por ello por lo que cumplidos los recaudos de la norma la partición privada queda habilitada. Y se podría adjudicar bienes a uno solo de los coherederos **(45)**.

(39) CÓRDOBA, Marcos M., ob. cit., t. X, p. 694.

(40) PERRINO, Jorge O., ob. cit., vol. 2, p. 1067.

(41) Ahora bien, creo de interés reseñar, además, de este marco general que entiendo aplicable, lo decidido por mayoría en un fallo donde se discutió el alcance del silencio de una coheredera frente al pedido de venta directa formulado por los restantes herederos. Se sostuvo —en mayoría— que: "Si bien la oposición de uno de los herederos a la venta del bien resulta suficiente para obstar a la petición (...) considero, esa oposición debe ser expuesta de manera expresa y clara en el marco del proceso, dando las razones, sean económicas o afectivas por las cuales se asume la posición y permitir al judicante ponderar su responsabilidad". Desde otro costado, el voto en minoría argumentó que: "En el nuevo art. 263 del Cód. Civ. y Com. de la Nación (que reproduce textualmente el art. 919 del Cód. Civil derogado), se mantiene la regla del silencio negativo, esto es que no puede ser considerado como una manifestación tácita de voluntad de prestar conformidad al acto o interrogación, '... excepto en los casos en que haya un deber de expedirse que puede resultar de la ley, de la voluntad de las partes, de los usos y prácticas, o de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes'" (C. Civ. Com. Gualeguaychú, sala I, "L., V. F. G. M. R. y V. A. s/ sucesión ab intestato", del 13/10/2016, Cita online: AR/JUR/107616/2016).

(42) PÉREZ LASALA, José L., ob. cit., t. I, p. 697; AZPIRI, Jorge O., ob. cit., p. 197. Ver también "Sabene, Sebastián E. "Abordaje comparativo del condominio, la comunidad hereditaria y la indivisión poscomunitaria", LA LEY 2019-C-11, suplemento del 27/05/2019.

(43) GUARDIOLA, Juan José, "Modos y formas de partición", SJA 08/02/2017, Cita online: AR/DOC/500/2016.

(44) BORDA, Guillermo A., ob. cit., t. I, p. 420. También en jurisprudencia se ha establecido: "Al ser ello así, cada uno dispone de lo suyo como quiere, dentro de la más absoluta libertad de contratar. Por ello se ha resuelto que, habiendo conformidad, todo es admitido, incluso la adjudicación de lotes desiguales sin compensación..." (CNCiv., sala D, "Córdoba, Segundo P. c. Castellón, Azucena del Carmen", del 15/09/2015, Cita online: AR/JUR/42745/2015).

(45) IGLESIAS, Mariana, "Actualidad en Derecho Sucesorio" 1/2020 Publicado en: RDF. 2020-II, 297. Sin embargo, en un fallo se rechazó el pedido de homologación de una partición presentada al expediente por todos los herederos en la que adjudicaban la totalidad de los bienes del acervo (automóvil y chapa de taxi) a uno solo de ellos, sobre la base de que se trataba de una cesión de herencia. (CNCiv., sala B, 18/07/2019, "C., A. P. s/ sucesión ab intestato", cita online: AR/JUR/27288/2019).

Asimismo, la partición privada de la herencia, como acto jurídico puede quedar sujeta a modalidades **(46)**.

II.3.b. Partición judicial

Conforme el art. 2371 del Cód. Civ. y Com. la partición debe ser judicial en los siguientes casos:

a) Si hay copartícipes incapaces, con capacidad restringida o ausentes.Cuando existan incapaces o copartícipes con capacidad restringida, la partición judicial debe hacerse con intervención de sus representantes legales (arts. 26, 32 del Cód. Civ. y Com.).

Como reseñáramos, "la ausencia se refiere no solo a que no comparezcan personalmente sino también a que no actúen a través de un representante convencional" **(47)**.

b) Si terceros, fundándose en un interés legítimo, se oponen a que la partición se haga privadamente.Los terceros mencionados son los acreedores sea de la sucesión o de los herederos **(48)**. Es evidente el interés de estos últimos pues "los herederos podrían confabularse para formar uno de los lotes con los bienes de menor valor, defraudando así a sus acreedores" **(49)**.

c) Si los copartícipes son plenamente capaces y no acuerdan en hacer la partición privadamente.

Será suficiente que uno de los copartícipes se oponga a la partición privada para que deba efectuarse la partición judicial.

Es necesario relacionar esta disposición con lo dispuesto por el art. 689 del Cód. Civ. y Com., en cuanto les está prohibido a los padres hacer partición privada con su hijo de la herencia del progenitor prefallecido, como así de la herencia en que sean con él coherederos o colegatarios.

Cuando la partición se realiza en forma judicial se deberán observar los requisitos establecidos tanto en el Código Civil y Comercial como en los Códigos Procesales locales **(50)**.

II.3.c. Diligencias

II.3.c.i. Inventario y tasación

Inventario

En el marco de la legislación de fondo, "el inventario resulta obligatorio cuando no hay acuerdo entre los interesados para efectuar la denuncia de bienes, cuando ha sido pedido por acreedores, o cuando lo impone otra disposición legal (arts. 2341-2342), como lo es obviamente el art. 2371, que exige la partición judicial

(46) Así, en un precedente donde se debatía acerca del carácter de un convenio de división y adjudicación de partes de un edificio suscripto entre los herederos, se resolvió: "El hecho de que la adjudicación formal quedara sujeta a una condición suspensiva, no es suficiente para concluir sobre la ausencia de voluntad de poner fin al estado de indivisión que es propio de la partición. Es que la partición privada extrajudicial, como todo acto jurídico, puede quedar sujeto a modalidad sin que ello desnaturalice su calidad de tal, siempre que —como ocurre en la especie— de sus cláusulas se desprenda que la intención de adjudicar los departamentos fue con carácter definitivo y no meramente provisional" (CNCiv., sala A, "Olivan, Lorenzo s/ sucesión ab intestato", del 14/02/2019, Cita online: AR/JUR/869/2019).

(47) AZPIRI, Jorge A., ob. cit., p. 197.

(48) En este aspecto se ha decidido: "... El art. 2369 del Cód. Civ. y Com., en materia de partición del sucesorio, fija que la autonomía de la voluntad en supuestos de personas capaces y presentes. Sin embargo, ante la falta de acuerdo, incluso de terceros con un interés legítimo (art. 2371, inc. b, Cód. Civ. y Com.), la partición debe ser judicial. En el caso, los acreedores inhibientes del coheredero revisten tal carácter y, dado que la medida anotada impide que el inhibido disponga de los bienes —en este caso de la porción ideal de la herencia que le corresponde— es necesario, como lo señala el Magistrado a quo, que se acredite el levantamiento de las medidas o que aquellos presten conformidad al acto de disposición de ese todo ideal que significa la partición privada de la herencia, a partir de la cual el coheredero deudor adquiere derechos exclusivos sobre unos bienes determinados y pierde la vocación sobre una cuotaparte de la universalidad del acervo hereditario (CNCiv., sala B, "Rocca, Silvia E. s/ sucesión ab intestato", 24/10/2018, LLOnline: AR/JUR/53826/2018).

(49) BORDA, Guillermo A., ob. cit., t. I, p. 424.

(50) RIVERA, Julio C. — MEDINA, Graciela (dirs.) — ROLLERI, Gabriel, "Manual de sucesiones", Ed. Abeledo Perrot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2017, 1ª ed., p. 410. Ver también CASTRO MITAROTONDA, Fernando H., "Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires", Carlos A. Echevesti — Rosario Echevesti (Dirección). Capítulos: "Proceso Sucesorio", Ed. Hammurabi, 2019, 1ª ed., t. 2, p. 690.

a falta de acuerdo entre los copartícipes, en los casos en que estos son incapaces, con capacidad restringida o ausentes, o cuando se oponen a la partición privada terceros con interés legítimo" **(51)**.

"El Código unificado solo destina dos artículos al inventario, los arts. 2341 y 2342. En ellos se regulan aspectos fundamentales de la institución, dejando tácitamente librado a los Códigos procesales los otros aspectos" **(52)**.

El art. 2341 del Cód. Civ. y Com. expresa: "El inventario debe hacerse con citación de los herederos, acreedores y legatarios cuyo domicilio sea conocido.

"El inventario debe ser realizado en un plazo de tres meses desde que los acreedores o legatarios hayan intimado judicialmente a los herederos a su realización".

El inventario se encuentra, además, regulado en el art. 716 del Cód. Proc. Civ. y Com. **(53)** y art. 751 del Cód. Proc. Civ. y Com. Bs. As. **(54)**.

El momento oportuno para hacer la intimación comienza cuando los herederos han aceptado la herencia y puede ser llevada a cabo hasta que los derechos de los acreedores y legatarios prescriban **(55)**.

La consecuencia de la no realización del inventario está explicitada en el art. 2321, inc. a): "Responde con sus propios bienes por el pago de las deudas del causante y cargas de la herencia, el heredero que:

"a) no hace el inventario en el plazo de tres meses desde que los acreedores o legatarios lo intiman judicialmente a su realización".

El nombramiento del inventariador deberá seguir las pautas de los arts. 719, Cód. Proc. Civ. y Com. y 754, Cód. Proc. Civ. y Com. Bs. As. al no existir normas en la ley de fondo, y por tanto deberá designarse un escribano.

Denuncia de bienes

El art. 2342 establece: "Por la voluntad unánime de los copropietarios de la masa indivisa, el inventario puede ser sustituido por la denuncia de bienes, excepto que el inventario haya sido pedido por acreedores o lo imponga otra disposición de la ley".

"La norma establece la posibilidad de sustituir el inventario por la denuncia de bienes. Para ello requiere que medie acuerdo de todos los coherederos, por lo tanto, la oposición de uno de ellos provoca que no pueda tener lugar la sustitución" **(56)**.

Avalúo

Efectuado el inventario, se procede a valuar los bienes. El Código Civil de Vélez no establecía el avalúo de los bienes de la sucesión **(57)**.

Dice el art. 2443 del Cód. Civ. y Com.: "La valuación debe hacerse por quien designen los

(51) BELLUSCIO, Augusto C., "Los puntos fundamentales del Anteproyecto de Código Civil en materia de sucesiones", Suplemento JA 2012-III, fasc. 7, p. 6.

(52) PÉREZ LASALA, José L., ob. cit., t. I, p. 698.

(53) Art. 716: "El inventario y avalúo deberán hacerse judicialmente: 1) A pedido de un [1] heredero que no haya perdido o renunciado el beneficio de inventario. 2) Cuando no hubiere nombrado curador de la herencia. 3) Cuando lo solicitaren los acreedores de la herencia o de los herederos. 4) Cuando correspondiere por otra disposición de la ley. No tratándose de alguno de los casos previstos en los incisos anteriores, las partes podrán sustituir el inventario por la denuncia de bienes, previa conformidad del ministerio pupilar si existieren incapaces".

(54) Art. 751: "El inventario y avalúo deberán hacerse judicialmente: 1º) A pedido de un heredero que no haya perdido o renunciado el beneficio de inventario, o en el caso del art. 3363 del Cód. Civil. 2º) Cuando se hubiere nombrado curador de la herencia; 3º) Cuando lo solicitaren los acreedores de la herencia o de los herederos, o el organismo recaudador fiscal, y resultare necesario a criterio del juez; 4º) Cuando correspondiere por otra disposición de la ley. No tratándose de alguno de los casos previstos en los incisos anteriores, las partes podrán sustituir el inventario por la denuncia de bienes, previa conformidad del ministerio pupilar, si existieren incapaces. Si hubiese oposición del organismo recaudador fiscal, el juez resolverá en los términos del inc. 3º)".

(55) AZPIRI, Jorge O., ob. cit., p. 167.

(56) CÓRDOBA, Marcos M., ob. cit., t. X, p. 627.

(57) PODREZ, Yanis H., "Código Civil y Comercial, comentado, anotado y concordado", CLUSELLAS, Eduardo G. (coord.), Ed. Astrea - Fen Editora Notarial, Buenos Aires, 2015, 1ª ed., t. 8, p. 38.

copropietarios de la masa indivisa, si están de acuerdo y son todos plenamente capaces o, en caso contrario, por quien designa el juez, de acuerdo con la ley local. El valor de los bienes se debe fijar a la época más próxima posible al acto de partición".

A los efectos de la valuación de bienes muebles o inmuebles, "cuando no existe controversia se recurre a estimaciones coincidentes de los interesados o a información que resulte de pautas objetivas verificables" **(58)**. Así en el ámbito nacional se menciona que correspondería admitir la valuación fiscal para fijar la base de venta del único inmueble relicto. Y en la Provincia de Buenos Aires recurrir al art. 337 de la ley 10.397 con sus actualizaciones —tasas retributivas de servicios judiciales de la Provincia de Buenos Aires— el que fija a los fines de determinar el tributo para los inmuebles ubicados en la Provincia el valor que fija la agencia de recaudación respectiva **(59)**.

El avalúo, asimismo, se encuentra legislado en los arts. 722, Cód. Proc. Civ. y Com. **(60)** y 757 del Cód. Proc. Civ. y Com. Bs. As. **(61)**.

Coincidimos en que de existir alguna diferencia entre la ley de fondo y las normas procesales deberá prevaler la ley nacional. Se ha interpretado al respecto que "a pesar de esta diferencia debe prevalecer la norma de fondo, ya que tiene aplicación para todo el país y constituye una disposición básica que los ordenamientos adjetivos no pueden desconocer" **(62)**.

Impugnaciones

El art. 2344 del Cód. Civ. y Com. estipula: "Los copropietarios de la masa indivisa, los acreedores y legatarios pueden impugnar total o parcialmente el inventario y el avalúo o la denuncia de bienes.

"Si se demuestra que no es conforme al valor de los bienes, se ordena la retasa total o parcial de estos".

Se incorpora como legitimados a los acreedores y legatarios ya que el art. 3466 del Código de Vélez solo habilitaba a los herederos **(63)**.

Los arts. 724 **(64)** del Cód. Proc. Civ. y Com. y 759 **(65)** del Cód. Proc. Civ. y Com. Bs. As. reglan la impugnación del inventario y a avalúo.

De la armonización de la norma procesal y el art. 2344 del Cód. Civ. y Com. se desprende que podrán impugnar el avalúo y el inventario los copropietarios, los acreedores y legatarios, y las partes del proceso sucesorio **(66)**.

Conforme la última parte del artículo, "si el curso de la impugnación demostrare que el valor atribuido a los bienes en el avalúo o denuncia no se ajusta a lo que les corresponde, el juez dispone una retasa que puede dirigirse particularmente al bien, cuyo valor se considere diverso al asignado, o general cuando ello alcanza a todos los bienes sometidos a este proceso. Si la segunda tasación arrojase el mismo resultado que la primera, quien impugnó deberá cargar con las consecuencias del proceso ineficaz. Si el resultado fuese contrario el costo será a cargo de la masa" **(67)**.

Partidor

Dice el art. 2373 del Cód. Civ. y Com.: "La partición judicial se hace por un partidor, o por varios que actúan conjuntamente.

(58) CÓRDOBA, Marcos M., ob. cit., t. X, p. 630.

(59) CÓRDOBA, Marcos M., ob. cit., t. X, p. 631.

(60) Art. 722: "Solo serán valuados los bienes que hubiesen sido inventariados, y siempre que fuere posible, las diligencias de inventario y avalúo se realizarán simultáneamente. "El o los peritos serán designados de conformidad con lo establecido en el art. 719. "Podrán ser recusados por las causas establecidas para los Peritos".

(61) Art. 757, Idem art. 722, Cód. Proc. Civ. y Com.

(62) AZPIRI, Jorge O., ob. cit., p. 169.

(63) PODREZ, Yanis H., ob. cit., t. 8, p. 39.

(64) Art. 724: Impugnación al inventario o al avalúo. Agregados al proceso el inventario y el avalúo, se los pondrá de manifiesto en la secretaría por 5 días. Las partes serán notificadas por cédula. Vencido el plazo sin haberse deducido oposición, se aprobarán ambas operaciones sin más trámite.

(65) Art. 729: Idem, art. 724, Cód. Proc. Civ. y Com.

(66) PODREZ, Yanis H., ob. cit., t. 8, p. 39.

(67) CÓRDOBA, Marcos M., ob. cit., t. X, p. 633.

"A falta de acuerdo unánime de los copartícipes para su designación, el nombramiento debe ser hecho por el juez.

"El partidor es el encargado de llevar a cabo la división de la herencia, adjudicando los bienes en propiedad exclusiva a los coherederos" **(68)**.

Los arts. 727 del Cód. Proc. Civ. y Com. y 762 del Cód. Proc. Civ. y Com. Bs. As. especifican que el partidor deberá tener título de abogado y será nombrado en la forma dispuesta para el inventariador.

Designación y funciones

El perito tiene varias funciones: "a) realizar el inventario y avalúo de los bienes del acervo (arts. 2341 y 2343), b) formar la masa de bienes (art. 2376), c) determinar las deudas y cargas comunes (art. 2378), d) separar los bienes del acervo para abonar las deudas y gastos comunes, e) establecer el valor de las hijuelas de cada heredero, f) ocuparse de la formación de los lotes y asignación a cada copartícipe (arts. 2377-2378), g) presentar al juez de la sucesión la cuenta particionaria para su puesta en conocimiento de los interesados y su aprobación" **(69)**.

Composición de la masa

Dispone el art. 2376 del Cód. Civ. y Com.: "La masa partible comprende los bienes del causante que existen al tiempo de la partición o los que se han subrogado a ellos, y los acrecimientos de unos y otros. Se deducen las deudas y se agregan los valores que deben ser colacionados y los bienes sujetos a reducción".

La composición de la masa partible se integra con:

"a) los bienes del causante que existen al tiempo de la partición;

"b) los que se han subrogado en los bienes que existían al tiempo de la partición;

"c) los acrecimientos de ambos (a y b);

"d) los valores que deben ser colacionados (art. 2385, Cód. Civ. y Com. y ss.);

"e) los bienes sujetos a reducción (arts. 2452-2453, Cód. Civ. y Com.).

"Siempre esta masa partible exige que se deduzcan las deudas.

"De este modo se define la masa neta que se divide entre los coherederos" **(70)**.

Formación de los lotes

Expresa el art. 2377 del Cód. Civ. y Com.: "Para la formación de los lotes no se tiene en cuenta la naturaleza ni el destino de los bienes, excepto que sean aplicables las normas referentes a la atribución preferencial. Debe evitarse el parcelamiento de los inmuebles y la división de las empresas.

"Si la composición de la masa no permite formar lotes de igual valor, las diferencias entre el valor de los bienes que integran un lote y el monto de la hijuela correspondiente deben ser cubiertas con dinero, garantizándose el saldo pendiente a satisfacción del acreedor. El saldo no puede superar la mitad del valor del lote, excepto en el caso de atribución preferencial.

"Excepto acuerdo en contrario, si al deudor del saldo se le conceden plazos para el pago y, por circunstancias económicas, el valor de los bienes que le han sido atribuidos aumenta o disminuye apreciablemente, las sumas debidas aumentan o disminuyen en igual proporción.

"Si hay cosas gravadas con derechos reales de garantía, debe ponerse a cargo del adjudicatario la deuda respectiva, imputándose a la hijuela la diferencia entre el valor de la cosa y el importe de la deuda.

---

(68) AZPIRI, Jorge O., ob. cit., p. 199.

(69) CONSTANZO, Mariano — POSTERARO SÁNCHEZ, Leandro N., "Código Civil y Comercial, comentado, anotado y concordado", Clusellas Eduardo Gabriel (coord.), Ed. Astrea - Fen Editora Notarial, Buenos Aires, 2015, 1ª ed., t. 8, p. 125.

(70) LLOVERAS, Nora B. — ORLANDI, Olga E. — FARAONI, Fabián E., "Código Civil y Comercial de la Nación", Caramelo, Gustavo — Herrera, Marisa — Picasso, Sebastián (dirs.), Ed. Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica, Buenos Aires, 2015, t. VI, ps. 121-122, http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/Cód. Civ. y Com._Nacion_Comentado_Tomo_VI.pdf.

"Las sumas que deben ser colacionadas por uno de los coherederos se imputan a sus derechos sobre la masa".

Las directivas para la formación de los lotes son:

"a) no se tiene en cuenta la naturaleza ni el destino de los bienes, salvo que sean aplicables las normas referentes a la atribución preferencial (art. 2380, Cód. Civ. y Com. y concs.).

"La norma se refiere al destino de los bienes para formar las hijuelas. Es decir, a cómo se conforman los lotes. Por ello, no es necesario indicar que, si se trata de una persona casada bajo el régimen de comunidad de ganancias, deberán distinguirse los bienes propios y los bienes gananciales, según qué órdenes hereditarios concurran a la sucesión del causante, o qué si se trata de una adopción simple, habrá que efectuar algunas disquisiciones y otras disposiciones.

"b) A la par, debe intentarse evitar el parcelamiento de los inmuebles y la división de las empresas. El parcelamiento de algunos bienes, como los inmuebles, puede resultar antieconómico, lo que debe evitarse. La directriz general de conservación de la empresa luce aquí protegida.

"c) En principio, los lotes deben ser de igual valor. Sin embargo, se prevé, frente a la imposibilidad de construir lotes iguales, que las diferencias entre el valor de los bienes que integran un lote y el monto de la hijuela correspondiente deben ser cubiertas con dinero, garantizándose el saldo pendiente a satisfacción del acreedor.

"d) El saldo no puede superar la mitad del valor del lote, salvo en la atribución preferencial. Puede haber acuerdo o no.

"Si al deudor del saldo se le conceden plazos para el pago, y por circunstancias económicas, el valor de los bienes que le han sido atribuidos aumenta o disminuye apreciablemente, las sumas debidas aumentan o disminuyen en igual proporción, salvo acuerdo en contrario.

"e) Si en los lotes existen cosas gravadas con derechos reales de garantía, la deuda se pone a cargo del adjudicatario, imputándose a la hijuela la diferencia entre el valor de la cosa y el importe de la deuda.

"f) Las sumas que deben ser colacionadas por uno de los coherederos se imputan a sus derechos sobre la masa (arts. 2385, Cód. Civ. y Com. y ss.).

"Recordemos que el sistema opta por la colación en valores, en cuya virtud el valor debe ser adicionado a la masa, sumado, y atribuido a la hijuela del colacionante (art. 2396, Cód. Civ. y Com.)" **(71)**.

Cuenta particionaria

Como pautas para la realización de la cuenta particionaria, asimismo, cabe mencionar al principio de división en especie **(72)** y el de división antieconómica **(73)**. No debiendo soslayarse que existen bienes excluidos de la masa partible **(74)**.

La labor del partidor se refleja en las etapas de la cuenta particionaria que son las siguientes:

a) Prenotados:

"El partidor realiza una relación breve de las actuaciones del expediente sucesorio" **(75)**.

b) Cuerpo general de bienes:

"En esta etapa el partidor procede a detallar los bienes que formar el activo partible de la sucesión, lo que hará en partidas separadas y numeradas. Debe incluir los bienes hereditarios que surjan del inventario, con indicación del va-

(71) LLOVERAS, Nora B. — ORLANDI, Olga E. — FARAONI, Fabián E., ob. cit., t. VI, ps. 122-123.

(72) Art. 2374 del Cód. Civ. y Com.: "Si es posible dividir y adjudicar los bienes en especie, ninguno de los copartícipes puede exigir su venta. "En caso contrario, se debe proceder a la venta de los bienes y a la distribución del producto que se obtiene. También puede venderse parte de los bienes si es necesario para posibilitar la formación de los lotes".

(73) Art. 2375 del Cód. Civ. y Com.: Aunque los bienes sean divisibles, no se los debe dividir si ello hace antieconómico el aprovechamiento de las partes. Si no son licitados, pueden ser adjudicados a uno o varios de los copartícipes que los acepten, compensándose en dinero la diferencia entre el valor de los bienes y el monto de las hijuelas.

(74) Verbigracia: arts. 2330 a 2333, 2383, 2493, 2379 del Cód. Civ. y Com.

(75) ZANNONI, Eduardo A., ob. cit., t. I, p. 700.

lor de cada uno, de acuerdo con el avalúo. De la suma de ellos resultará el valor del cuerpo de bienes" **(76)**.

c) Bajas comunes:

En el capítulo de "bajas comunes deben incluirse no solo las deudas dejadas por el causante, sino también todos los legados particulares y todas las cargas de la sucesión" **(77)**. "Dentro de las deudas deben incluirse no solo los créditos contra el causante sino también los legados particulares por cuanto los legatarios son considerados como acreedores del fallecido" **(78)**.

Deben incluirse, además, las deudas que los herederos hubieran reconocido como de legítimo abono **(79)** y la obligación alimentaria surgente del art. 434, inc. a del Cód. Civ. y Com. **(80)**.

Las cargas, como surgía del derogado art. 3474 del Código anterior, son las obligaciones que han nacido después de la muerte del autor de la herencia, tales como los gastos funerarios y los relativos a la conservación liquidación y división de los derechos respectivos, inventarios, tasación, etc. **(81)**.

El art. 2384 del Cód. Civ. y Com. determina: "Los gastos causados por la partición o liquidación, y los hechos en beneficio común, se imputan a la masa.

"No son comunes los trabajos o desembolsos innecesarios o referentes a pedidos desestimados, los que deben ser soportados exclusivamente por los herederos que los causen".

Una vez individualizada todas las deudas que deben ser solventadas con los bienes hereditarios, es preciso formar la hijuela de bajas que consiste en la determinación de un lote de bienes destinado a la cancelación de dichas deudas **(82)**. Debiendo tenerse en cuenta lo dispuesto por el art. 2378 del Cód. Civ. y Com.

d) Líquido partible:

"Es la operación aritmética por la cual se resta el valor de las bajas comunes al valor del cuerpo general de bienes. El resultado es la masa líquida partible que se distribuirá efectivamente entre los herederos" **(83)**.

e) División:

"Consiste en determinar en valores lo que corresponde a cada heredero. Es decir, la indicación de cuánto le corresponde recibir en valores monetarios" **(84)**.

f) Adjudicación:

La adjudicación de los bienes a los herederos es la última parte de la cuenta particionaria y, en definitiva, el objetivo final de la partición. En ella, el partidor, debe asignar o adjudicar a cada coheredero bienes o valores de la sucesión de acuerdo con el valor determinado en la división. Este conjunto de bienes que le sea adjudicado a cada heredero es lo que se denomina "hijuela".

Asignación de los lotes

"La adjudicación de los bienes es el objetivo final de la partición para los herederos" **(85)**.

(76) RIVERA, Julio C. — MEDINA, Graciela (dirs.) — ROLLERI, Gabriel, "Manual de sucesiones", Ed. Abeledo Perrot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2017, 1ª ed., p. 414.

(77) AZPIRI, Jorge O., "Derecho Sucesorio", Buenos Aires, 2006, 4ª ed. actualizada, p. 434.

(78) AZPIRI, Jorge, ibid.., p. 435.

(79) Art. 2357 del Cód. Civ. y Com.: Los herederos pueden reconocer a los acreedores del causante que solicitan la declaración de legítimo abono de sus créditos. Emitida tal declaración por el juez, el acreedor reconocido debe ser pagado según el orden establecido por el artículo siguiente. A falta de reconocimiento expreso y unánime de los herederos, el acreedor está facultado para deducir las acciones que le corresponden.

(80) Las prestaciones alimentarias pueden ser fijadas aun después del divorcio: a) a favor de quien padece una enfermedad grave preexistente al divorcio que le impide autosustentarse. Si el alimentante fallece, la obligación se transmite a sus herederos.

(81) AZPIRI, Jorge O., "Derecho...", ob. cit., 4ª ed. actualizada, p. 435.

(82) AZPIRI, Jorge O., "Derecho...", ob. cit., 4ª ed. actualizada, p. 436.

(83) RIVERA Julio C. — MEDINA, Graciela (dirs.) — ROLLERI, Gabriel, ob. cit., p. 415.

(84) PÉREZ LASALA, José L., ob. cit., t. I, p. 714.

(85) CÓRDOBA, Marcos M., ob. cit., t. X, p. 718.

Dice el art. 2378 del Cód. Civ. y Com.: "Los lotes correspondientes a hijuelas de igual monto deben ser asignados por el partidor con la conformidad de los herederos y, en caso de oposición de alguno de estos, por sorteo.

"En todo caso se deben reservar bienes suficientes para solventar las deudas y cargas pendientes, así como los legados impagos.

"Pagadas las deudas y los legados, los bienes se parten entre los coherederos.

Los lotes deben ser de igual valor. Siendo de igual valor o monto, las hijuelas deben ser adjudicadas por el partidor, con la conformidad de los coherederos, como regla. En caso de oposición de alguno de los herederos, los lotes se asignan por sorteo. Algunos códigos procesales ya preveían la posibilidad del sorteo frente a los desacuerdos de los copartícipes" **(86)**.

Partición en especie

El principio de división en especie supone "distribuir los bienes entre los herederos, sin necesidad de recurrir a su venta. Por tanto, el lote de cada heredero se va a constituir con los bienes existentes en el haber sucesorio" **(87)**.

El Código Civil y Comercial recepta este principio en el art. 2374: "Si es posible dividir y adjudicar los bienes en especie, ninguno de los copartícipes puede exigir su venta.

"En caso contrario, se debe proceder a la venta de los bienes y a la distribución del producto que se obtiene. También puede venderse parte de los bienes si es necesario para posibilitar la formación de los lotes".

Es decir, si los bienes "se pueden adjudicar en especie, ninguno puede exigir su venta. Ninguno, ni la mayoría, ni la unanimidad puede exigir la venta. La partición en especie solo puede dejarse de lado cuando haya imposibilidad material de dividir los bienes" **(88)**.

Por ende, "el principio de división en especie no reviste carácter absoluto, reconociendo algunas excepciones que desembocarán en la venta de los bienes que integran el caudal relicto" **(89)**.

Así, excepcionalmente, "procede la venta y el consiguiente reparto del precio: a) cuando la división en especie es material o jurídicamente imposible y no se pueden adjudicar los bienes a uno de los herederos por no poder compensar los lotes de los demás (p. ej., cuando existe como único bien un automotor); b) cuando las compensaciones dinerarias a favor del titular de un lote menor exceden la mitad del valor del lote (art. 2377, párr. 2º, última parte); c) cuando la venta es necesaria para pagar las deudas y cargas sucesorias, aunque en este caso debe limitarse a lo necesario para cubrir el pasivo" **(90)**.

División antieconómica

El art. 2375 del Cód. Civ. y Com. estipula: "Aunque los bienes sean divisibles, no se los debe dividir si ello hace antieconómico el aprovechamiento de las partes.

"Si no son licitados, pueden ser adjudicados a uno o varios de los copartícipes que los acepten, compensándose en dinero la diferencia entre el valor de los bienes y el monto de las hijuelas".

El código fija el principio que no cabe efectuar la división en especie si es antieconómico el aprovechamiento de las partes. En tal caso, se prevén distintas opciones: la licitación o la adjudicación a uno o varios herederos compensándolos en dinero.

Licitación

1. Antecedentes

En el anterior Código Civil ya no existía norma alguna que hiciera referencia a la licitación entre los coherederos respecto de algún bien del acervo. La ley 17.711 había derogado el originario art. 3467, el cual establecía: "Cada uno de los herederos tiene el derecho de licitar algunos de los bienes hereditarios, ofreciendo tomarlos por mayor valor que el de la tasación; y en tal caso

(86) LLOVERAS, Nora B. — ORLANDI, Olga E. — FARAONI, Fabián E., ob. cit., t. VI, p. 124.

(87) PERRINO, Jorge O., ob. cit., vol. 2, p. 1062.

(88) PÉREZ LASALA, José L., ob. cit., t. I, p. 712.

(89) PERRINO, Jorge O., ob. cit., vol. 2, p. 1064.

(90) PÉREZ LASALA, José L., ob. cit., t. I, p. 712.

se le adjudicarán por el valor que resultare en la liquidación. De este derecho no puede usarse, cuando los herederos, teniendo conocimiento de la tasación, nada le han opuesto, y la partición se ha hecho por el valor regulado de los bienes" **(91)**.

2. Regulación actual

En el Código Civil y Comercial se ha restablecido el instituto en el art. 2372: "Cualquiera de los copartícipes puede pedir la licitación de alguno de los bienes de la herencia para que se le adjudique dentro de su hijuela por un valor superior al del avalúo, si los demás copartícipes no superan su oferta. Efectuada la licitación entre los herederos, el bien licitado debe ser imputado a la hijuela del adquirente, por el valor obtenido en la licitación, quedando de ese modo modificado el avalúo de ese bien.

"La oferta puede hacerse por dos o más copartícipes, caso en el cual el bien se adjudica en copropiedad a los licitantes, y se imputa proporcionalmente en la hijuela de cada uno de ellos.

"No puede pedirse la licitación después de pasados treinta días de la aprobación de la tasación".

En las Jornadas Nacionales de Derecho Civil se sostuvo: "El mecanismo de la licitación regulado en el art. 2372 del Cód. Civ. y Com. debe interpretarse con amplitud, admitiendo que el copartícipe ofrezca un monto superior al de su hijuela, en cuyo caso tendrá que compensar a los coherederos abonándoles el saldo en dinero y al contado". La expresión del primer párrafo del art. 2372 del Cód. Civ. y Com. en cuanto dispone "se le adjudique dentro de su hijuela" no constituye un límite cuantitativo para la oferta del licitante **(92)**.

3. Concepto

"La licitación es un medio de dividir la cosa entre herederos, por ello no intervienen extraños en el acto. Si así fuese se convertiría en una venta y no una división en forma de licitación" **(93)**.

Por otra parte, es un procedimiento, "por el cual se faculta a cualquiera de los copartícipes en una herencia a solicitar la adjudicación en su hijuela de uno o más bienes del acervo, ofreciendo un valor superior al del avalúo. Es una especie de compulsa privada entre los copartícipes por la cual se adjudicará el bien a aquel que ofrezca un valor superior al avalúo y a los demás" **(94)**.

4. Legitimados

Se encuentran legitimados los copartícipes en la indivisión de la herencia.

Se ha propuesto, en este punto, para una mayor claridad del artículo modificar la frase "cualquiera de los partícipes" por "los integrantes de la comunidad hereditaria o sus cesionarios se encuentran legitimados para pedir la licitación" **(95)**.

5. Efecto

"Efectuada la licitación entre los coherederos, el bien licitado se incluye en la hijuela del adquirente. Esta incorporación del bien se computa por el valor que el bien licitado obtuvo en la licitación. Por esta vía, se modifica el avalúo otorgado a ese bien, en las operaciones que preceden la partición. En la licitación no es necesario erogar la diferencia entre el valor que proviene de la tasación y el valor que se consigna en la oferta que se realiza, ya que la licitación se resuelve a través de la adjudicación por el mayor valor ofrecido" **(96)**.

(91) COSTANZO, Mariano — POSTERANO SÁNCHEZ, Leandro, "Código...", ob. cit., t. 8, p. 118.

(92) XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, La Plata 28, 29 y 30 de septiembre de 2017, LLOnline AR/DOC/2708/2017.

(93) LLERENA, Baldomero, "Concordancias y comentarios del Código Civil argentino", Ed. Jacobo Peuser, Buenos Aires, 1903, 2ª ed., t. 9, p. 349, citado por CÓRDOBA, Marcos M., ob. cit., t. X, p. 699.

(94) COSTANZO, Mariano — POSTERANO SÁNCHEZ, Leandro, "Código Civil...", ob. cit., p. 120.

(95) HERNÁNDEZ Lidia, "Propuestas para una futura reforma del Código Civil y Comercial en materia sucesoria", RDF: 86, 10/09/2018, p. 51. Cita online: AR/DOC/3342/2018.

(96) LLOVERAS, Nora B. — ORLANDI, Olga E. — FARAONI, Fabián E., ob. cit., p. 118.

6. Bienes que se excluyen de la partición

Existen bienes que no deben ser incluidos en la partición, sea en forma temporal o porque por su naturaleza no son objeto de división **(97)**.

Podemos esquematizarlos de la siguiente forma:

a) Los bienes sujetos a indivisión forzosa, contemplado en los arts. 2330 a 2333 del Cód. Civ. y Com., temporariamente no quedarían incluidos en la indivisión forzosa.

b) El inmueble que resulte afectado por el derecho real de habitación amparado en el art. 2383 del Cód. Civ. y Com.

c) Los bienes asignados a un fideicomiso (art. 2493, Cód. Civ. y Com.).

d) Los objetos y documentos que tienen un valor de afección u honorífico (art. 2379, Cód. Civ. y Com.).

e) Sepulcros. "En el supuesto de los sepulcros, cuando sobre ellos existe un derecho de propiedad este se transmite a los herederos por causa de muerte (art. 2112, Cód. Civ. y Com. y concs.), pero deben quedar en estado de indivisión por la finalidad y custodia afectiva que ostentan" **(98)**.

II.3.d. Partición mixta

En el Código de Vélez se legislaba la partición mixta. Por un lado, en el art. 1184, inc. 2º. "Deben ser hechos en escritura pública, con excepción de los que fuesen celebrados en subasta pública:... 2) Las particiones extrajudiciales de herencias, salvo que mediare convenio por instrumento privado presentado al juez de la sucesión".

Y por otro, en el art. 3515 del código derogado: "Los ascendientes que nombren tutores a sus descendientes menores, pueden autorizarlos para que hagan los inventarios, tasaciones y particiones de sus bienes extrajudicialmente, presentándolas después a los jueces para su aprobación.

"Estas disposiciones no aparecen en forma expresa en el actual plexo normativo **(99)**.

"Con relación al art. 3515 del Cód. Civ. y Com., 'no ha sido reiterado en el Código Civil y Comercial, en cuyo régimen los inventarios, tasaciones y particiones en sucesiones en que concurran menores siempre deben ser judiciales' (arts. 115, 689, 2369 y 2371, inc. a, Cód. Civil)" **(100)**.

Tampoco el art. 1184, inc. 2º ha sido incluido en la nueva normativa.

Ferrer interpreta que la ausencia de norma no impide que se la siga practicando, pues la redacción del texto del art. 2369 del Cód. Civ. y Com. es suficientemente amplia **(101)**: "Si todos los copartícipes están presentes y son plenamente capaces, la partición puede hacerse en la forma y por el acto que por unanimidad juzguen convenientes. La partición puede ser total o parcial".

"No exige la formalidad de la escritura pública, y los herederos de común acuerdo pueden libremente elegir la forma y el acto por el cual concretarán la división de los bienes. Quiere decir, entonces, que perfectamente pueden realizar la partición en un documento privado y presentarlo al juez para su aprobación, pues no hay ningún obstáculo legal para ello" **(102)**.

"La naturaleza de tal convenio particionario, que puede abarcar la totalidad o solo una parte de la herencia, es la de un contrato plurilateral,

(97) AZPIRI, Jorge O., ob. cit., p. 203.

(98) LLOVERAS, Nora B. — ORLANDI, Olga E. — FARAONI, Fabián E., ob. cit., t. VI, p. 125.

(99) Caparelli aclara que la utilización de las expresiones "partición mixta" y "negocio mixto" pueden llevar a una cierta confusión. Se trata, sin embargo, de dos conceptos diferentes. La partición mixta se refiere a una forma de partición que resulta intermedia entre la partición privada y la partición judicial, mientras que la denominación "negocio mixto" o partición con saldo apunta a la incorporación de dinero ajeno a los bienes del sucesorio o de bienes pertenecientes a un heredero que puede ser dado en pago como compensación. (CAPARELLI, Julio C., "Partición privada de herencia", DFyP 2017, 12/07/2017, p. 167. Cita online: AR/DOC/1571/2017).

(100) FERRER, Francisco, "La Partición Mixta de la Herencia", LA LEY 2016-F, ps. 886 y ss.

(101) FERRER, Francisco, ibid., ps. 886 y ss.

(102) FERRER, Francisco, ibid., ps. 886 y ss.

consensual, de carácter declarativo y con efecto retroactivo, y por ende, gratuito, en el cual si el consentimiento de una de las partes es nulo, ello causa la nulidad íntegra de la partición; no rige en él la condición resolutoria tácita; no intervienen terceros peritos para inventariar o tasar o partir los bienes, y, por último, impera la autonomía de la voluntad de las partes respecto a la forma de distribuirse los bienes y composición de los lotes" **(103)**.

A su vez, en las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, se sostuvo: "Los convenios particionarios pueden celebrarse a partir de la muerte del causante y son vinculantes para los herederos o cesionarios que la celebren. El Código Civil y Comercial acepta los convenios mixtos entendiendo por tales los celebrados en forma privada y presentados para su homologación judicial" **(104)**.

III. Efectos de la partición

III.1. Carácter declarativo

III.1.a. Introducción

El art. 2403 reza: "La partición es declarativa y no traslativa de derechos. En razón de ella, se juzga que cada heredero sucede solo e inmediatamente al causante en los bienes comprendidos en su hijuela y en los que se le atribuyen por licitación, y que no tuvo derecho alguno en los que corresponden a sus coherederos.

"Igual solución se entiende respecto de los bienes atribuidos por cualquier otro acto que ha tenido por efecto hacer cesar la indivisión totalmente, o de manera parcial solo respecto a ciertos bienes o herederos.

"Los actos válidamente otorgados respecto de algún bien de la masa hereditaria conservan sus efectos a consecuencia de la partición, sea quien sea el adjudicatario de los bienes que fueron objeto de esos actos".

La naturaleza de la partición tiene efecto declarativo, concepción que está consagrada en el art. 2403 del Cód. Civ. y Com.

Expresa Ferrer que de tal precepto "surge claramente que la partición no es traslativa ni constitutiva de derechos, porque no transfiere, ni constituye derechos, sino que es declarativa, porque se limita a reconocer y determinar un derecho preexistente, ya adquirido por una situación anterior (el llamamiento a la herencia y su aceptación)" **(105)**.

"La naturaleza declarativa atribuida por la ley, importa a la vez su carácter distributivo, que consiste en liquidar y distribuir los bienes que componen la masa hereditaria indivisa entre los coherederos, con lo cual se determina materialmente la parte concreta de bienes que corresponde a cada uno de ellos en función de su cuota ideal sobre la herencia. El derecho que el coheredero adquiere por transmisión hereditaria del difunto y que consiste en una cuota flotante e indeterminada sobre la masa hereditaria indivisa, por medio de la partición se fija y determina en bienes singulares que se le asignan hasta cubrir el valor de su cuota. La división vale para materializar el objeto del derecho de cada copartícipe: la cuota abstracta en la comunidad hereditaria se transforma en derecho concreto y exclusivo sobre bienes determinados, aboliendo retroactivamente el originario estado de comunidad. La división no hace otra cosa que traducir la abstracción en realidad: ella concierne al objeto del derecho, no al derecho hereditario mismo, que no es ni cambiado, ni alterado, sino solo determinado y materializado en bienes concretos. Es el mismo derecho que pertenece al heredero antes y después de la partición; su derecho privativo existe desde el deceso del causante, pero se 'declara' por la partición, que define su objeto" **(106)**.

De ahí, entonces, que la partición no es causa de adquisición de los bienes, pues la porción indivisa de la herencia ya se adquirió al momento de apertura de la sucesión, y se consolidó por

(103) FERRER, Francisco, ibid., ps. 886 y ss.

(104) XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, La Plata 28,29 y 30 de septiembre de 2017, LLonline AR/DOC/2708/2017.

(105) FERRER, Francisco A. M., "Partición hereditaria: noción y alcances de su efecto declarativo", RCCyC 2017 (febrero), p. 181, Cita Online: AR/DOC/3988/2016.

(106) GRIMALDI, Michel, "Droit civil. Successions", Litec, París, 1989, nro. 912, p. 836, citado por FERRER, ibid.

la aceptación de la herencia que tiene efecto retroactivo a ese momento (art. 2291, Cód. Civ. y Com.) **(107)**.

III.1.b. Efectos

Los efectos o consecuencias que emanan del carácter declarativo son:

a) "Se reputa que los derechos atribuidos a cada heredero los ha recibido directamente del causante y los tiene desde el mismo momento del fallecimiento" **(108)**.

b) "Si el adjudicatario ha estado en la posesión material de los bienes hereditarios, se reputa que ha tenido la posesión desde el momento de la muerte del causante" **(109)**.

c) "Los embargos trabados por los acreedores particulares de los herederos caducarán si el bien sobre el cual recargan se adjudica a otro; salvo el derecho del acreedor de impugnar por fraude la partición" **(110)**.

d) "La partición está exenta del impuesto a la transmisión, puesto que no hace más que declarar el derecho recibido al momento de la muerte del causante" **(111)**.

e) "La partición es un acto determinativo de los bienes en los cuales cada heredero ha sucedido del causante" **(112)**.

En la segunda parte del art. 2403 del Cód. Civ. y Com. se lee: "Igual solución se entiende respecto de los bienes atribuidos por cualquier otro acto que ha tenido por efecto hacer cesar la indivisión totalmente, o de manera parcial solo respecto a ciertos bienes o ciertos herederos".

El segundo párrafo de la norma se ha interpretado que tiene su origen en el art. 883, párr. 2º del Código francés, "que aplica el efecto declarativo a cualquier otro acto que tenga por efecto poner fin a la indivisión. Esto no es exacto en el ordenamiento aceptado por el nuevo Código, en el que algunos actos que ponen fin a la indivisión no tienen efectos declarativos, por ejemplo, cuando un tercero adquiere el único bien (inmueble) del sucesorio mediante la prescripción larga" **(113)**.

La última parte de la norma establece: "Los actos válidamente otorgados respecto de algún bien de la masa hereditaria conservan sus efectos a consecuencia de la partición, sea quien sea el adjudicatario de los bienes que fueron objeto de esos actos".

Se trata de actos de disposición, que conservan su validez después de la partición. El art. 2353 del Cód. Civ. y Com., referido a la administración de bienes, en su segundo párrafo dice: "Para la enajenación de otros bienes, necesita acuerdo unánime de los herederos o, en su defecto, autorización judicial".

III.2. Efectos derivados de la garantía

La ley consagra a través de los arts. 2404 y 2407 del Cód. Civ. y Com. las garantías de evección y defectos ocultos de los bienes que les han correspondido en la partición.

Se ha sostenido que la regulación de estas garantías no se compadece con el efecto declarativo de la partición, "porque si los bienes adjudicados a cada heredero se juzgan recibidos directamente del causante, no se explica que los coherederos deban la garantía de evicción o de vicios redhibitorios" **(114)**. Sin embargo, las garantías "no resultan de la circunstancia

(107) FERRER, ibid.

(108) BORDA, Guillermo A., ob. cit., t. I, p. 443. Así se ha decidido: "la partición es declarativa y no atributiva de derechos, dado que los bienes comprendidos en la porción de cada heredero le pertenecen en propiedad desde el momento mismo de la muerte del causante y que son recibidos directamente del mismo y no de sus coherederos. La norma considera que cada heredero ha recibido del causante solo e inmediatamente los bienes comprendidos en su hijuela y que no tiene derecho alguno sobre los bienes atribuidos a los otros coherederos. (C.Civ. y Com. La Plata, "Colombini, Esteban y otros s/ sucesión ab intestato", Causa 118414, del 23/05/2019 https://juba.scba.gov.ar/Busquedas.aspx).

(109) PÉREZ LASALA, José L., ob. cit., t. I, p. 722.

(110) BORDA, Guillermo A., ob. cit., t. I, p. 446.

(111) PÉREZ LASALA, José L., ob. cit., t. I, p. 722.

(112) PERRINO, Jorge O., ob. cit., vol. 2, p. 1173.

(113) PÉREZ LASALA, José L., ob. cit., t. I, p. 722.

(114) BORDA, Guillermo A., ob. cit., t. I, p. 447.

de que haya una transferencia de dominio: se fundan exclusivamente en el principio de la igualdad que es de la esencia misma de toda partición" **(115)**.

III.2.a. Garantía de evicción

El art. 2404 establece: "En caso de evicción de los bienes adjudicados, o de sufrir el adjudicatario alguna turbación del derecho en el goce pacífico de aquellos, o de las servidumbres en razón de causa anterior a la partición, cada uno de los herederos responde por la correspondiente indemnización en proporción a su parte, soportando el heredero vencido o perjudicado la parte que le toque. Si alguno de los herederos resulta insolvente, su contribución debe ser cubierta por todos los demás.

"Ninguno de los herederos puede excusar su responsabilidad por haber perecido los bienes adjudicados en la partición, aunque haya sido por caso fortuito".

Se regula "la garantía de evicción en tres grandes líneas:

"a) la evicción de los bienes adjudicados;

"b) la evicción si se sufre alguna turbación de derecho en el goce pacífico de esos bienes adjudicados; y

"c) la evicción en el caso del derecho de servidumbre (arts. 1887, inc. k y 2162, Cód. Civ. y Com. y concs.), aunque la causa sea anterior a la partición" **(116)**.

III.2.b. Requisitos

Para que proceda la evicción se requieren los siguientes requisitos:

a) Que la evicción o turbación sea de una época anterior a la partición. En caso de créditos adjudicados a un heredero, "los coherederos únicamente responden por la insolvencia del deudor cuando esta sea anterior a la partición, pero no por la posterior" **(117)** y si se ha operado la usucapión a favor de un tercero respecto a alguno de los bienes contenidos en un lote, con posterioridad a la partición, la garantía no funciona **(118)**.

b) La evicción no puede ser por culpa del heredero. "Ello sucederá cuando omitió emplazar a los coherederos que hubieran podido impedirla, o si hubiera dejado de alegar oportunamente en el juicio en que fue vencido alguna defensa apta para que ello no ocurriera, por ejemplo, la prescripción, o cuando fue negligente en la producción de la prueba ofrecida" **(119)**.

c) Que el acto de partición no contenga cláusula de exoneración de garantía. Establece el art. 2406: "La garantía de evicción no tiene lugar cuando es expresamente excluida en el acto de partición respecto de un riesgo determinado...".

III.2.c. Distribución de la responsabilidad

Conforme el art. 2404 del Cód. Civ. y Com., "cada uno de los herederos responde por la correspondiente indemnización en proporción a su parte, soportando el heredero vencido o perjudicado la parte que le toque. Si alguno de los herederos resulta insolvente, su contribución debe ser cubierta por todos los demás".

De esta forma, "la partición subsiste y cada uno mantiene su lote. La obligación de garantía se traduce en pagar al coheredero perjudicado una indemnización en proporción a su cuota" **(120)**.

Además, "la responsabilidad de garantía debida entre coherederos no se excusa por no haber podido ser prevista la evicción. La ley prevé en este caso una excepción al principio general que rige el caso fortuito creando esta disposición en contrario" **(121)**.

(115) ZANNONI, Eduardo A., ob. cit., t. I, p. 706.

(116) LLOVERAS, Nora B. — ORLANDI, Olga E. — FARAONI, Fabián E., ob. cit., t. VI, p. 146.

(117) PERRINO, Jorge O., ob. cit., vol. 2, p. 1174.

(118) BORDA, Guillermo A., ob. cit., p. 448, PERRINO, ob. cit., p. 1175.

(119) PERRINO, Jorge O., ob. cit., vol. 2, p. 1177.

(120) PERRINO, Jorge O., ob. cit., vol. 2, p. 1181.

(121) CÓRDOBA, Marcos M., ob. cit., p. 771.

III.2.d. Extensión de la obligación de garantía

El art. 2405 del Cód. Civ. y Com. expresa: "La garantía de evicción se debe por el valor de los bienes al tiempo en que se produce. Si se trata de créditos, la garantía de evicción asegura su existencia y la solvencia del deudor al tiempo de la partición".

Surge por una parte que la indemnización debe ser calculada del valor que la cosa tenía no a la época de la partición sino a la época de la evicción, y por otra, con relación a los créditos la garantía de evicción asegura su existencia y la solvencia del deudor al tiempo de la partición, pero no su efectivización **(122)**.

El Código Civil y Comercial ha eliminado la facultad de los coherederos "consistente en la opción de compensar a quien sufrió la pérdida o exigir una nueva partición" **(123)**.

III.2.e. Exclusión de la garantía

El art. 2406 del Cód. Civ. y Com. dispone: "La garantía de evicción no tiene lugar cuando es expresamente excluida en el acto de partición respecto de un riesgo determinado; tampoco cuando la evicción se produce por culpa del coheredero que la sufre. El conocimiento por el adjudicatario al tiempo de la partición del peligro de evicción no excluye la garantía".

La norma tiene como fuente el art. 3511 del Código de Vélez **(124)** y especifica los dos supuestos donde la garantía de evicción no tiene lugar:

a) Cuando fue expresamente excluida en el acto de partición respecto de un riesgo determinado.

b) Cuando la evicción se produce por culpa del coheredero que la sufre.

Frente a las dos hipótesis señaladas, "se prevé que la circunstancia de que el adjudicatario al tiempo de la partición conozca el peligro por evicción, no se prescinde de la garantía, y que la misma debe hacerse efectiva. En materia sucesoria, el conocimiento de la posibilidad de evicción no afecta la garantía, ya que el heredero no ignora el peligro, pero conoce el remedio —que es la garantía—" **(125)**.

III.2.f. Prescripción

No hay plazo especial para la prescripción, por lo que se aplica el plazo genérico de cinco años del art. 2560 del Cód. Civ. y Com., contados desde el día en que la evicción se produce.

III.3. Vicios ocultos

De acuerdo con lo dispuesto por el art. 2407 del Cód. Civ. y Com.: "Los coherederos se deben recíprocamente garantía de los defectos ocultos de los bienes adjudicados".

"Resulta de aplicación lo dispuesto en el art. 1051, Cód. Civ. y Com. y ss. La norma referida contempla el contenido de la responsabilidad por los vicios ocultos que se extiende a estos supuestos:

"a) los defectos no comprendidos en las exclusiones del art. 1053, Cód. Civ. y Com.; y

"b) los vicios redhibitorios, considerándose tales los defectos que hacen a la cosa impropia para su destino por razones estructurales o funcionales, o que disminuyen su utilidad a tal extremo que, de haberlos conocido, el adquirente no la habría adquirido o su contraprestación hubiese sido significativamente menor" **(126)**.

La nueva normativa ha eliminado lo surgente del art. 3510 *in fine del* Cód. Civil derogado que condicionaba la garantía a que la disminución, por defectos ocultos fuese al menos de una cuarta parte del precio de lo adjudicado **(127)**.

(122) CÓRDOBA, Marcos M., ibid., p. 773.

(123) CÓRDOBA, Marcos M., ibid., p. 773.

(124) Art. 3511, Cód. Civil: "La obligación de la garantía cesa solo cuando ha sido expresamente renunciada en el acto de la partición, y respecto a un caso determinado de evicción. Una cláusula general por la cual los herederos se librasen recíprocamente de toda obligación de garantía es de ningún valor".

(125) LLOVERAS, Nora B. — ORLANDI, Olga E. — FARAONI, Fabián E., ob. cit., t. VI, p. 148.

(126) LLOVERAS, Nora B. — ORLANDI, Olga E. — FARAONI, Fabián E., ibid., p. 148.

(127) CÓRDOBA, Marcos M., ob. cit., p. 776.

Se ha previsto en el Código Civil y Comercial el plazo de un año de prescripción, de acuerdo con el art. 2564 inc. a), el cual se computará desde que el vicio deja de ser oculto y se hace conocido **(128)**.

III.4. Nulidad y reforma de la partición

III.4.a. Introducción

El Código Civil de Vélez no contaba con normas específicas sobre la nulidad de la partición. Surgía, sin embargo, una mención en el inc. 2º del art. 3284 **(129)** y en la nota al art. 3514 **(130)**.

El Código Civil y Comercial el art. 2408 regula las causas de nulidad de la partición: "La partición puede ser invalidada por las mismas causas que pueden serlo los actos jurídicos".

"La parte perjudicada tiene varias opciones: a) solicitar la nulidad de la partición; b) que se efectúe una partición complementaria o rectificativa; y c) que se le atribuya un complemento a su porción" **(131)**.

Al tratarse la partición de "un acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato la adquisición, modificación y extinción de relaciones y situaciones jurídicas, queda comprendida en los términos del art. 259 y es susceptible, como tal, de las mismas causas de nulidad" **(132)**.

Por ende, serán causas suficientes para sustentar la invalidez del acto, la incapacidad de las partes, la inobservancia de las formas, la omisión de uno de los herederos o la existencia de vicios de la voluntad **(133)**.

III.5. Partición privada

En el caso de la partición privada, el acto participa de los elementos comunes a todo a acto jurídico y a raíz de ello, deben aplicarse las normas específicas de la ineficacia de los actos jurídicos establecidos en los arts. 382 y ss. **(134)**.

En cuanto a las características de la acción "los arts. 2408 a 2410 Cód. Civ. y Com. regulan la nulidad de la partición y remiten en la privada solo a los vicios del acto jurídico —y no a los del proceso aplicables a las judiciales—, con su consecuente carácter de nulidad relativa" **(135)**.

"En consecuencia, es confirmable y renunciable su acción, en forma expresa o tácita, como lo ratifica la norma del art. 2410, Cód. Civ. y Com. al prohibir la admisión de la acción de nulidad de la partición por quien enajenó bienes de su lote previamente (confirmación tácita)" **(136)**.

III.6. Partición judicial

Si la partición se efectúa en forma judicial, su naturaleza participa, de un acto jurídico sustancial y de un acto procesal en la medida que es necesario realizar diversas etapas que requieren actividad jurisdiccional **(137)**.

III.6.a. Nulidad procesal

Los vicios del procedimiento han de jugar cuando se trata de la partición judicial **(138)**. En tal supuesto, "el proceso partitivo, en sus distintas y sucesivas etapas, puede ser atacado de nulidad con relación al acto procesal viciado y en las condiciones que prevén los códigos de procedimiento" **(139)**.

(128) CÓRDOBA, Marcos M., ibid., p. 776.

(129) Art. 3284, inc. 2º, Cód. Civil: La jurisdicción sobre la sucesión corresponde a los jueces del lugar del último domicilio del difunto. Ante los jueces de ese lugar deben entablarse: inc. 2º. Las demandas relativas a las garantías de los lotes entre los copartícipes, y las que tiendan a la reforma o nulidad de la partición.

(130) Nota al art. 3514, Cód. Civil de Vélez.

(131) LLOVERAS, Nora B. — ORLANDI, Olga E. — FARAONI, Fabián E., ob. cit., t. VI, p. 149.

(132) CÓRDOBA, Marcos M., ob. cit., p. 778.

(133) MAFFÍA, Jorge O., ob. cit., t. I, p. 686.

(134) CÓRDOBA, Marcos M., ob. cit., p. 778.

(135) LAMBER, Néstor, "El título de adjudicación de inmueble por partición privada de la indivisión hereditaria", http://www.revista-notariado.org.ar/2017/06/el-titulo-de-adjudicacion-de-inmueble-por-particion-privada-de-la-indivision-hereditaria-y-poscomunitaria/.

(136) LAMBER, ibid.

(137) CÓRDOBA, Marcos M., ob. cit., p. 778.

(138) MAFFÍA, Jorge O., ob. cit., p. 687.

(139) ZANNONI, Eduardo A., ob. cit., p. 710.

Pero no deducida la nulidad, el acto procesal quedará consentido y la preclusión impedirá su ulterior impugnación **(140)**.

III.6.b. Nulidad sustancial

Sin embargo, a pesar de la firmeza como acto procesal, para Zannoni la partición como acto jurídico, trasciende la cosa juzgada material, propia de la sentencia que homologa o aprueba la partición **(141)**.

De esta forma, y aunque hubiese adquirido la eficacia de la cosa juzgada como acto o negocio procesal, la partición puede estar afectada desde el lado de los requisitos de validez sustancial **(142)**.

III.7. Acción de complemento

Dispone el art. 2408 del Cód. Civ. y Com.: "El art. 2408 se aplica a todo acto, cualquiera que sea su denominación, cuyo objeto sea hacer cesar la indivisión entre los coherederos, excepto que se trate de una cesión de derechos hereditarios entre coherederos en la que existe un alea expresada y aceptada".

Se estructura a través de la norma la posibilidad de pedir la reforma de la partición o su complemento, respecto de todo acto cualquiera sea su denominación, que tenga por objeto hacer cesar la indivisión entre los coherederos **(143)**. Entre ellos las "adjudicaciones de bienes muebles, inmuebles registrables; la adjudicación de créditos, la adjudicación de objetos con el fin de atribuir el uso y goce específico de algún bien a un heredero por un tiempo determinado" **(144)**.

III.8. Casos en que no son admisibles las acciones

Dispone el art. 2410 del Cód. Civ. y Com.: "Las acciones previstas en este capítulo no son admisibles si el coheredero que las intenta enajena en todo o en parte su lote después de la cesación de la violencia, o del descubrimiento del dolo, el error o la lesión".

Si se realizaron actos de enajenación de los bienes adjudicados luego de conocer el vicio, dicho comportamiento ha saneado la deficiencia **(145)**. Ello armoniza, además, con la disposición del art. 393, Cód. Civ. y Com. **(146)**.

III.9. Prescripción

No hay plazo especial para la prescripción, por lo que se aplica el plazo genérico de cinco años del art. 2560 del Cód. Civ. y Com., cuando se accione por vicios de forma de la partición.

En el supuesto de vicios de la voluntad, entendemos corresponde la aplicación del plazo de dos años en virtud de lo surgente de los arts. 2562 y 2563, inc. a) del Cód. Civ. y Com.

IV. Reflexión final

Ha sido nuestro propósito mostrar de modo sintético la regulación de la partición en el Código Civil y Comercial, la interpretación que se ha dado a las normas con la última reforma, y la reacción de la jurisprudencia con relación a este instituto.

(140) CÓRDOBA, Marcos M., ob. cit., p. 778.

(141) ZANNONI, Eduardo A., ob. cit., p. 710.

(142) ZANNONI, Eduardo A., ob. cit., p. 710.

(143) LLOVERAS, Nora B. — ORLANDI, Olga E. — FARAONI, Fabián E., ob. cit., t. VI, p. 149.

(144) RIVERA, Julio C. — MEDINA, Graciela (dirs.) — ROLLERI, Gabriel, ob. cit., p. 451.

(145) AZPIRI, Jorge O., "Código Civil y Comercial de la Nación", Alberto J. Bueres (dir.), Ed. Hammurabi, 2015, 6ª reimp., p. 567.

(146) Art. 393, Cód. Civ. y Com.: "Hay confirmación cuando la parte que puede articular la nulidad relativa manifiesta expresa o tácitamente su voluntad de tener al acto por válido, después de haber desaparecido la causa de nulidad. El acto de confirmación no requiere la conformidad de la otra parte".

La cesión de derechos hereditarios y la responsabilidad por evicción en el Código Civil y Comercial

Luis Francisco Márquez Chada (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Preliminar.— III. La cesión de derechos. Su relación con la cesión de herencia. Abordaje legislativo.— IV. La obligación de saneamiento. Su relación con la evicción en el Código Civil y Comercial.— V. Supuesto especial de evicción en materia de cesión de derechos hereditarios.

I. Introducción

A diferencia de su antecesor, el novel digesto ha regulado expresamente el contrato de cesión de herencia en los artículos que van del 2302 al 2309, Cód. Civ. y Com. Si bien la nueva norma ha sido producto de condensar criterios de creación pretoriana, que se sustentaban en la exégesis de la norma positiva entonces vigente, considero pertinente a la luz de la nueva regulación desarrollar la garantía por evicción en los contratos de cesión de derechos hereditarios.

Cabe destacar que el tema a tratar pareciera circunscripto a un artículo especial consagrado en el nuevo Código —art. 2305, Cód. Civ. y Com.—, sin embargo, resulta menester efectuar un análisis holístico del contexto normativo donde dicha norma se encuentra inserta. A tal efecto, y con estricta finalidad metodológica, me referiré sucintamente al contrato de cesión de derechos hereditarios para luego ingresar en el análisis de los efectos *inter partes* y, finalmente, al alcance de la garantía de evicción.

II. Preliminar

Es menester poner de resalto que la cesión de herencia participa de la naturaleza de los contratos, ello obliga al operador jurídico a realizar una interpretación integral de las fuentes, en los términos propuestos por los arts. 1° y 2° del nuevo Código. Como cuestión preliminar, cabe expresar que el art. 398, Cód. Civ. y Com. establece el principio de libre transmisibilidad de derechos en la medida que de ellos deriven derechos y obligaciones, a la vez que establece las excepciones a dicha regla. Seguidamente, el art. 400 del novel digesto civil define el concepto de sucesor universal como "el que recibe todo o una parte indivisa del patrimonio de otro". Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo precitado, y en base a los argumentos jurídicos que se expondrán a continuación, vale aclarar que el cesionario de derechos hereditarios no reviste la calidad de sucesor universal del causante sino de sucesor particular del cedente, con la particularidad de que el objeto del contrato es una universalidad. Adunado a ello, desde la perspectiva subjetiva operaría un desdoblamiento: por un lado, se encuentra el cedente quien mantiene su título de heredero —como sucesor universal del causante— dado que se transmiten calidades inherentes a la persona no susceptibles de transferencia; y por el otro, el cesionario —como sucesor a título singular del heredero cedente— que recibe el conjunto de derechos y obligaciones patrimoniales del causante existentes a la fecha de apertura de la sucesión

(*) Abogado (UCA). Doctorando en Derecho (UBA). Especialización (en curso) en Derecho Tributario (UCA), para la Magistratura (UCA) en Derecho de Daños (UCA), en Derecho del Trabajo (UCA), en Derecho Sucesorio (UNR) y en Derecho de Infancia, Adolescencia y Familia (UCA). Maestría en Justicia Constitucional y Derechos Humanos (Alma Mater Studiorum - Università di Bologna). Juez de primera instancia del Juzgado Civil y Comercial con competencia laboral en el departamento de Victoria, provincia de Entre Ríos.

que se mantienen indivisos. En pocas palabras puede decirse que el cesionario es un sucesor particular del cedente que tiene por objeto una universalidad.

III. La cesión de derechos. Su relación con la cesión de herencia. Abordaje legislativo

El Código Civil y Comercial de la Nación no se ocupa de conceptualizar el contrato de cesión de herencia, sino que refiere a aspectos esenciales de este. Es por ello por lo que el intérprete debe recurrir a las normas concordantes dentro del digesto. En este entendimiento, resulta propicio integrar la regulación especial —art. 2302 al 2315 del Cód. Civ. y Com.— con la tipificación del contrato de cesión de derechos contemplada en los art. 1614 al 1631, Cód. Civ. y Com. Ello así por cuanto existe una relación género-especie entre el contrato cesión de derechos y de herencia, respectivamente.

Sin embargo, cabe remitirse a la definición que otorga el art. 1614, Cód. Civ. y Com. previo a referirse a las particularidades de la cesión de herencia. En tal sentido, el artículo citado dispone: "Hay contrato de cesión cuando una de las partes transfiere a la otra un derecho. Se aplican a la cesión de derechos las reglas de la compraventa, de la permuta o de la donación, según que se haya realizado con la contraprestación de un precio en dinero, de la transmisión de la propiedad de un bien, o sin contraprestación, respectivamente, en tanto no estén modificadas por las de este Capítulo". El artículo referenciado, lejos de brindar una definición que permita discernir la esencia del contrato, se limita a efectuar reenvío normativo o remisión expresa a las reglas que rigen otros contratos desde la perspectiva de la presencia y/o alcance de la contraprestación según corresponda. Sin embargo, como veremos, a efectos de verificar si estamos ante un supuesto donde se torne operativa la garantía de evicción dicha característica adquiere singular relevancia.

Ahora bien, es posible definir la cesión de derechos hereditarios como un contrato, oneroso o gratuito, en virtud del cual el heredero transfiere a otra persona —en sentido lato— la totalidad o una parte alícuota del conjunto de derechos y obligaciones patrimoniales que le corresponden en una sucesión determinada. Si bien el cesionario se coloca en la posición que tenía el cedente dentro de la sucesión, ello no conlleva que el heredero deje de ser tal por cuanto dicha calidad es personal e intransferible.

Ahora bien, cobra especial relevancia destacar que el objeto del contrato de cesión de herencia lo constituye una universalidad jurídica o una parte alícuota de esta. Es decir, el heredero cede una porción indivisa de lo que le corresponde. Como consecuencia lógica de lo expresado, así como de lo legislado en los art. 2280 y 2317, Cód. Civ. y Com., "la cesión de herencia no hace perder al heredero cedente el beneficio de la limitación de su responsabilidad" **(1)**.

En base a lo esgrimido con antelación en cuanto al objeto del contrato bajo estudio, surge con claridad meridiana que la cesión de derechos hereditarios puede ser celebrada desde el fallecimiento del causante hasta la adjudicación de bienes. Ello así pues con la partición cesa el estado de indivisión o comunidad hereditaria. En consecuencia, aun cuando quedar pendiente la inscripción registral de las hijuelas, una vez aprobada la cuenta particionaria, la universalidad no podrá ser objeto del contrato de cesión, sino que cada heredero podrá ceder sus derechos sobre los bienes que le han sido adjudicados a título singular en los términos y con el alcance dispuesto por el art. 1614, Cód. Civ. y Com.

Es imperativo destacar que existen características esenciales a la cesión de herencia, entre las que es posible enumerar: que es un contrato consensual, formal, aleatorio y traslativo. En cuanto a la primera característica, es posible advertir —sin temor a equivocarse— que el contrato de cesión de derechos hereditarios se perfecciona por el mero acuerdo de voluntades. De allí se deriva que el contrato pueda reputarse traslativo dado que transmite los derechos por la sola fuerza del contrato, colocando al cesionario en la posición que detentaba el cedente —heredero— respecto del causante.

(1) FERRER, Francisco A. M., "Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético — Segunda Edición", Jorge H. Alterini (dir.) y Ignacio A. Alterini (coord.), LA LEY, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Año 2016, t. XI, p. 191.

En cuanto a la forma idónea para instrumentar la cesión de derechos hereditarios, el art. 1618, inc. a), Cód. Civ. y Com. exige que debe ser realizada mediante escritura pública. Perez Lasala **(2)**, considera que atento la escritura pública no ha sido exigida bajo pena de nulidad —adquiriendo el carácter de solemnidad relativa—, sería válida entre las partes la cesión realizada en instrumento privado como acto por el cual las partes se obligan a celebrar la escritura pública (art. 1018, Cód. Civ. y Com.), y ante la negativa del cedente a otorgarla, bien podría demandarlo por escrituración si se encuentran cumplidas las prestaciones.

En lo que atañe a la aleatoriedad del contrato, se encuentra dada por la indeterminación del objeto del contrato, que es una universalidad jurídica **(3)** determinándose los derechos del cesionario al momento de la partición. Este requisito resulta trascendental en materia de responsabilidad por evicción del cedente y resulta imperioso comprender su alcance a efectos de no desvirtuar su contenido, ampliándola o restringiéndola. Ello será tratado en oportunidad de referirme al art. 2305, Cód. Civ. y Com.

Ahora bien, a efectos de determinar el alcance de la obligación de saneamiento referenciada, deberá considerarse si —en el particular— el contrato de cesión de derechos hereditarios ha sido celebrado como oneroso o gratuito. Cada supuesto será analizado ut infra con las implicancias propias. Adunado a ello, es menester sustraer —a estos efectos— un supuesto que no constituye una cesión de herencia en sí, sino una renuncia a la herencia. Dicho caso se verifica cuando un heredero cede gratuitamente a favor de todos los coherederos sin alterar sus porciones hereditarias. El supuesto mencionado, en tanto no configura una cesión de herencia, no puede ser alcanzado por dicho régimen ni la garantía de evicción que será tratada seguidamente en el apartado III.

En lo que concierne al momento en que comienza a producir efectos del contrato de cesión de herencia, cabe distinguir entre dos supuestos desde la perspectiva de lo subjetivo: *inter partes* (cedente/cesionario) que opera desde la celebración y frente a *terceros* (coherederos, legatarios, acreedores de la sucesión y de los herederos) desde que la escritura pública se incorpora al expediente sucesorio. Adunado a ello, respecto al deudor de un crédito de la herencia, también tercero a estos efectos, el inc. c) del art. 2302, Cód. Civ. y Com. requiere que se lo notifique de la cesión.

Sin ingresar en el debate doctrinario en materia de publicidad, que en la actualidad mantiene vigencia y sin perjuicio que a mi criterio no resulta del todo satisfactoria la solución legislativa y por consiguiente no me enrolo en la postura autoral que la sostiene, el Código Civil y Comercial ha determinado que la publicidad de la cesión de derechos hereditarios se satisface al agregar al expediente judicial el instrumento que la sustenta. No parece acertada la solución aceptada y ha sido flanco de válidas críticas, en cuanto a que es una solución conceptualista que no se ocupa de la protección de los terceros. Sin embargo, los detractores de dicha doctrina proponen una oponibilidad desde la inscripción en registros personales, lo que también es objeto de críticas y numerosas falencias. Finalmente, Acuña Anzorena proponía —en función de la falta de regulación especial en el Código derogado— que la cesión de derechos hereditarios no necesitaba de publicidad para producir efectos respecto de los terceros. Esta postura, ha sido dejada de lado luego de la sanción del novel digesto por cuanto el valladar que sostenía el autor fue derribado por la legislación positiva. Asimismo, y sin perjuicio que el sistema de publicidad actual adolece de varias falencias que la hacen poco idónea para lograr los efectos queridos, resulta una solución pragmática en la praxis judicial nacional. Ello así, en el entendimiento que Argentina se caracteriza por un sistema registral variopinto, puesto que en cada jurisdicción provincial —atento ser una competencia no delegada por las provincias a la Nación— se han adoptado diversos sistemas de publicidad en lo atinente a las anotaciones personales.

Finalmente adquiere singular relevancia, en función del tema a tratar en el presente, lo concerniente a los derechos que adquiere el cesio-

(2) PEREZ LASALA, José Luis, "Tratado de sucesiones, Parte Especial", Rubinzal Culzoni editores, Santa Fe, 2014, 1ª ed.

(3) GUASTAVINO, Elías P., "Limites a la invocabilidad del álea en la cesión de herencia", JA 8-330 Año 1970.

nario en la herencia. En el cesionario sustituye al cedente en la misma posición jurídica que detenta en la sucesión del causante. Dependiendo del objeto del contrato, será en la misma proporción de la porción hereditaria del cedente o bien en una parte alícuota de esta. Resulta imperativo destacar que, conforme dispone el art. 2304, Cód. Civ. y Com., el cesionario asume la posición que detentaba el heredero a la fecha de apertura de la sucesión, salvo pacto expreso o reserva en sentido contrario. De tal modo, ante ausencia de convención al respecto —prima la autonomía de la voluntad—, supletoriamente la norma citada intercede a favor del cesionario. De allí se deriva como consecuencia que, si el heredero gravó, consumió y/o enajenó bienes del acervo entre la apertura de la sucesión y la cesión de derechos, deba resarcir al cesionario hasta la diferencia de valor al momento de abrirse el sucesorio. Constituye una excepción a esta regla lo atinente a los frutos percibidos en dicha etapa, los que lógicamente no deben restituirse.

La explicación a esta disposición surge de la lógica que impone la delación de la herencia en el novel digesto. Es decir, conforme establece el art. 2337, Cód. Civ. y Com. ss. y cc., a la apertura de la sucesión —con el fallecimiento del causante— opera la transmisión hereditaria y la consiguiente adquisición del acervo hereditario. A ello cabe agregar que la cesión de herencia reviste un acto de aceptación de herencia tácito, conforme lo normado por el art. 2294, inc. e), f), g) —supuestos de cesión de herencia, en sentido lato—.

IV. La obligación de saneamiento. Su relación con la evicción en el Código Civil y Comercial

IV.1. Obligación de saneamiento

El art. 1033 del Cód. Civ. y Com. otorga un marco regulatorio general a la obligación de saneamiento, individualizando el artículo siguiente como comprendidas en esta categoría la garantía por evicción y por vicios ocultos. Cabe destacar que el art. 1033 delimita subjetivamente quiénes deben responder, lo que permite colegir los supuestos que se encuentran alcanzados. En tal sentido, por vía inductiva de los supuestos particulares, puede determinarse objetivamente que la obligación de saneamiento es un "efecto natural de aquellos negocios transmisivos de derechos a título oneroso y de la partición de bienes" **(4)**.

En el sentido antes expresado, los Dres. Hernández y Frustagli atinadamente sostienen que el régimen general adoptado por el nuevo Código —en cuanto a la obligación de saneamiento— brinda mayores herramientas al acreedor procurando conservar el vínculo contractual al subsanar el defecto y proveer la reparación de los perjuicios. De esta manera, la norma propende a equilibrar las prestaciones en los contratos que tienen por objeto la transmisión de bienes a título oneroso. Asimismo, y en términos generales, los autores señalan que quedaría alcanzada la partición privada —art. 2369, Cód. Civ. y Com.— en tanto constituye —en sentido lato— un acuerdo patrimonial de índole contractual de la cual resulta la adjudicación de derechos.

El art. 1033, Cód. Civ. y Com. enuncia, como he dicho precedentemente, tres supuestos o sujetos responsables por saneamiento, a saber: primero apunta a quienes enajenan derechos patrimoniales a título oneroso, puesto que esta obligación solo excepcionalmente existe en las liberalidades. Luego, el segundo inciso contempla el su supuesto que se verifica entre quienes han dividido bienes con otros, y finalmente, el tercer inciso se ocupa a los transmitentes a título oneroso respecto de los subadquirentes siempre que el vicio haya existido al momento de transferir el bien.

Atento que los artículos bajo comentario contemplan un régimen general de la obligación de saneamiento, los términos gramaticales empleados resultan sumamente abarcativos. A modo de ejemplo, al referir a bienes, el término comprende todo derecho susceptible de apreciación pecuniaria, dentro de los cuales se encuentran los derechos hereditarios. Asimismo, al tratar operaciones realizadas a título oneroso, dicha referencia resulta comprensiva tanto de

(4) LORENZETTI, Ricardo Luis, "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2015, 1ª ed., t. VI, arts. 1033 a 1058 Cód. Civ. y Com., autores de las glosas Dres. CARLOS A. HERNÁNDEZ y SANDRA A. FRUSTAGLI, p. 53.

los contratos contemplados en el novel digesto como los denominados atípicos. En lo que atañe al tema bajo tratamiento, la cesión de herencia —como vengo sosteniendo— ha sido expresamente consagrada. Adunado a ello, no puede perderse de vista que en principio resulta dable abordar la obligación saneamiento —género— para luego tratar la garantía por evicción —especie—.

IV.2. Responsabilidad por evicción

IV.2.a. Aspectos generales

A efectos de iniciar el análisis de la responsabilidad por evicción cabe situarse en la norma especial prevista en el Código Civil y Comercial —art, 1044— que si bien no se ocupa de conceptualizarla, establece el contenido a partir de la enumeración de una serie de supuestos. En este entendimiento, resulta posible inferir el alcance de la responsabilidad por evicción en el caso particular. Esta regla se erige como general y comprende a todos los contratos que tengan por objeto la transmisión de derechos a título oneroso. De esta manera, en la evicción se limitan los supuestos alcanzados —en términos generales— para el saneamiento, lo que se fundamenta en que la primera es una especie de la segunda, que es el género.

Los Dres. Hernández y Frustagli, condensando las exigencias que deben verificarse para que se configure la evicción, brindan una definición respecto a cuando se configura la evicción, al decir que "habrá evicción cuando un tercero, mediante un reclamo fundado, turba o priva —total o parcialmente— al adquirente de un derecho a título oneroso (art. 1033) al cuestionar la existencia o legitimidad del derecho transmitido, invocando para ello una causa anterior o contemporánea a la adquisición" **(5)**. Seguidamente, los autores citados se remiten a los supuestos excluidos, los cuales se lucen en el art. 1045, Cód. Civ. y Com.

Para arribar a la definición antes reseñada, es menester recordar los requisitos legales imprescindibles para que se configure la evicción, entre los que se encuentran: la ilegitimidad o inexistencia del derecho que se transmite, la turbación o privación de un derecho, mero reclamo fundado de un tercero —innecesariedad de sentencia judicial—, causa contemporánea o anterior a la adquisición —término utilizado en sentido amplio—, onerosidad —propia de la obligación de saneamiento—.

Como contrapartida, las exclusiones previstas por el art. 1045, Cód. Civ. y Com. delimitan el campo de acción de la garantía por evicción complementando al artículo antecesor por antonomasia. En tal sentido, reza la norma: "La responsabilidad por evicción no comprende: a) las turbaciones de hecho causadas por terceros ajenos al transmitente; b) las turbaciones de derecho provenientes de una disposición legal; c) la evicción resultante de un derecho de origen anterior a la transferencia, y consolidado posteriormente. Sin embargo, el tribunal puede apartarse de esta disposición si hay un desequilibrio económico desproporcionado". La parte final del artículo citado permite al magistrado efectuar un encuadramiento normativo que incluya un supuesto excluido por la ley, todo lo que resulta novedoso. Sin embargo, tal facultad deberá ser —a mi criterio— ejercida dentro del marco de la traba de la litis en orden a preservar el principio de congruencia. Asimismo, no deberán desvirtuarse los requisitos que informan la obligación de saneamiento, puesto que —de lo contrario— derivaría en una creación pretoriana. Dicho ello, considero que la parte que lo interese debe solicitar la inclusión del supuesto expresamente excluido —aunque sea tácitamente— lo que puede inferirse de la pretensión en el postulado que corresponda.

IV.2.b. Efectos de la citación. Procesal. Contenido

Los art. 1046 y 1047, Cód. Civ. y Com. contemplan los efectos procedimentales de la citación por evicción, las que deben ser interpretadas armoniosamente con los Códigos de rito de cada jurisdicción y sin perder de vista —tanto las partes como quienes ejercen la magistratura— el contexto normativo en el que se halla inserta la evicción. En tal sentido, resulta adecuado poner de resalto que la obligación de saneamiento se ha contemplado dentro de la teoría general de los contratos.

(5) Ibidem, ps. 80-81.

Adquiere relevancia —en términos procesales— el tema de intervención de terceros —ajenos a las partes originarias en el proceso— pero vinculados con la pretensión de una de las partes. Si bien la sentencia a dictarse en el proceso solo afecta a las partes del proceso, podría incidir en el ejercicio de un derecho sobre el cual es titular un tercero generando un efecto indirecto. En tal sentido, en el entendimiento que el citado no puede cuestionar la procedencia de la citación, puede decidir no intervenir en el proceso al que se citó a comparecer. Ello no obsta la responsabilidad que le corresponda **(6)**. En lo atinente a la oportunidad para citar por evicción, ello dependerá de la regulación expresa que haga el Código de rito de cada jurisdicción.

Cuadra destacar que la facultad de citar por evicción le asiste a todo adquirente a título oneroso privado o turbado de un derecho, como se ha dicho con antelación. Ahora bien, de lo normado en los artículos citados anteriormente podría decirse que el cesionario demandado por un tercero podría citar al cedente sin que sea imperioso resignar su rol de parte originaria. Adunado a ello, el cedente/garante deberá afrontar las costas que irrogue el proceso, salvo que el cesionario haya omitido citar al cedente o bien, que lo haya citado y a pesar del allanamiento de este, haya continuado con la defensa y resultado vencido —conf. art. 1047, Cód. Civ. y Com.—. En base a lo expuesto, la ley de fondo impone ciertas cargas procesales respecto del adquirente o, en el particular, cesionario.

En lo concerniente al alcance de la obligación de saneamiento, el art. 1039, Cód. Civ. y Com. le asiste al adquirente —en el particular, cesionario— la posibilidad de reclamar el saneamiento del título o declarar resuelto el contrato. Es decir, el Código brinda amplitud de acciones emergentes de la responsabilidad por saneamiento. Adunado a ello, conforme se desprende del art. 1039, Cód. Civ. y Com. la obligación de saneamiento, en tanto preserva el vínculo contractual, no resulta obstativa para que el adquirente ejerza la acción de cumplimiento de contrato. Por lo tanto, el Código dota de acciones que promuevan la tutela satisfactoria para así obtener el cumplimiento por parte del enajenante —cedente—.

A su turno, el art. 1049, Cód. Civ. y Com. establece expresamente la facultad resolutoria del adquirente (cesionario, en la materia que nos ocupa), ante la concurrencia de alguno de los supuestos previstos "a) si los defectos en el título afectan el valor del bien a tal extremo que, de haberlos conocido, el adquirente no lo habría adquirido, o su contraprestación habría sido significativamente menor; b) si una sentencia o un laudo produce la evicción". En base a ello, se colige que el novel digesto acuerda la posibilidad al adquirente, toda vez que se presentan circunstancias que hacen viable su pretensión. Esta decisión no obsta la posibilidad del acreedor de acumular dicha acción a la resarcitoria.

IV.2.c. Cesación de la responsabilidad por evicción

Los art. 1048 y 1050, Cód. Civ. y Com. se ocupan de establecer los supuestos que derivan en la cesación de la responsabilidad por evicción. Sin embargo, cabe efectuar un distingo entre ambas causales que derivan en la extinción de responsabilidad y ello radica en si es atribuible al propio adquirente/cesionario de derechos (en el particular) o al mero transcurso del tiempo.

Dicho ello, pasaré a reseñar los primeros, atribuibles al obrar activo u omisivo del adquirente, previstas por el art. 1048, Cód. Civ. y Com., que establece una serie de supuestos enumerados taxativamente, a saber: "a) si el adquirente no cita al garante, o lo hace después de vencido el plazo que establece la ley procesal; b) si el garante no comparece al proceso judicial, y el adquirente, actuando de mala fe, no opone las defensas pertinentes, no las sostiene, o no interpone o no prosigue los recursos ordinarios de que dispone contra el fallo desfavorable; c) si el adquirente se allana a la demanda sin la conformidad del garante; o somete la cuestión a arbitraje y el laudo le es desfavorable". Estos supuestos se vinculan estrechamente con el incumplimiento de cargas procesales y el ejercicio de defensa laxo o perjudicial para el garante; lo que se evaluará en el caso concreto puesto que puede verificarse de distintas maneras. Es por ello por lo que se sustentan en una conducta del adquirente que se manifiesta en la turbación de la defensa del garante y se materializa

(6) Ibidem, p. 176.

en una frustración de su actuación en el marco del proceso.

La misma norma otorga un salvoconducto al adquirente cuando "prueba que, por no haber existido oposición justa que hacer al derecho del vencedor, la citación oportuna del garante por evicción, o la interposición o sustanciación de los recursos, eran inútiles; o que el allanamiento o el laudo desfavorable son ajustados a derecho". Sin perjuicio que la doctrina entiende que existe una dificultad probatoria que pueda presentarse como valladar a la subsistencia de la garantía, sin desconocer que la carga de acreditar dichos extremos recaerá sobre el adquirente, ello deberá evaluarse en el caso concreto.

Ahora bien, pasando al supuesto de extinción de responsabilidad que acaece por el mero transcurso del tiempo, se presenta el art. 1050, Cód. Civ. y Com., que dispone que esta cesa cuando el derecho del adquirente se sanea por el transcurso del plazo de prescripción adquisitiva. Sin embargo, si bien ello conlleva la liberación de responsabilidad del cedente, ello no debe confundirse con la prescripción liberatoria del régimen de saneamiento, la cual transita por un carril separado.

V. Supuesto especial de evicción en materia de cesión de derechos hereditarios

Ahora bien, con elogiable técnica legislativa, el Código Civil y Comercial ha regulado el saneamiento —y su especie, la evicción— dentro del marco de la teoría general del contrato simplificando de esta manera el régimen y estableciendo reglas especiales para determinados supuestos, como la cesión de herencia que paso a reseñar a continuación. De esta manera, mediante razonamiento deductivo, el operador jurídico acude al régimen general que regula la institución en sí misma, y a la especial que contempla el supuesto en concreto, permitiendo la armoniosa interpretación y la integración normativa cuando corresponda.

V.1. Cesión de derechos hereditarios onerosa

El primer párrafo del art. 2305, Cód. Civ. y Com. dispone: "Si la cesión es onerosa, el cedente garantiza al cesionario su calidad de heredero y la parte indivisa que le corresponde en la herencia, excepto que sus derechos hayan sido cedidos como litigiosos o dudosos, sin dolo de su parte. No responde por la evicción ni por los vicios de los bienes de la herencia, excepto pacto en contrario. En lo demás, su responsabilidad se rige por las normas relativas a la cesión de derechos". Una primera y acertada aproximación a la interpretación de la norma se encamina a sostener que siempre que la cesión de derechos hereditarios haya sido onerosa, la responsabilidad del cedente se limita a su vocación sucesoria —es decir, su calidad de heredero—; sin asegurar los bienes que forman parte del caudal relicto. Sin embargo, es posible encuadrar la norma como supletoria, toda vez que deja librado a la autonomía de la voluntad, pactar en contrario y extender la responsabilidad a dichos supuestos.

Adunado a ello, del primer párrafo se desprende que, si los derechos hereditarios fueran litigiosos o han sido cedidos como dudosos, dejando constancia de tales circunstancias, el cedente no debe responder por evicción. La propia norma impone una excepción al principio sentado, toda vez que introduce el concepto de dolo del cedente, deviniendo ello ciertamente razonable. En tal sentido, el *dolo* en el supuesto contemplado normativamente se manifiesta en el conocimiento que tenía el cedente —al momento de celebración del acto— con cierto grado de certeza que los derechos que cedía no le pertenecían. En tal supuesto debe restituir el precio percibido como contraprestación y resarcir los daños ocasionados al cesionario.

Si efectuamos una interpretación literal de la norma, parecería que el primer párrafo de la norma bajo comentario pusiera un valladar a la responsabilidad del cedente respecto a supuestos no contemplados. No obstante ello, hace una expresa remisión a la regulación de los contratos de cesión de derechos y otros supuestos que podrían converger en responsabilidad del cedente. No puede perderse de vista que la cesión de derechos hereditarios participa de la naturaleza de los contratos de cesión de derechos, existiendo una relación de género/especie, respectivamente.

Ingresando al análisis de los art. 1628 y 1629, Cód. Civ. y Com., al que remite tácitamente el art. 2305, Cód. Civ. y Com. *in fine*, cabe decir que

el primer artículo nada viene a aportar a lo legislado en materia de evicción en oportunidad de tratarse la cesión de herencia. Sin embargo, adquiere relevancia el art. 1629, Cód. Civ. y Com. en cuanto otorga pautas ciertas para determinar el alcance de la evicción en materia de cesión de derechos, y en el particular, de derechos hereditarios.

En el sentido antes expresado, el art. 1629, Cód. Civ. y Com. dispone: "Si el derecho no existe al tiempo de la cesión, el cedente debe restituir al cesionario el precio recibido, con sus intereses. Si es de mala fe, debe además la diferencia entre el valor real del derecho cedido y el precio de la cesión". La cesión de un derecho inexistente por parte de un cedente que actúa de buena fe conlleva la obligación de restituir lo recibido como contraprestación con más los intereses que correspondan. Ello encuentra sustento en la aplicación de la doctrina del enriquecimiento sin causa. Ahora bien, para el caso del cedente de mala fe, se adiciona a la obligación de reintegrar lo recibido con sus accesorios la obligación de resarcir un daño tarifado en la norma. Aquí cobra trascendencia el concepto de valor real, para lo que resulta dable recurrir al concepto dado por el art. 772, Cód. Civ. y Com., y el precio de la cesión que refiere al valor nominal concertado en la operación. Ello trae aparejado, al menos en el contexto económico actual de depreciación monetaria constante, una grave y justificada sanción a la conducta del cedente.

Finalmente, cabe poner de resalto que es el propio art. 1631, Cód. Civ. y Com. que remite expresamente, en la medida que no se haya previsto en la regulación especial del contrato de cesión de derechos, al art. 1033, Cód. Civ. y Com. ss. y cc. como normas supletorias y/ complementarias a lo contemplado en materia de evicción.

V.2. Cesión de derechos hereditarios gratuita

Por su parte, el segundo párrafo del art. 2305, Cód. Civ. y Com. prevé que "[s]i la cesión es gratuita, el cedente solo responde en los casos en que el donante es responsable. Su responsabilidad se limita al daño causado de mala fe". La norma bajo comentario pone de resalto que el cedente solo responde en los supuestos en que el donante es responsable. Ello conlleva una tácita remisión al 1556 Cód. Civ. y Com. que enumera taxativamente cuatro supuestos, a saber: "a) si expresamente ha asumido esa obligación; b) si la donación se ha hecho de mala fe, sabiendo el donante que la cosa donada no era suya e ignorándolo el donatario; c) si la evicción se produce por causa del donante; d) si las donaciones son mutuas, remuneratorias o con cargo". Asimismo, cabe advertir que, como principio general, en materia de donaciones no se responde por evicción. Sin embargo, en los supuestos reseñados precedentemente, se presentan las excepciones a la regla.

En cuanto a los alcances de la responsabilidad del cedente, se puede inferir, a partir de lo normado por el art. 1557, Cód. Civ. y Com. que el donante debe resarcir al donatario y la extensión de dicha reparación alcanza solo a los gastos en que incurrió el donatario con motivo de la donación. Adunado a ello, es menester destacar que el supuesto contemplado en el inc. d), es dable resarcir el daño causado por la evicción en la medida de la onerosidad que reportó el tipo de donación que se trate.

El objetivo de la reparación, como propone Leiva Fernandez **(7)**, es mantener el sinalagma equilibrado. En base a ello, refiere a que cuando se presente un supuesto de donación "remuneratoria", al caer por evicción la retribución que el donante consideró debida, ante la imposibilidad de restituir un servicio deberá restituirse su valor. El autor, con atinado criterio, recurre al concepto de valor pues es la única manera de conservar el equilibrio contractual que propone en el supuesto particular.

Finalmente, ante el supuesto de evicción parcial contemplado en el último párrafo del art. 1557, Cód. Civ. y Com. el novel digesto, emulando el concepto de justicia conmutativa, establece que solo debe resarcirse hasta la proporción correspondiente a la parte evicta.

Como corolario, es imperioso destacar que resulta imprescindible recurrir a la integración

(7) LEIVA FERNANDEZ, Luis F. P., autor de glosas a los art. 1525-1665 en "Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético — Segunda Edición", Jorge H. Alterini (dir.) y Ignacio A. Alterini (coord.), LA LEY, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016, t VII.

del derecho vigente en el nuevo Código, a efectos de lograr soluciones que puedan preciarse de justas. Asimismo, existe una interrelación constante ascendente y descendente de remisiones dentro del Código que se han efectuado en forma expresa, y otras tantas que resultan de la lógica del estudio de las instituciones allí consagradas. El derecho sucesorio debe, necesariamente, ser interpretado a la luz de las disposiciones que informan el derecho vigente. En el particular, se ha podido integrar la garantía de evicción en el marco de la cesión de derechos hereditarios siguiendo el orden que propone el nuevo digesto civil. He recorrido la obligación de saneamiento dentro de la teoría general de los contratos —como género— y la evicción como especie de esta, pasando por la regulación del contrato de cesión que establece el régimen sobre el cual reposa el supuesto de la cesión de derechos hereditarios para, finalmente, estudiar la norma especial en contraste con la general.

Comentarios Jurisprudenciales

COMUNICACIÓN CON EL HIJO

Multa de $ 20.000 por incumplimiento del régimen de comunicación provisorio. Finalidad de garantizar el contacto de una niña con su padre. Intimación a la parte demandada y su dirección letrada a reflexionar sobre su conducta.

Con nota de Judith Galletti

1. — Teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso y la edad de la menor, en el marco de lo dispuesto por el art. 652 del Cód. Civ. y Com. y en atención a lo prescripto el art. 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño, corresponde la desestimación de los agravios y la confirmación de la resolución que estableció una multa de $20.000 para el caso de incumplimiento del régimen de comunicación provisorio. Ello en tanto tiende a garantizar el contacto de la niña con su padre.

2. — Ante los reiterados incumplimientos de la progenitora y desavenencias evidenciadas entre las partes a lo largo de este proceso, en detrimento de la hija de ambos, corresponde exhortar a ambos progenitores a dar cabal, fiel y estricto cumplimiento de las resoluciones judiciales dictadas en autos y a redoblar los esfuerzos para mejorar su comunicación en pos del beneficio de su hija.

3. — Corresponde exhortar a la parte demandada y a su dirección letrada a reflexionar sobre su conducta procesal, de manera que en lo sucesivo eviten la repetición de planteos y argumentaciones recursivas que no contribuyan a mantener el buen orden en la tramitación del proceso, en ejercicio abusivo de su derecho de defensa, que puedan resultar dilatorias y obstruccionistas, perjudicando los intereses de la hija de las partes, así como la posible afectación de su integridad psicofísica, siendo que debe darse primacía en este tipo de procesos al interés superior del niño.

4. — Ante lo dilatado del trámite y el afán de revisión de los actos jurisdiccionales por parte de la demandada y su dirección letrada, se encomienda a la jueza *a quo* que, frente al supuesto de que se interpongan nuevas pretensiones recursivas en autos, y en caso de que la magistrada así lo amerite, se sirva formar incidente de apelación con copias de las piezas pertinentes, a fin de la posibilitar la prosecución del proceso, cuando ello sea posible y se encuentre agotada la vía recursiva para la revisión de la materia bajo recurso. Asimismo, en caso de persistir en la inconducta procesal, se encomienda asimismo que aplique la multa prevista en el art. 37 del Cód. Proc. Civ. y Com., sin perjuicio de que se envíen copias de las piezas pertinentes a la justicia penal a los fines de la averiguación sobre la eventual comisión de un ilícito.

CNCiv., sala J, 28/10/2020. - O., M. A. y otros c. P., K. C. s/ régimen de comunicación.

[Cita on line: AR/JUR/52250/2020]

17569/2016

2ª Instancia.- Buenos Aires, octubre 28 de 2020.

Considerando:

Vienen las presentes actuaciones a conocimiento de esta Alzada con motivo del recurso de apelación interpuesto a fs. 380/383 (de fecha 07/09/2020) por la demandada (fundado el 16/09/2020) contra la resolución de fecha 04/09/2020 mediante la cual se estableció una multa de $20.000 para el caso de incumplimiento del régimen de comunicación provisorio fijado el 03/06/2020. Corrido el traslado de ley pertinente, el mismo fue evacuado el 24/09/2020 por el actor.

Asimismo, con fecha 28/10/2020 la demandada interpuso recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra la resolución de fecha 19/10/2020 mediante la cual se desestimó el pedido se suspensión del régimen comunicacional provisorio oportunamente fijado y se da intervención al Servicio de Psicología de esta Excma. Cámara mediante libramiento de oficio.

I. En primer lugar, cabe remarcar que el artículo 652 del Cód. Civ. y Com. de la Nación consagra el derecho y deber de comunicación de los padres con sus hijos al establecer que: "En el supuesto de cuidado atribuido a uno de los progenitores, el otro tiene el derecho y el deber de fluida comunicación con el hijo." Ello, en consonancia con los arts. 7, 9 y concs. de la Convención de los Derechos del Niño.

Consideramos que la comunicación con el hijo es esencial para el cumplimiento de los deberes de cuidado, educación, orientación y dirección (art. 646) que corresponden a los padres siempre que estén en ejercicio de la responsabilidad parental, con independencia de la convivencia con el hijo.

En cuanto a la naturaleza, el progenitor que no convive con su hijo menor goza de un derecho a mantener fluida comunicación. Se trata de una atribución propia de su calidad de progenitor, titular de la res-

ponsabilidad parental aun cuando no la ejerza, que constituye a la vez un deber respecto de su hijo menor de edad, cuyo cumplimiento puede ser exigido en beneficio del niño o adolescente para favorecer su pleno desarrollo. En definitiva, el derecho que se le reconoce se encuentra estrechamente vinculado con sus deberes como progenitor. Tal contacto es necesario, pues su mejor formación depende en gran medida del mantenimiento de las figuras paterna y materna.

En cuanto a su contenido, un adecuado contacto entre el progenitor no conviviente y su hijo es el medio indispensable para que aquel cumpla con su función de padre/madre en plenitud; la comunicación constituye una manifestación de su responsabilidad parental y brinda la ocasión para fomentar la relación personal, limitada por la falta de convivencia cotidiana. Ese contacto permite conocer acerca de la salud, educación, progresos y dificultades que el hijo presenta en su desarrollo; frente a esto, el progenitor no conviviente tiene el deber de asumir conductas activas de asistencia espiritual y material, y puede demandarlas del otro progenitor conviviente (Ver Alterini, Jorge H., "Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético", 2ª edición actualizada y aumentada, T. III, art. 652, ps. 880/82, Ed. LA LEY, Bs. As., 2016).

A la luz de la necesaria perspectiva sistémica que prima en las problemáticas familiares, el deber de comunicación fluida que recepta la reforma está en total consonancia con el derecho humano de que todo niño mantenga vínculo con ambos progenitores con la misma intensidad o de manera igualitaria y en el supuesto de que ello no sea factible, promoviéndose un mínimo de contacto y comunicación entre el niño y el progenitor no conviviente (Conf. R. L. Lorenzetti, "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", Tomo IV, p. 358).

II. Sentado lo expuesto, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso y la edad de la menor Z., en el marco de lo dispuesto por el art. 652 del Cód. Civ. y Com. de la Nación y en atención a lo prescripto el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ameritando que las argumentaciones vertidas por la apelante no logran conmover los fundamentos brindados por el *a quo*, corresponde la desestimación de los agravios y la confirmación de la resolución recurrida. Ello en tanto tiende a garantizar el contacto de la niña con su padre.

Por lo que al ser la multa fijada, resulta ajustada a derecho y a las constancias de autos, deberá ser mantenida, correspondiendo la desestimación de la queja y la confirmación de la resolución recurrida.

III. Por otra parte, ante los reiterados incumplimientos de la progenitora y desavenencias evidenciadas entre las partes a lo largo de este proceso, en detrimento de la menor Z., corresponde reiterar y reafirmar lo puesto de manifiesto tanto por la Sra. Jueza de Primera Instancia, como por las Sras. Defensoras de la instancia de grado y de Cámara en sus respectivos dictámenes, por lo que corresponde exhortar a ambos progenitores a dar cabal, fiel y estricto cumplimiento de las resoluciones judiciales dictadas en autos y a redoblar los esfuerzos para mejorar su comunicación en pos del beneficio de su hija.

Asimismo, corresponde exhortar a la parte demandada y a su dirección letrada a reflexionar sobre su conducta procesal, de manera que en lo sucesivo eviten la repetición de planteos y argumentaciones recursivas que no contribuyan a mantener el buen orden en la tramitación del proceso, en ejercicio abusivo de su derecho de defensa, que puedan resultar dilatorias y obstruccionistas, perjudicando los intereses de la menor de edad Z., así como la posible afectación de su integridad psicofísica, siendo que debe darse primacía en este tipo de procesos al interés superior del niño.

Cuando se trata de resguardar el interés superior del niño atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y la naturaleza de las pretensiones, encausar los trámites por las vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela jurisdiccional (CSJN, "Guckenheimer, Carolina Inés y otros c. Kleiman, Enrique y otro", del 06/02/2001, Fallos: 324:122; íd. 323:2021; 324:908).

Por ello, ante lo dilatado del trámite y el afán de revisión de los actos jurisdiccionales por parte de la demandada y su dirección letrada, encomendamos a la Sra. Jueza *a quo* que, frente al supuesto de que se interpongan nuevas pretensiones recursivas en autos, y en caso que la Sra. Magistrada así lo amerite, se sirva formar incidente de apelación con copias de las piezas pertinentes, a fin de la posibilitar la prosecución del proceso, cuando ello sea posible y se encuentre agotada la vía recursiva para la revisión de la materia bajo recurso.

Asimismo, en caso de persistir en la inconducta procesal, se encomienda asimismo que aplique la multa prevista en el art. 37 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, sin perjuicio de que se envíen copias de las piezas pertinentes a la justicia penal a los fines de la averiguación sobre la eventual comisión de un ilícito.

Estimamos este un temperamento prudente y adecuado que, amén de no lesionar principio procesal alguno, de no adoptarse frente a especiales supuestos como el configurado en autos, importaría desvirtuar

la finalidad señalada en los párrafos precedentes y, de tal forma, dar lugar a la obtención de un propósito dilatorio y obstructivo (conf. esta Sala J, *in re* "Lizarro, Julio R. c. Blasco, Osvaldo J. y otro s/ ejecución hipotecaria", del 19 de agosto de 2014; íd. Sala G, r. 433.717 del 29/08/2005; íd. "Schisterman, Elsa E. y otro c. Quiroz, Nelson H.", del 08/06/2009, pub. en La Ley Online, AR/JUR/21925/2009).

Por todo ello, y las consideraciones precedentemente mencionadas, oída que fuera la Sra. Defensora de Menores e Incapaces de Cámara, el Tribunal resuelve: 1) Confirmar la resolución recurrida en todo lo que decide y ha sido materia de apelación y de agravios. 2) Devolver las actuaciones a la instancia de grado a los efectos de sustanciar el recurso de apelación interpuesto por la demandada con fecha 28/10/2020, con oportuna vista a la Sra. Defensora, proponiendo a la Sra. Jueza *a quo* que, de configurarse un nuevo supuesto como el tratado en esta oportunidad, y de encontrarse agotada la vía recursiva para la revisión de la materia bajo recurso, se disponga la formación de incidente de apelación con copias de las piezas pertinentes, si se advierte que tal proceder ha de posibilitar la normal prosecución del proceso y su no entorpecimiento. 3) Encomendar al Juzgado de Primera Instancia Nacional en lo Civil N° que, en caso de verificarse un nuevo incumplimiento del régimen comunicacional acordado y establecido, se evalúe la aplicación de la multa prevista en el art. 37 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y se ordene la extracción de copias certificadas de los presentes, y su remisión a la justicia penal en turno a los efectos de la investigación de la posible y eventual comisión de un delito. 2) Imponer las costas de alzada a la apelante vencida (art. 68 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Regístrese, notifíquese a la Señora Defensora de Menores de Incapaces de Cámara y a las partes por Secretaría, comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Acordada N° 15/2013 art. 4°) y oportunamente devuélvase. Se deja constancia que la Vocalía N° 30 se encuentra vacante. — *Beatriz A. Verón. — Gabriela M. Scolarici.*

Las sanciones frente al incumplimiento del deber de comunicación

El principio de igualdad en las relaciones familiares y los roles de género

Judith Galletti (*)

Sumario: I. Introducción. Presentación del caso.— II. El incumplimiento del régimen de comunicación bajo la lupa de los roles de género y la aplicación del principio de igualdad.— III. La responsabilidad parental. El cuidado personal y el derecho deber de comunicación. La coparentalidad en los hechos y en el derecho.— IV. La voz del niño, niña o adolescente y su participación en los procesos de familia. La suspensión del régimen de comunicación. La justicia entre dos fuegos.— V. La dilación de los procedimientos y el transcurso del tiempo para niños, niñas y adolescentes. La tutela judicial efectiva.— VI. La efectividad de la sentencia en los procesos de familia. Las sanciones ante el incumplimiento.— VII. Colofón.

I. Introducción. Presentación del caso

La Cámara Nacional Civil, sala J, en autos "O., M. A. y otros c. P, K. C. s/ régimen de comunicación", de fecha 28/10/2020, resolvió confirmar en su totalidad la resolución de primera instancia, que ante reiterados incumplimientos de la progenitora del régimen de comunicación establecido en favor de la niña y su padre, y ante las desavenencias evidenciadas entre las partes a lo largo del proceso en detrimento de la menor, estableció una multa de $20.000, para el caso de incumplimiento del régimen de comunicación provisorio por parte de la progenitora. En primera instancia también se había desestimado el pedido de suspensión del régimen comunicacional provisorio solicitado por la madre. La alzada, en un fallo ejemplificador, devolvió las actuaciones a la instancia de grado para la sustanciación por pieza separada del recurso de apelación respecto de la desestimación del pedido de suspensión del régimen de comunicación, para no entorpecer la normal prosecución del proceso y resolvió que, de darse un nuevo incumplimiento del régimen comunicacional, se evalúe la aplicación de la multa prevista en el art. 37, Cód. Proc. Civ. y Com. y se remitan copias a la justicia penal para la investigación de la posible y eventual comisión de un delito.

Realizaremos un análisis del fallo en comentario con perspectiva de género, sosteniendo que, la obstrucción reiterada del cumplimento del régimen de comunicación por parte del progenitor conviviente, así como la sustracción voluntaria a dicho cumplimiento por parte del progenitor no conviviente, al igual que el incumplimiento de la obligación alimentaria en favor de los hijos, traslucen, ponen de manifiesto y —en parte— encuentran una explicación

(*) Abogada, UNR. Especialista en Derecho de Familia, FCJS, UNL. Profesora adjunta de Derecho Civil V, FCJS, UNL. Docente de Trabajo Social y Familia, Licenciatura en Trabajo Social, FCJS, UNL. Abogada de la Defensoría de Niños, Niñas y Adolescentes de la provincia de Santa Fe.

aunque no una justificación, en la desigual distribución de roles en la conformación de las relaciones familiares que aún hoy persiste, a pesar de la consagración del principio de igualdad en el plano formal.

Así también analizaremos las particularidades que reviste el incumplimiento del derecho deber de comunicación entre padres, madres e hijos, así como los múltiples inconvenientes que se presentan a la hora de compeler al cumplimiento del régimen de comunicación, haciendo un análisis exhaustivo de las distintas estrategias ensayadas por la judicatura para lograrlo, todas de relativa eficacia.

II. El incumplimiento del régimen de comunicación bajo la lupa de los roles de género y la aplicación del principio de igualdad

Es notable cómo la separación profundiza las diferencias de género y pone al descubierto los roles asumidos durante la convivencia, en donde la mujer, voluntaria o involuntariamente, por razones de índole social y cultural, se ubica en la esfera privada al cuidado del hogar y de los hijos, aunque desarrolle tareas laborales fuera del hogar, ubicándose el hombre en la esfera pública, como proveedor, como garante del sustento material de la familia.

Sostiene Elizabeth Jelin: "El grado de integración a las actividades de la unidad doméstica y el compromiso con esas actividades no varían al azar. Lo que se espera de la hija, mujer niña es diferente de lo que se espera de la adolescente y, por supuesto, del adolescente varón. Y lo mismo sucede respecto de madres, padres, tíos, abuelos y abuelas, etc." **(1)**.

Al momento de la separación, este delicado equilibrio se rompe y en correspondencia con el rol asumido durante la convivencia, la mujer automáticamente reclama el cuidado exclusivo de los hijos y el pago de una cuota alimentaria, y en muchos casos, como el resuelto por el fallo que comentamos, obstaculiza hasta impedir totalmente, la comunicación con el padre, apropiándose de sus hijos, cual objetos o monedas de cambio de los conflictos familiares. Las mujeres madres son sindicadas como cuidadoras "naturales" de sus hijos, tanto durante la convivencia como luego de la separación. El hombre —por su parte— acepta quedar en la periferia de la relación con sus hijos, en su carácter de proveedor, lo cual resiente cada vez más los vínculos paterno-filiales hasta el distanciamiento, desentendimiento y posterior abandono del cumplimiento de sus obligaciones parentales.

Este proceso explica —en parte— el altísimo grado de incumplimiento del pago de las cuotas alimentarias en favor de los hijos. El apartamiento del padre no conviviente, lejos de beneficiar a la madre, la perjudica, ya que debe asumir toda la responsabilidad del cuidado de sus hijos, con gran sobrecarga, en detrimento también de los hijos que ven cómo se desdibuja paulatinamente la figura paterna.

Las mujeres continúan desarrollando roles domésticos dentro de la familia en mayor medida que los hombres, quienes muchas veces "colaboran" con las tareas del hogar y el cuidado de los hijos siendo esto percibido por las mismas mujeres como una "ayuda". Las mujeres definitivamente incorporadas al mercado laboral sienten la sobrecarga de responsabilidades por tener que asumir las tareas domésticas a la par del desempeño remunerado fuera del hogar. La mayor incorporación de las mujeres al mercado laboral no implica necesariamente una modificación significativa de los roles de género, todo lo cual se traduce en una verdadera desigualdad real.

Este círculo vicioso —social y culturalmente aceptado— responde a los cánones de una sociedad patriarcal, que persiste aún hoy, a pesar de que el principio de igualdad y el de interés superior del niño, han impregnado la totalidad de las normas del derecho de familia.

Mientras esto continúe así y no se produzca una equitativa distribución de roles hacia el interior de las familias, mientras no percibamos una igualdad real de oportunidades, la aplicación de normas impregnadas del principio de igualdad a situaciones desiguales, conducen a una injusticia, provocan el efecto contrario al que se quiso lograr, no solo no son suficientes

(1) JELIN, E., "Pan y afectos. La transformación de las familias", Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2006.

para subsanar la desigualdad, sino que la profundizan.

"Ese corazón de la sociedad no podrá ser 'democrático' si no se democratiza la provisión y el acceso a los servicios cotidianos de la domesticidad" **(2)**.

A partir de la segunda mitad del siglo XX, con el dictado de las Convenciones Internacionales, fundamentalmente la Convención de Eliminación de Toda Forma de Discriminación contra la Mujer y la Convención de los Derechos del Niño, el derecho interno se ha impregnado de la Doctrina de los Derechos Humanos, produciéndose un cambio emancipador en las relaciones familiares, regulando lo que se ha dado en llamar la familia horizontal en la cual todos sus miembros se encuentran en una posición de igualdad unos frente a otros.

A partir de la reforma del Código Civil y Comercial, tanto en el ámbito personal como patrimonial, hoy podemos decir que se ha alcanzado una verdadera igualdad formal entre cónyuges, convivientes, padres, madres e hijos, progenitor afín, parientes. Hoy los miembros de la familia ya sea matrimonial o de convivencia, monoparental o ensamblada tienen los mismos derechos y ya no se observan antiguos resabios de normas discriminatorias en razón del género.

Normas como la del art. 660 del Cód. Civ. y Com., que establece que "las tareas cotidianas que realiza el progenitor que ha asumido el cuidado personal del hijo tienen un valor económico y constituyen un aporte a su manutención", muestran el sendero correcto hacia una verdadera igualdad de género.

La consagración del principio de igualdad en el plano formal es una conquista indubitada, un paso adelante de enorme trascendencia que ya no tiene vuelta atrás, pero esta conquista se encuentra a mitad de camino mientras la igualdad formal no se traduzca en una real igualdad de oportunidades. El verdadero cambio emancipatorio es un cambio más profundo que comprende un cambio cultural, social, económico y político **(3)**.

La sentencia que comentamos se destaca ya que en ella se traduce un intento por forzar dicho cambio cultural poniendo las cosas en su lugar, intentando borrar la clásica y desigual distribución de roles entre los progenitores, forzando, empujando a través de la aplicación de una multa, el cumplimiento efectivo del régimen de comunicación en aplicación del principio de igualdad en el plano real.

III. La responsabilidad parental. El cuidado personal y el derecho deber de comunicación. La coparentalidad en los hechos y en el derecho

La institución de la responsabilidad parental, en cuanto regulación de las relaciones entre padres, madres e hijos, tiene en su centro al niño, niña o adolescente como sujeto pleno de derechos. El Cód. Civ. y Com. modificó el concepto de la patria potestad entendida como poder de los padres sobre los hijos menores, redefiniéndose su perfil y contenido en seguimiento a los lineamientos marcados por la doctrina de los derechos humanos.

La responsabilidad parental responde al ejercicio de una función que corresponde a ambos progenitores, destinada a satisfacer las necesidades del niño, niña o adolescente para su desarrollo, formación y protección integral, conforme a su superior interés, tal como se en-

(2) JELIN, E., "Familia, crisis y después...", en Vivir en Familia, Wainerman, C., Comp., Unicef Losada, Buenos Aires, 1994.

(3) En este sentido, se destaca la sentencia exhortativa dictada por el J. Civ., Com. y Conciliación de Familia de Alta Gracia, Córdoba, en la cual, además de disponer como medida cautelar urgente y provisoria, prohibir la comunicación del denunciado por violencia de género para con su hijo por cualquier medio ... se exhorta al Colegio de Abogados de la Provincia de Córdoba y a la Universidad Nacional de Córdoba, a la capacitación en materia de género (Ley Micaela) en forma obligatoria a los profesionales del derecho ya matriculados y a los estudiantes, con la finalidad que colaboren con dicho aporte a la modificación y desconstrucción de roles y estereotipos de género, históricamente asignados, para lograr una reconstrucción social y cultural con perspectiva de género, y en consecuencia con enfoque de derechos humanos; y así se acelerará la transformación necesaria e indispensable para alcanzar la igualdad real y efectiva dispuesta normativamente. ("C. I. G. s/ Denuncia por violencia familiar", 03/08/20).

cuentra definida en el art. 638 del Cód. Civ. y Com.

En la lógica del Cód. Civ. derogado, ante la separación de los padres —ya sea por divorcio o por finalización de la convivencia— se planteaba la necesidad de optar entre uno u otro progenitor para el ejercicio de la patria potestad y la consiguiente atribución de la tenencia en forma unipersonal (art. 264, inc. 2, Cód. Civil). En los hechos, la tenencia era concedida generalmente a la madre, por razones culturales y por la asunción de los roles de cuidado ejercidos por las mujeres de forma prioritaria.

Asimismo, desde la letra de la ley (art. 206, Cód. Civil) se reforzaba la preferencia materna para la atribución de la tenencia de los niños menores de cinco años, en la que se presumía la idoneidad de la madre, por el llamado instinto materno, salvo que se acreditaran causas graves, sindicado como uno de los supuestos de discriminación inversa, de dudosa constitucionalidad **(4)** por ir en contra del principio de igualdad.

El ejercicio del cuidado personal de forma unipersonal refuerza y profundiza —aún más— la distribución de roles entre los progenitores, en donde el niño, cual objeto de disputa, permanece bajo el cuidado de uno —el vencedor— restando al otro —el vencido— un régimen de adecuada comunicación, colaboración y supervisión, diagramado en el cumplimiento de días con horarios específicos y en el mejor de los casos, cuando la buena relación de los progenitores así lo permita, establecido de forma amplia.

El progenitor no conviviente tiene el derecho deber a una adecuada y fluida comunicación con el hijo (art. 652, Cód. Civ. y Com.), además del derecho y deber de colaboración con el conviviente (art. 653, Cód. Civ. y Com.) y el deber de ambos de informar al otro con carácter amplio sobre las cuestiones relevantes de la vida del hijo en lo que hace a la salud, la educación y otras relativas a su persona y sus bienes (art. 654, Cód. Civ. y Com.).

(4) LLOVERAS, N. y SALOMÓN, Marcelo, "El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional", Universidad, Buenos Aires, 2009, ps. 375/380.

Es por ello por lo que, conforme a lo preceptuado en el art. 653 del Cód. Civ. y Com., al evaluarse la idoneidad de los progenitores para detentar el cuidado personal unilateral, en la elección se dará prioridad al que facilite la comunicación y el trato regular con el otro, al que no obstaculice ni ponga trabas injustificadas en el trato con el que no detenta el cuidado personal, poniéndose de relevancia la importancia que tiene para el niño, niña o adolescente mantener los vínculos y una adecuada comunicación con ambos progenitores.

Asimismo, a la hora de la elección del progenitor que ejercerá el cuidado unipersonal, se deberán ponderar las cualidades personales de cada uno de ellos, sin que dicha elección implique una discriminación fundada en el sexo u orientación sexual, la religión, las preferencias políticas o ideológicas o cualquier otra condición (art. 656, Cód. Civ. y Com.).

En el Cód. Civ. y Com. se le ha dado al cuidado personal unilateral un carácter excepcional (art. 653, Cód. Civ. y Com.), siendo el cuidado personal compartido indistinto, la primera alternativa a considerar, tanto por las partes al arribar a un acuerdo como por el juzgador al momento de resolver (art. 651, Cód. Civ. y Com.). Esta modalidad, al igual que la alternada, es entendida como la más beneficiosa para el niño, ya que cualquiera sea su lugar de residencia, ambos progenitores comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las tareas de cuidado. Constituye a su vez, una efectiva realización del principio de igualdad de los progenitores y es la que mejor realiza el superior interés del niño, ya que se lo ubica en el centro de interés de la relación paterno filial como sujeto pleno de derechos, como una persona en crecimiento que necesita de ambos progenitores para su desarrollo y formación integral. A su vez, el ejercicio compartido de la responsabilidad parental asume una función preventiva de la eventual causación de daños ocasionados por el impedimento de contacto o por la abdicación del cumplimiento del deber de comunicación.

Ambos son protagonistas activos en la crianza de sus hijos, encontrándose estimulados a la satisfacción de sus necesidades, por su parte, el hijo excluido del juego de poder de sus padres los siente responsables frente a él. "El sistema

permitiría una actuación más pareja y equitativa de cada padre, al aligerar las cargas que pesan sobre el guardador, esta modalidad se compadecería más con el intercambio de roles propio de la época actual" **(5)**.

Los niños, niñas y adolescentes tienen el derecho humano **(6)** a la coparentalidad, tienen derecho a ser cuidados, protegidos y a tener comunicación con ambos, padre y madre, consagración máxima del principio de igualdad de los progenitores, teniendo ambos iguales derechos, deberes y responsabilidades.

La CDN en el art. 18.1 enfatiza el concepto de obligaciones comunes de ambos padres en la crianza y desarrollo del niño. Cuando el niño se encuentre separado de uno o de ambos padres, en el art. 9.3 se establece el derecho del niño a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos de modo regular. Asimismo, como parte de la construcción de su propia identidad, se establece el derecho a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos y a preservar las relaciones familiares (arts. 7° y 8°, CDN). La ley 26.061 en su art. 7° establece la responsabilidad prioritaria de la familia, junto a la del Estado y la comunidad, en la protección de las niñas, niños y adolescentes, señalando que el padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos.

IV. La voz del niño, niña o adolescente y su participación en los procesos de familia. La suspensión del régimen de comunicación. La justicia entre dos fuegos

Atento a tratarse la comunicación entre padres e hijos de un derecho deber, recíproco, establecido no solo en favor del progenitor no conviviente sino fundamentalmente en favor del niño, niña o adolescente, el pedido de suspensión del régimen de comunicación debe ser analizado con carácter restrictivo y solo debe proceder ante situaciones excepcionales, ante causas graves.

Este análisis es más dificultoso aún, en los pedidos de dictado de medidas autosatisfactivas de prohibición de acercamiento o exclusión del hogar, en el marco de las leyes de violencia familiar, en las que —por su naturaleza— son de trámite urgente y proceden inaudita parte ante la fuerte probabilidad de que el pedido sea atendible.

En el análisis de las causales esgrimidas, corresponderá al juzgador despejar si se trata de una conducta obstruccionista por parte del progenitor conviviente o si realmente el contacto del niño, niña o adolescente con el progenitor no conviviente implica un riesgo para su integridad psicofísica. No se trata de una tarea sencilla, una escucha activa del niño, niña o adolescente resulta de vital importancia para despejar el conflicto, sin embargo, la palabra del niño muchas veces es puesta en tela de juicio, se dice que el niño fantasea, que ha sido influenciado, que miente, evaluándose su competencia y cuestionándose su credibilidad.

"A diario, todos los adultos que, profesionalmente u ocasionalmente, acogen la palabra de los niños oscilan entre la infravaloración y la supervaloración. Hay muchas formas de infravalorar una situación de maltrato: cuando acusábamos a los niños de mentir, o no relacionábamos sus síntomas o su comportamiento con un posible maltrato" **(7)**.

El interés superior del niño y el derecho del niño a ser oído constituyen dos principios rectores que se interrelacionan, complementan y deben aplicarse conjuntamente en el caso concreto **(8)**.

(5) MIZRAHI, M., "Familia, matrimonio y divorcio", Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 422.

(6) WAGMAISTER, A., "Acceso a ambos progenitores como un derecho humano de los niños", LL-2003-C-2012.

(7) ELIACHEFF, C. y SOULEZ LARIVIERE, D., "El tiempo de las Víctimas", Akal Pensamiento Crítico, Madrid, 2009, p. 99.

(8) La C. Apel. Civ. y Com. de Azul, sala II, "S. S. M. c/ M. M. A. L. s/ tenencia — rég. de visitas", 23/02/2010 otorgó la tenencia provisoria a la madre, pese a haber manifestado el niño su intención de seguir conviviendo con su progenitor, en aplicación del interés superior del niño. En el caso se había demostrado la personalidad agresiva del padre y el haberle proferido a su esposa y a sus hijos reiterados actos de agresión física y verbal, los que, por la dinámica de la estructuración psicológica y familiar, el niño tendía a minimizar o disculpar.

El Cód. Civ. y Com. en el art. 26 establece que la persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne, así como a participar en las decisiones sobre su persona. En relación específica al régimen de cuidado unipersonal (art. 653, inc. c, Cód. Civ. y Com.) y a la elaboración del plan de parentalidad (art. 655, Cód. Civ. y Com.) se recepta el principio de participación y el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído.

En los procesos en los que se discute el régimen de cuidado personal y comunicación resulta indispensable la participación activa del niño, niña o adolescente, participación que deberá desplegarse en todos sus matices, siendo escuchado en forma directa y personal por el magistrado interviniente en cualquier momento del proceso, teniendo en cuenta su opinión a la hora de decidir sobre su persona, sin que la opinión del niño sea vinculante para el juzgador. Su participación será en carácter de parte procesal con la asistencia técnica del Abogado del Niño, cuando la niña, niño o adolescente tenga edad y madurez suficiente.

En no pocos casos, es el niño, niña o adolescente quien manifiesta su negativa a continuar con la vinculación con el progenitor no conviviente, por lo que será tarea del juzgador indagar las razones de dicha negativa y despejar si el niño, niña o adolescente está sometido a presiones o influencias externas **(9)**.

Asimismo, las denuncias de supuesto abuso sexual infantil (ASI) han sido frecuentemente utilizadas como mecanismo para obstaculizar el contacto con el otro progenitor, es así como los integrantes de los servicios sociales u operadores del sistema judicial, en cuanto intérpretes de la palabra del niño, muchas veces se debaten entre dos fuegos, el abuso sexual infantil (ASI) y el síndrome de alienación parental (SAP) **(10)**.

El síndrome de alienación parental (SAP) una supuesta patología que se utiliza en causas judiciales para invalidar los relatos de los niños que han sufrido abuso sexual infantil, no se encuentra reconocido ni avalado por las comunidades académicas y asociaciones científicas —nacionales como internacionales— por lo que su uso para diagnóstico y/o tratamiento en dictámenes periciales, informes psicológicos, constituye una vulneración a las normas que rigen el ejercicio de la profesión **(11)**.

Es de suma importancia la aplicación de la interdisciplina en los procesos de familia ya que el informe y la opinión que los expertos puedan aportar, serán de gran utilidad al momento de tomar decisiones en la conflictiva familiar. Generalmente el entramado de las relaciones familiares y personales de cada uno de sus miembros responde a conductas que no pueden ser abordadas solo desde el ámbito judicial, fundamentalmente si se quiere que las decisiones que se adopten sean respetadas y aplicadas por las partes y que el conflicto sea efectivamente resuelto.

V. La dilación de los procedimientos y el transcurso del tiempo para niños, niñas y adolescentes. La tutela judicial efectiva

Sabido es que el proceso judicial demanda el cumplimiento de pasos procesales con notificaciones y etapas recursorias que implicarán tiempo y sabido es también que este tiempo de proceso se traducirá en los niños en largos tiempos de espera. El tiempo de los niños no es el mismo que el de los adultos.

Es por ello por lo que, siendo respetuosos de la legalidad, entendemos que las respuestas desde el campo legal y judicial deben ser acor-

(9) En el caso resuelto por la Cám. de Apel. de Trelew (Chubut), sala A, Exp. 145/15, "Asesoría de Familia e Incapaces s/ med. de protección (SSB)", 21/08/15, en aplicación del derecho del niño a ser oído se resolvió interrumpir el proceso de revinculación de una adolescente de 14 años con su madre en tanto persistan las situaciones de peligro físico o malestar anímico.

(10) En el fallo "S., M. V. c. R. A. E. s. denuncia" de Villa Gesell del 13/09/13, puede contrastarse las distintas posiciones obrantes en el dictamen de la Asesora de Menores que solicita la revinculación de la niña con el padre en un caso de violencia de género y la de la magistrada que se funda en la opinión de la niña y su calidad de víctima de violencia.

(11) Pronunciamiento del Colegio de Psicólogos de la 2da. Circunscripción de Santa Fe, y otras similares de Mar del Plata, Córdoba, Bahía Blanca, y La Plata. En idéntico sentido el fallo de Villa Gesell del 13/03/13 "P. P. F. c. C. A. F. s/ tenencia" dictado por la Dra. Graciela Jofré en el que se expresó que el llamado SAP es una siniestra creación pseudocientífica de Gardner rechazada por la comunidad científica internacional.

des y respetuosas de las necesidades de los niños y de su superior interés.

Todo individuo tiene derecho a no estar sujeto a un proceso judicial en forma prolongada, debiendo prevalecer la garantía constitucional del debido proceso legal (art. 18, CN) a través de la tramitación de un proceso en tiempos razonables.

Cuando de niños o niñas se trata, la celeridad en la resolución del conflicto familiar que los tiene como parte, constituye además un imperativo ético. Los niños no pueden esperar los tiempos del proceso que concluyen con el dictado de una sentencia para ver satisfecho su derecho a tener contacto directo y personal con ambos progenitores o con los miembros de su familia ampliada.

El plazo debe ser razonable y es allí en donde el derecho a la tutela judicial efectiva, en tiempo útil, posibilita una tutela procesal diferenciada, con la adopción de medidas urgentes anticipatorias para cuya procedencia debe atenderse a la complejidad del asunto, la actividad procesal del interesado, la conducta de las autoridades judiciales, la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada, entre otras **(12)**.

La tutela o sentencia anticipada es una de las vías más aptas para hacer realidad un proceso urgente, que venga a servir especiales necesidades de los justiciables que a veces no pueden ni deben soportar los "tiempos normales del proceso" **(13)**.

El transcurso del tiempo y la dilación de los procesos judiciales, impactan directamente en los vínculos paterno-filiales o familiares ocasionando su relaje y en no pocos casos, su ruptura definitiva. Esta estrategia de "ganar tiempo" muchas veces asumida por las partes del proceso, demanda una actuación del juez como director del proceso que ordene la contienda en aras de reducir la litigiosidad y la conflictividad.

"Hoy, más que nunca, el proceso judicial debe dar satisfacción pronta a aquellos derechos vulnerados que exigen restitución urgente" **(14)**.

En este sentido, con carácter aleccionador, no solo para la parte demandada sino también para su letrado, en la sentencia comentada expresamente se establece que "... corresponde exhortar a la parte demandada y a su dirección letrada a reflexionar sobre su conducta procesal, de manera que en lo sucesivo eviten la repetición de planteos y argumentaciones recursivas que no contribuyan a mantener el buen orden en la tramitación del proceso, en ejercicio abusivo de su derecho de defensa, que puedan resultar dilatorias y obstruccionistas, perjudicando los intereses de la menor de edad, así como la posible afectación de su integridad psicofísica, siendo que debe darse primacía en este tipo de procesos al interés superior del niño Por ello, ante lo dilatado de trámite y el afán de revisión de los actos jurisdiccionales por parte de la demandada y su dirección letrada, encomendamos a la Sra. Jueza *a quo* que, frente al supuesto de que se interpongan nuevas pretensiones recursivas en autos, ... se sirva formar incidente de apelación con copias de las piezas pertinentes...".

La tramitación por pieza separada para no entorpecer el proceso que se ordena en la sentencia es un recurso válido y efectivo para desalentar los intentos obstruccionistas y dilatorios que, en la sentencia comentada, elegantemente se mencionan como, "afán de revisión de los actos jurisdiccionales".

V.1. Las medidas cautelares

La comunicación entre el progenitor no conviviente y su hijo o hija, al igual que la obligación alimentaria, suelen ser ordenadas mediante el dictado de medidas cautelares para resguardar el efectivo cumplimiento del derecho, el cual se vería conculcado, si se esperara a la finalización del proceso.

Dichas medidas son en esencia, provisorias y mutables, ya que son adoptadas con carácter

(12) Art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 75 inc. 22 CN.

(13) PEYRANO, J., "Tendencias y Proyecciones de la Doctrina de la Tutela Anticipada", Rev. Derecho Procesal, Derecho Procesal de Familia I, 2002-1, Rubinzal Culzoni.

(14) ROTONDA, A., "Medidas procesales urgentes en materia familiar", en Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, t. III, p. 2797.

urgente, acreditando el peligro en la demora, y si bien no causan estado, subsisten mientras se mantengan las circunstancias que las motivaron.

Esta provisoriedad mal puede ser entendida como la posibilidad de ser revisadas o cambiadas permanentemente según el antojo del progenitor conviviente, ya que estas están dirigidas a preservar el vínculo del niño, niña o adolescente con su progenitor no conviviente y a dar adecuada estabilidad a dicha relación en beneficio del niño, por lo que solo serán modificadas si se modifican las circunstancias de hecho que fueron consideradas al momento de su dictado.

A los fines de abordar el conflicto judicial en materia de familia, el juez, como director del proceso, con un perfil más activo y participativo y no como simple tercero encargado de resolver la contienda, podrá despachar incluso de oficio (art. 709, Cód. Civ. y Com.), medidas cautelares previstas en los códigos de fondo y de forma, así como también, aquellas otras elaboradas a partir de la praxis judicial surgidas en función de las necesidades del caso concreto y de la particularidad de los sujetos a los que van dirigidas, especialmente cuando se presentan desequilibrios entre las partes producto de los estereotipos de género **(15)**.

Recientemente se ha dicho: "Deberá intentarse una adecuación de los requerimientos oportunamente formulados ... a las alternativas tecnológicas disponibles que garanticen el cumplimiento del aislamiento social, preventivo y obligatorio, sobre todo en la especial consideración de que el progenitor reside en el exterior y que la madre refirió que ambos hijos adolescentes cuentan con teléfonos celulares propios adonde comunicarse" **(16)**.

Así también, "la terapia bajo mandato a los padres aparece como una medida urgente a ordenar, a fin de intentar la modificación de conductas altamente nocivas para los hijos ... Resulta procedente imponer a los padres la realización de terapia psicológica vincular con el objetivo de desempeñar adecuadamente sus roles de padres, y, en el caso particular, esta imposición a las autonomías personales se ve legitimada para intentar asegurar el mejor interés de niños y niñas" **(17)**.

Así se ha dicho: "Una vez devueltas las actuaciones a la instancia de grado, la jueza interviniente deberá dar nueva intervención al equipo de psicología de esta Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil a fin de avanzar en el diagnóstico y posterior vinculación de los jóvenes con su padre que hasta ahora no pudo llevarse a cabo" **(18)**.

Otra alternativa posible de solución a la problemática que estamos analizando son los Puntos de Encuentro Familiar, los que tienen un importante desarrollo en España y en nuestro país ha comenzado a implementase en algunas provincias. Mendoza mediante la ley 8647 del 15/04/14 ha desarrollado el servicio bajo la órbita de la Sup. Corte de Justicia cuyo objetivo principal es producir, facilitar y acompañar el encuentro y la vinculación de niños, niñas y adolescentes con sus padres, familiares y demás personas relacionadas, sea mediante derivación de autoridad judicial o administrativa competente (art. 2°).

La provincia de Chubut por ley III 40 del 07/06/13 diseñó el Punto de Encuentro Familiar como un organismo técnico especializado en concretar el régimen de comunicación en situaciones de ruptura familiar, facilitando el ejercicio del derecho de los niños y adolescentes a mantener la relación personal con ambos pro-

(15) SC Mendoza ordenó "disponer que Joaquín cuente con teléfono celular propio (en caso de que no lo tenga), con acceso a internet, para que pueda hablar, chatear, etc. con su padre con absoluta y total libertad, dentro de los márgenes de la prudencia, sin la injerencia de su madre en modo alguno. El costo que demande la compra del celular, si ello es necesario, como así también su mantenimiento mensual, será soportado por ambos padres en partes iguales". (SC Mendoza, sala I, "D. D. A. c. V. D. R. p/ Ejec. de Sentencia p/ Rec. Ext. de Inconstit-Casación", 06/07/15).

(16) CNCiv, sala I, "C. F. J. c. V. M. D. C. s/ Rég. de comunicación", 21/05/2020.

(17) ROTONDA, A., ob. cit., p. 2848.

(18) CNCiv, sala I, "C. F. J. c. V. M. D. C. s/ Rég. de comunicación", 21/05/2020.

genitores, otros familiares y referentes afectivos (art. 2°).

VI. La efectividad de la sentencia en los procesos de familia. Las sanciones ante el incumplimiento

Las particularidades propias del conflicto familiar, especialmente cuando son niños, niñas y adolescentes los partícipes del conflicto, hacen que la efectividad de la sentencia en los procesos de familia tenga un carácter relativo y que, en muchas ocasiones, sea muy difícil desarrollar acciones tendientes a compelir su cumplimiento. Recurrir al empleo de la fuerza pública, implica mayores perjuicios que los que se quiere evitar con el dictado de la sentencia, lo cual lleva a poner el acento en el diseño de diferentes y variadas estrategias conciliatorias.

"El principio de conciliación es uno de los más importantes en el proceso de familia. La conciliación es el instrumento o medio que permite superar las diferencias procurando la pacificación familiar mediante el avenimiento de los contendientes" **(19)**.

Es competencia judicial ordenar, ante los desacuerdos reiterados, medidas de intervención interdisciplinarias y someter las discrepancias a mediación (art. 642, Cód. Civ. y Com.).

El incumplimiento de las obligaciones emergentes de la responsabilidad parental puede tener muchas variantes o matices que varían según las circunstancias en las que se produce. Puede ser total o absoluto en el caso en el que el progenitor no conviviente no mantenga ningún tipo de contacto con su hijo o hija, lo cual es cercano a una situación de abandono; o bien puede ser parcial o relativo, cuando el contacto es esporádico, interrumpido por algún período de tiempo y luego retomado, cuando no se cumplen reiteradamente los horarios y lugares más allá de las posibles justificaciones esgrimidas, todo lo cual provoca en el niño cierta situación de incertidumbre en cuanto al desarrollo de la relación paterno filial. Dicho incumplimiento deberá ser evaluado por el juzgador al momento de establecer la sanción de acuerdo con la gravedad de la falta, la que debe ser imputable subjetivamente al progenitor y siempre aplicándosela para el futuro, para compeler su cumplimiento.

Resulta fundamental un abordaje desde la interdisciplina en donde el equipo técnico del juzgado (psicólogos, asistentes sociales) pueda informar sobre las características de esa familia en particular, el entramado de relaciones entre sus miembros, qué perfil tiene cada uno de ellos y qué papel desarrolla cada uno, para determinar qué tipo de sanciones o medidas conminatorias podrían resultar más efectivas.

En relación con la falta de cumplimiento de la obligación alimentaria, la Cám. 1° de Apel. de San Isidro, confirmó la resolución de un juez de primera instancia de prohibirle a un hombre la entrada al San Isidro Club, con motivo de la deuda de más de 800 mil pesos que mantiene con su expareja por la falta de abono de dinero para la manutención de sus tres hijos menores de edad. La medida fue solicitada por la ex pareja del demandado durante el juicio, quien también logró que en el 2016 se le prohibiera la salida del país **(20)**.

Ante el incumplimiento del régimen de comunicación con los hijos por parte del progenitor no conviviente, tanto como, ante la conducta del progenitor conviviente, quien como en el fallo en comentario, obstaculiza permanentemente la comunicación con el no conviviente, la jurisprudencia ha aplicado una serie de sanciones o medidas conminatorias con el fin de compeler al cumplimiento del derecho de comunicación paterno filial y familiar.

En el art. 557 del Cód. Civ. y Com. se establece que el juez puede imponer al responsable del incumplimiento reiterado del régimen de comunicación establecido por sentencia o convenio homologado, medidas razonables para asegurar su eficacia.

(19) FARAONI, F., "El cuidado personal unilateral y el derecho y deber de comunicación de los hijos menores de edad con el progenitor no conviviente", en Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, Abeledo Perrot, 2015, t. I, p. 774.

(20) INFOBAE, 02/10/18. En el mismo sentido el TCF N° 5 de Rosario, "P. A. J. c/ R. G. A.", 29/10/10, LA LEY, AR/JUR/64548/2010 estableció la prohibición para salir del país del progenitor no conviviente que incumplió con la obligación alimentaria a favor de su hijo.

Estas medidas son de lo más variadas: intimación al cumplimiento de lo establecido por convenio o sentencia, "aun cuando ello no resulte necesario desde el punto de vista estrictamente procesal pudiendo citar a las partes a audiencia conciliatoria" **(21)**; astreintes; multas civiles (como en la sentencia comentada) u otro tipo de penas o sanciones pecuniarias; cláusulas penales de origen convencional en las que se establecen anticipadamente el pago de una indemnización ante el incumplimiento; apercibimiento de modificación del régimen de cuidado personal; sanciones penales por impedimento de contacto (ley 24.270); inscripción en registros de padres que obstaculizan el contacto, entre otras que la jurisprudencia y la doctrina han ido creativamente elaborando.

En última instancia, cuando todo lo anterior haya fracasado y no se haya logrado compeler al cumplimiento del deber de comunicación, podrá entablarse una demanda por daños y perjuicios cuando se encuentren acreditados los presupuestos de la responsabilidad civil.

VI.1. Las astreintes, multas o sanciones civiles

La figura de las astreintes, si bien en su origen tienen más que ver con el incumplimiento obligacional, resultan perfectamente aplicables al incumplimiento de los deberes derivados de la responsabilidad parental, si bien por las características propias del incumplimiento del deber de comunicación, su aplicación se torna mucho más dificultosa que cuando se trata del incumplimiento de una obligación dineraria.

Para la procedencia de las astreintes, es necesario un incumplimiento imputable a quien se encuentra gravado con un deber jurídico **(22)**, cualquiera sea su naturaleza. Su *quantum* lo establece el juez en función de la gravedad de la falta cometida y la situación patrimonial del obligado. El fin inmediato (cumplir una orden judicial), y el fin mediato (presionar al deudor para que el deber concreto se cumpla) integran ambos la verdadera razón de ser de las astreintes **(23)**.

"En los tiempos que corren (signados por el individualismo y el culto al dinero), puede llegar a torcer las voluntades más indóciles: las astreintes se traducen en el pago de una suma de dinero, o sea que son obligaciones (pues son condenaciones conminatorias de carácter pecuniario) y por ende son ejecutables de manera forzada incluso mediante la violencia jurídica. La concreta posibilidad de su ejecución actúa como un inestimable elemento de compulsión psicológica en la voluntad del sujeto pasivo del deber jurídico; muchas veces más efectivo que el mero temor por no cumplir una orden judicial" **(24)**.

En este sentido se ha dicho: "Las astreintes impuestas a una mujer que incumplió con el sistema comunicacional establecido entre su hijo y el progenitor no conviviente deben confirmarse, aun cuando aquella invoque la imposibilidad de cumplir con el régimen pactado en virtud de la orden de restricción que los regía, pues esta fue dispuesta para los progenitores y no para su hijo, por lo que, salvado el inconveniente de la entrega al disponerse que lo sea por un familiar, no existía ningún motivo para que el régimen no se cumpliera conforme lo acordado" **(25)**.

En la sentencia que comentamos se estableció que "en caso de persistir en la inconducta procesal, se encomienda asimismo que aplique la multa prevista en el art. 37 del Cód. Proc. Civ. y Com., sin perjuicio de que se envíen las copias de las piezas pertinentes a la justicia penal a los

(21) BALLARÍN, S., "Estrategias de la eficacia de la sentencia en el proceso de familia" en Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, Fernández, S. (dir.), Abeledo Perrot, 2015, t. III, p. 2561.

(22) La materia vinculada con la fijación de astreintes se encuentra reservada al criterio discrecional del juzgador y su aplicación, en tanto, supone que el hecho debido sea de realización factible, ya que su finalidad es compeler al deudor que puede y no quiere, mas no a quien le resulta imposible hacerlo aun cuando mediare un anterior incumplimiento culpable en su obligación principal. (CNCiv, sala I, "C. F. J. c. V. M. D. C. s/ Rég. de comunicación", 21/05/2020)

(23) En ese sentido, C. Familia Córdoba, 1ª Nom., "P., A. G. c. R., M. A. s/ med. urgentes (art. 21 inc. 4 ley 7676)", 20/03/2018.

(24) OSSOLA, F., "Las astreintes y los incumplimientos en el régimen comunicacional", en Régimen Comunicacional, visión doctrinaria, Dir. Faraoni, F., Ramacciotti, E. y Rossi, J., Nuevo Enfoque Jurídico, Córdoba, 2011.

(25) C. Familia Córdoba, 1ª Nom., ob. cit.

fines de la averiguación sobre la eventual comisión de un ilícito".

La doctrina equipara las figuras de las astreintes a las multas, penas o sanciones civiles de carácter pecuniario en cuanto a que implican una pena o sanción ante el incumplimiento ejecutable en los bienes del deudor **(26)**.

La determinación del monto de la sanción pecuniaria se hará teniendo en cuenta el caudal económico de quien debe satisfacerla, conforme a la pauta del art. 804 del Cód. Civ. y Com. y a la gravedad del incumplimiento, lo cual deberá ser merituado en función de no entorpecer el cumplimiento de otros deberes igualmente importantes para el niño, niña o adolescente como es el pago de la obligación alimentaria. Por otra parte, con prudente arbitrio judicial se deberá estimar un monto razonable que pueda ser abonado y que además genere el efecto de forzar el cumplimiento del deber, en este caso el de comunicación. La sanción podrá ser dejada sin efecto si el obligado desiste de su resistencia o justica su proceder.

En algunos fallos se ha fijado un monto fijo **(27)** o sumas progresivas en un período de tiempo, por días, por semanas o por meses calculados en base a la unidad jus o a un salario mínimo, vital y móvil **(28)**.

VI.2. Las sanciones penales

La derivación a la justicia penal para la aplicación de sanciones penales ante la eventual comisión del delito de desobediencia a la autoridad (art. 239, Cód. Penal) —como reza la sentencia en comentario— al igual que la formulación de denuncias ante el Ministerio Público Fiscal o de la Acusación para la investigación del delito de impedimento de contacto (ley 24.270), rara vez se traduce en una sentencia condenatoria de cumplimiento efectivo, por lo que dicha amenaza de sanción, no cumple con el fin buscado por la norma de desalentar la conducta incumplidora.

"La desobediencia a una orden judicial, en cuanto delito (arts. 239 y conc. del Cód. Penal) pareciera que cada vez preocupa menos a los ciudadanos, tal vez porque frente al cúmulo de causas penales, estos delitos menores, rara vez llegan a plasmarse en concretas condenas a quienes los cometen" **(29)**.

VI.3. Los daños y perjuicios

Ante el incumplimiento del deber de comunicación con los hijos por parte del progenitor no conviviente y la obstaculización del contacto por parte del progenitor conviviente, se torna procedente la acción de daños y perjuicios por incumplimiento de la responsabilidad parental, amén de las sanciones o medidas conminatorias que analizamos precedentemente.

La conducta en ambos supuestos es una conducta antijurídica que hace surgir la obligación de indemnizar sin que las relaciones familiares puedan constituirse en un vil de indemnidad.

"La antijuridicidad en los casos de abdicación de la responsabilidad parental viene dada por el incumplimiento injustificado del deber de protección y asistencia integral debido a los hijos menores. Se trata de una responsabilidad de tipo subjetivo, atribuible en función de la negligencia en el cumplimiento de los deberes parentales" **(30)**.

En un reciente fallo se ha dicho: "Corresponde otorgar una indemnización al actor, pues la interrupción u obstaculización de la relación entre padre e hijo representa por sí un daño, en tanto las relaciones familiares son un derecho de

(26) COMPAGNUCCI DE CASO, R., "Manual de Obligaciones", p. 104.

(27) JNCiv, Nro. 76, "G. P. A. c. M. M. E. s/ rég. de comunicación", 24/08/2018, CNCiv., sala I, "G. E. M. c/ C. A. N. C. s/ reintegro de hijo", 03/12/2018, se estableció una sanción conminatoria de $10.000 a favor del menor.

(28) CNCiv, sala I, "C. F. J. c. V. M. D. C. s/ Rég. de comunicación, 21/05/2020, C. Flia. Córdoba, 1ª Nom., "P., A. G. c. R., M. A. s/ med. urgentes (art. 21 inc. 4 ley 7676)", 20/03/2018, se estableció un jus diario por cada día de incumplimiento; "C. L. J. y Ot. c. N. C. A. s/ Med. Precautorias (Art. 232 del CPCC)", Juzg. N° 2 Tigre, 18/10/19, en el que se estableció una suma equivalente a 15 jus calculados 10 jus diarios por 15 días de incumplimiento a favor de los abuelos maternos.

(29) OSSOLA, F., ob. cit.

(30) FERNÁNDEZ, S., "Daños causados a niñas, niños y adolescentes en el ámbito familiar", en Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, Fernández, S. (dir.), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, t. III, p. 3276.

cada uno de sus miembros, en especial cuando el vínculo afectivo lo hace único e irremplazable y los años transcurridos, en los cuales ese vínculo natural, necesario tanto para el hijo como para el padre, se vio obstruido en su normal desarrollo por el obrar de la madre del menor resulta un daño consolidado en el tiempo" **(31)**.

VI.4. Los registros de progenitores que obstaculizan el contacto de sus hijos con el otro

Algunas provincias como Santa Cruz (ley 2928), Río Negro (ley 4456) y Mendoza (ley 7644), han creado registros de padres que obstaculizan el contacto de sus hijos con el otro progenitor no conviviente o con la familia ampliada, abuelos, abuelas, diseñados a semejanza de los registros de deudores alimentarios morosos. En el Registro de Obstaculizadores de Lazos Familiares de la provincia de Mendoza, se prevén como inhabilitaciones: postularse o desempeñarse en la función pública en todos sus niveles y jerarquías, incluso como magistrados o funcionarios del poder judicial; postularse para ejercer cargos electivos; obtener habilitaciones, concesiones, licencias o permisos; celebrar contratos con el estado provincial; obtener créditos, ser beneficiarios de subsidios o cualquier otro tipo de asistencia financiera, provenientes de entes u organismos del Estado provincial, entre muchas otras (art. 7°).

Claudio Kiper sostiene que la creación de un registro a nivel nacional de progenitores que arbitrariamente impiden el contacto del menor con el otro o con sus parientes, sería una buena medida para impedir semejantes abusos y extorsiones **(32)**.

VII. Colofón

A pesar de todas estas estrategias sancionatorias y compulsivas que hemos venido analizando, la realidad nos muestra que el índice de incumplimiento del régimen de comunicación es bastante elevado y frecuentemente se suele recurrir a la vía judicial como último recurso para lograr su cumplimiento, pero también esta vía resulta insuficiente y de relativa efectividad.

A pesar del énfasis puesto en el plano formal, en la regulación de la responsabilidad parental y el cuidado compartido, con el fin de garantizar el ejercicio pleno de la coparentalidad, en aplicación del principio de igualdad y del interés superior del niño, fallos como el que comentamos, sacan a la luz que, en la construcción del entramado de las relaciones familiares en la que se observa una desigual distribución de roles asignados a hombres y mujeres, aún hoy persisten muchas desigualdades reales que conducen a notorias injusticias.

Es sabido que la ley constituye una herramienta pedagógica que tiene el potencial de transformar la realidad, pero su sola existencia, muchas veces no es suficiente para modificar estereotipos, prejuicios y creencias.

En el fallo que comentamos se hace un notable esfuerzo por marcar el camino, dando instrucciones precisas al juez de grado sobre cómo administrar y direccionar el conflicto en pos de evitar repeticiones de conductas de las partes tendientes a dilatar el proceso, entorpeciendo la efectiva realización del derecho de comunicación. Dichas conductas o actos procesales son a su vez avalados por sus letrados patrocinantes, por lo que las advertencias también van dirigidas a los operadores del sistema judicial.

La imposición de una multa ante nuevos incumplimientos del régimen comunicacional y la remisión a la justicia penal, sanciones a las que se suman la imposición de costas a la apelante vencida, constituyen herramientas concretas para desincentivar la obstaculización del contacto con el progenitor no conviviente y encauzar a las partes hacia una resolución del conflicto familiar, aportando y propiciando a la construcción de una sociedad más igualitaria.

(31) CNCiv., sala K, "F. D. E. c/ D. L. V. s/ Daños y Perjuicios. Ordinario", 12/02/2019.

(32) KIPER, C., "Creación del Registro Nacional para Progenitores que Impiden el Contacto", AR/DOC/4380/2016.

LEGITIMACIÓN EN EL PROCESO SUCESORIO

Sentencia que deja sin efecto la apertura del sucesorio. Acreedor del causante. Ausencia de intimación previa que exige el art. 2289 del Cód. Civ. y Com.

Con nota de Karina A. López

1. — Los acreedores no podrán iniciar el sucesorio sin que medie la intimación previa a la que refiere el art. 3314 del Cód. Civil, a fin de que los herederos acepten o repudien la herencia, norma esta que ha sido reemplazada por los arts. 2289 y 2356 del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

2. — Debe confirmarse la sentencia que deja sin efecto la apertura del sucesorio, pues no puede soslayarse que la peticionaria no ha satisfecho el requisito de la previa intimación a los herederos previsto por el art. 2289 del Cód. Civ. y Com. que, de acuerdo con esa normativa, debe efectuarse judicialmente. No obstante lo manifestado acerca del heredero de la causante, frente a supuestos de desconocimiento de aquellos, se debe dar intervención a la Procuración del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, para que el organismo correspondiente se presente a estar a derecho.

3. — De conformidad con el art. 689 del Cód. Proc. Civ. y Com., quien solicitare la apertura del proceso sucesorio deberá justificar *prima facie* su carácter de parte legítima, acompañar la partida de defunción del causante y demás documentación correspondiente. De ahí que los peticionantes deben estar legitimados para ocurrir ante el juez del último domicilio del causante y obtener, consiguientemente, la apertura del proceso que determina la ley. Así, ante la falta de legitimación, el juez debe denegar la apertura del proceso.

CNCiv., sala C, 19/10/2020. - Palas, Liliana Leonor s/ sucesión *ab intestato*.

[Cita on line: AR/JUR/48314/2020]

73197/2019

2ª Instancia.- Buenos Aires, octubre 19 de 2020.

Considerando:

I. Contra la resolución de fecha 21/08/2020, mediante la cual se deja sin efecto la apertura del sucesorio dispuesta en fecha 11/03/2020, se alza la Dra. Lah Ukmar fundando su recurso de apelación con el memorial del 22/09/2020.

II. Ante todo, se impone recordar que el Tribunal no se encuentra obligado a seguir a las partes en todos sus argumentos sino tan solo en aquellos que considera conducentes al esclarecimiento del litigio.

Es decir que no tiene el deber de tratar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan solo aquellas que estime que poseen relevancia para sustentar la decisión (Fallos: 258:304; 262:222; 310:267, entre otros).

III. En segundo lugar, no es ocioso señalar que se está ante un proceso que integra el elenco de los denominados de jurisdicción voluntaria, y, como tal, no tiende a la satisfacción de pretensiones resistidas o insatisfechas, sino a la determinación objetiva de los sucesores y de los bienes que integran la herencia y el modo de partirlos, en su caso (conf. CNCiv., sala A, 06/09/1974, ED, T. 58, p. 144; sala C, 29/07/1980, ED, T. 90, p. 867; ídem, 26/03/1981, ED, T. 93, p. 591; sala F, 03/08/1977, ED, T. 75, p. 448; ídem, sala B, 29/12/1981, ED, T. 98, p. 483, Rev. LA LEY, T. 1981-B, p. 335; T. 1978-B, p. 668, fallo 34.622-S; Rep. LA LEY, T. XLII, J-Z, p. 2512, sum. 85; ídem, sala E, 26/12/1978, Rev. LA LEY, T. 1979-B, p. 284; ídem, sala G, 12/09/1979, Rev. LA LEY, T. 1980-A, p. 429; ídem, sala D, 20/05/1981; Rev. LA LEY, T. 1982-A, p. 580, fallo 36.067-S, entre otros).

IV. De conformidad con el art. 689 del Cód. Proc. Civ. y Comercial., quien solicitare la apertura del proceso sucesorio, deberá justificar, *prima facie*, su carácter de parte legítima, acompañar la partida de defunción del causante y demás documentación correspondiente.

De ahí, que los peticionantes deben estar legitimados para ocurrir ante el juez del último domicilio del causante (conf. arts. 74, 2336 y 2643 del Cód. Civ. y Com. de la Nación), y obtener, consiguientemente, la apertura del proceso que determina la ley.

Así, ante la falta de legitimación, el juez debe denegar la apertura del proceso (art. 690, párr. 1, Cód. Proc. Civ. y Comercial.).

En este orden de ideas, se ha decidido, que son parte legítima los herederos llamados a recibir la herencia por no haber otros de grado más próximo conocidos, los herederos instituidos, los legatarios de cuota, las albaceas y el albacea consular (CNCiv. Sala C, ED, 67-363).

En el caso concreto, la recurrente se presentó a solicitar la apertura del proceso sucesorio, invocando el

carácter de acreedora de la causante, en el entendimiento que aquella ha sido condenada en costas en el marco del expediente que referencia en el memorial, por lo que persigue el cobro de honorarios profesionales.

Sostiene que al heredero de la de cujus no le interesa impulsar el trámite del sucesorio, mientras que su crédito continúa impago.

En sus agravios expone que se encuentra acreditado su carácter de acreedora de la causante; que deviene inaplicable el art. 2289 del Cód. Civ. y Com. de la Nación en cuanto al plazo que debe transcurrir para iniciar el proceso sucesorio, pues la causante falleció el 25/11/2018 y en torno a la intimación que también impone la norma antes referida, argumentó que no resulta necesaria, en tanto la jurisprudencia es conteste sobre ello, siendo, además, que aquel fue intimado en el marco del expediente en el que se devengaron los honorarios cuyo cobro persigue, no correspondiendo entonces dejar sin efecto la apertura del sucesorio, ya que bien puede efectuarse la intimación judicial señalada.

Al respecto, se ha sostenido que "a fin de intervenir en un juicio sucesorio, se entiende por "acreedores" no solo a quienes se titulan con derechos creditorios, sino también los legitimados para promover pretensiones contra el causante. Los acreedores son terceros con facultad para obligar a pronunciarse, ya que, según su deudor acepte o renuncie, tendrán abierto el camino para proceder en la forma a que los autoriza la ley. A tales acreedores se les ha reconocido el derecho de iniciar el juicio sucesorio, previa intimación a los titulares de la vocación hereditaria (conf. CNCiv. Sala "C" en autos "Bonilauri, Aurelia A. s/ sucesión ab intestato" Expte. N° 13381/2019, del 23/10/2019; id.id. Sala "E" en autos "Quintero, Carlos A. s/ sucesión", del 22/11/2012).

Por su parte el art. 2289 del Cód. Civ. y Com. de la Nación establece que "cualquier interesado puede solicitar judicialmente que el heredero sea intimado a aceptar o renunciar la herencia..." La norma habilita a quienes posean interés legítimo a producir la reducción del plazo del derecho de opción mediante intimación judicial al heredero (conf. Lorenzetti, Cód. Civ.Com. de la Nación Comentado, T° X, p. 449, Rubinzal Culzoni).

Es decir, se encuentran legitimados para solicitar la apertura del sucesorio "los acreedores del causante, los legatarios y los acreedores personales del heredero" (conf. Jorge H. Alterini, Código Civil y Comercial Comentado", T. XI, p. 150, Ed. LA LEY), por lo que, dada la pretensión que intenta la recurrente, cabría reconocerle ese derecho.

Empero, no puede soslayarse que la peticionaria no ha satisfecho el requisito de la previa intimación a los herederos previsto por el art. 2289 del Cód. Civ. y Com. de la Nación. que, de acuerdo a dicha normativa, debe efectuarse judicialmente.

No obstante lo manifestado acerca del heredero de la causante, frente a supuestos de desconocimiento de aquellos, se debe dar intervención a la Procuración del GCBA, para que el organismo correspondiente se presente a estar a derecho.

Se ha sostenido al respecto que "si el acreedor desconoce la existencia de herederos o si estos ante la intimación del art. 2289 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, se manifiestan renunciantes, el acreedor no puede promover directamente el proceso sucesorio.

Debe previamente peticionar la intervención del Ministerio de Educación, nacional o provincial, o del organismo que corresponda según las jurisdicciones. Solo si este último no actúa, podrá iniciar y tramitar el sucesorio. (Conf. Francisco Ferrer, "Comunidad Hereditaria e Indivisión Posganancial", Santa Fe 2016, p. 365, ed. Rubinzal-Culzoni).

Teniendo en cuenta lo hasta aquí expuesto, siendo que en el anteúltimo párrafo de la providencia recurrida se requiere los datos del heredero de la causante para disponer los despachos del caso a fin de intimar en los términos del art. 2289 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, que propicia el cumplimiento de la intimación previa a los herederos, no habrán de admitirse los agravios propugnados por la recurrente.

Sobre ello, se ha sostenido en doctrina que los acreedores no podrán iniciar el sucesorio sin que medie la intimación previa a la que refiere el art. 3314 del Cód. Civil a fin de que los herederos acepten o repudien la herencia, norma esta que ha sido reemplazada por los artículos 2289 y 2356 del Cód. Civ. y Com. de la Nación. (Conf. Omar Luis Díaz Solimine, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Comentado y Anotado", Bs. As. 2018, p. 734, ED, Erreius).

Recientemente este colegiado ha decidido en relación a ello que, conforme surge del juego armónico del art. 2292 del Cód. Civ. y Com. de la Nación y del art. 729 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, los acreedores solo pueden actuar por el heredero para iniciar la sucesión cuando este, previamente intimado, no lo hace, o para continuar el trámite si el sucesor lo abandona (Conf. esta Sala en autos "Valdez, Ana M. del V. s/ sucesión ab intestato", Expte. N° 11605/2011, del 09/09/2020).

Por lo demás, deviene abstracto expedirse sobre el plazo establecido en el art. 694 del Cód. Proc. Civ. y

Comercial, considerando para ello, la fecha de fallecimiento de la causante (25/11/2018), conforme surge de la partida de defunción digitalizada en autos.

V. Por lo expuesto, se resuelve: Confirmar el decisorio recurrido en lo que ha sido materia de agravios. Con costas en el orden causado por no haber mediado sustanciación. Regístrese y notifíquese electrónicamente. Publíquese y, oportunamente, devuélvase. *— Omar L. Díaz Solimine. — Juan M. Converset. — Pablo Tripoli.*

Los acreedores y el derecho a iniciar el juicio sucesorio

Karina A. López (*)

Sumario: I. Sumario.— II. Contextualización.— III. Análisis de lo resuelto en primera instancia.— IV. Análisis del dictamen de alzada.— V. Conclusión.

I. Sumario

El sucesorio fue iniciado por quien sería una supuesta acreedora de la causante, pero sin justificarlo y sin siquiera informar cuál sería la deuda reclamada; de modo que tal supuesta calidad de acreedora no fue invocada de modo claro y preciso.

A raíz de lo cual el juez *a quo* ordenó dejar sin efecto la apertura del sucesorio y la orden de publicación de edictos. Todo ello a fin de dar cumplimiento en debida forma con la intimación prescripta en el código de fondo y a denunciar el nombre y domicilio del o de los herederos de la causante.

Consecuentemente la pretensa acreedora interpuso recurso de apelación y fundó el recurso.

Por su parte el tribunal de alzada confirmó el decisorio recurrido por haber sido materia de agravios, con costas en el orden causado atento la falta de sustanciación.

II. Contextualización

El proceso sucesorio es un proceso voluntario por contraposición al proceso contencioso en el que se dirimen conflictos. El proceso de jurisdicción voluntaria es aquel en que no corresponde decidir entre pretensiones contradictorias. La ley exige la intervención del magistrado para dar eficacia a ciertos actos que por razones de certeza estima necesario integra, autorizar u homologar. Carnelutti señala que esta "intervención del juez, se explica por la conveniencia de una comprobación más segura de los presupuestos de efectos jurídicos determinados, de tal modo que estos no se produzcan sin su intervención" **(1)**.

El proceso sucesorio no está destinado a resolver ninguna controversia sino a dar certeza a determinadas situaciones jurídicas, concretas sobre la calidad de heredero, sobre la composición del patrimonio y sobre la partición del haber partible.

Como procedimiento no propende a satisfacer pretensiones insatisfechas o resistidas, ello así las pretensiones de los acreedores tendien-

(*) Abogada (UBA). Especialista en Derecho Sucesorio (UBA). Docente de CPO de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en los cursos de: "Alimentos a los hijos y la convención de los derechos del niño" y "Violencia de género y violencia familiar. Responsabilidad por daños".

(1) MEDINA, Graciela (2011), "Proceso Sucesorio", Rubinzal- Culzoni Editores, t. I, p. 28.

tes a cobrar sus créditos, o la de los herederos que requieran acreditar su vocación, la calidad discutida de un hijo extramatrimonial o la excusión hereditaria conyugal, deben ser definidas en procesos independientes, no siendo el marco del proceso sucesorio adecuado para darles solución.

Parece claro que tramiten por juicio separado todas las pretensiones de los acreedores tendientes a cobrar sus derechos, las acciones de nulidad de testamento y de petición de herencia.

En muchos casos las pretensiones de las partes intervinientes en este tipo de procesos son rechazadas, simplemente porque exceden su objeto, de allí que el conocimiento preciso del objeto sea de suma importancia para evitar tanto el desgaste jurisdiccional inútil como un dispendio procesal y económico **(2)**.

Es dable destacar que la jurisprudencia ha determinado que; como procedimiento judicial, no tiende a la satisfacción de pretensiones resistidas, sino a la determinación objetiva de los bienes dejados por el causante, y las personas que habrán de heredarlo, por lo que quien tenga interés deberá promover las acciones a que se creyere con derecho por la vía correspondiente. Esta conclusión es válida tanto para las pretensiones de terceros frente a la sucesión o los herederos como las de estos entre sí o frente a sus potenciales demandados **(3)**.

Respecto de la intervención de los acreedores, el art. 694 del Cód. Proc. Civ. y Com. dispone que, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 3314 del Código Civil, los acreedores solo podrán iniciar el proceso sucesorio después de transcurridos cuatro [4] meses desde el fallecimiento del causante. Sin embargo, el juez podrá ampliar o reducir ese plazo cuando las circunstancias así lo aconsejaren. Su intervención cesará cuando se presente al juicio algún heredero o se provea a su representación en forma legal, salvo inacción manifiesta de estos, en cuyo supuesto los acreedores podrán activar el procedimiento.

(2) Ibidem, ps. 28 y 29.

(3) CNCiv., sala G, "Goldenberg, Sofia s/ Sucesión", 25/06/96, LA LEY 1996-E, 679; DJ 1997-1, 344, AR/JUR/4060/1996.

III. Análisis de lo resuelto en primera instancia

Del análisis de las actuaciones que dieron origen al fallo en análisis puede inferirse que la Dra. Lah Ukmar, dio inicio al proceso sucesorio, atento que esta sería una supuesta acreedora de la causante, aunque dicho carácter no fue debidamente acreditado en el expediente sucesorio, ni informada la deuda pretendida. No obstante ello, debido a un error en la administración del expediente, se ordenó la apertura del proceso sucesorio, motivo por el cual, al advertirse dicha falta, el juez de grado dispuso la revocatoria del auto que ordenaba la apertura, dejándola sin efecto.

Atento que, para que proceda la apertura del juicio sucesorio a solicitud de un acreedor, es necesario que este demuestre la calidad invocada, para lo cual hubiese resultado suficiente que el crédito estuviese previamente justificado y probado.

Asimismo, a fin de que la sucesión iniciada por los acreedores del causante goce de validez, debe darse cumplimiento con lo normado por el art. 694 del Cód. Proc. Civ. y Com., es decir deben haber transcurrido cuatro meses desde la fecha del fallecimiento y haber intimado previamente a los herederos para que se expidan acerca de la aceptación o renuncia de la herencia, todo ello en un plazo que no debe exceder de treinta días. Recién cuando se haya dado cumplimiento con tales deberes, los acreedores estarán facultados para promover por sí la sucesión del presunto deudor (conf. art. 2289 del Cód. Civ. y Com.).

IV. Análisis del dictamen de alzada

El fallo en análisis comienza describiendo que:

1. Contra la resolución de fecha 21/08/2020, mediante la cual se deja sin efecto la apertura del sucesorio dispuesta en fecha 11/03/2020, se alza la Dra. Lah Ukmar fundando su recurso de apelación con el memorial del 22/09/2020.

2. "Ante todo, se impone recordar que el Tribunal no se encuentra obligado a seguir a las partes en todos sus argumentos sino tan solo

en aquellos que considera conducentes al esclarecimiento del litigio. Es decir que no tiene el deber de tratar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan solo aquellas que estime que poseen relevancia para sustentar la decisión (Fallos: 258:304; 262:222; 310:267, entre otros)".

3. "En segundo lugar, no es ocioso señalar que se está ante un proceso que integra el elenco de los denominados de jurisdicción voluntaria, y, como tal, no tiende a la satisfacción de pretensiones resistidas o insatisfechas, sino a la determinación objetiva de los sucesores y de los bienes que integran la herencia y el modo de partirlos, en su caso (conf. CNCiv., sala A, 6/9/74, ED, t. 58, p. 144; sala C, 29/7/80, ED, t. 90, p. 867; ídem, 26/3/81, ED, t. 93, p. 591; sala F, 3/8/77, ED, t. 75, p. 448; ídem, sala B, 29/12/81, ED, t. 98, p. 483 -Rev. LA LEY, t. 1981-B, p. 335; t. 1978-B, p. 668, fallo 34.622-S; Rep. LA LEY, t. XLII, J-Z, p. 2512, sum. 85-; ídem, sala E, 26/12/78, Rev. LA LEY, t. 1979-B, p. 284; ídem, sala G, 12/9/79, Rev. LA LEY, t. 1980-A, p. 429; ídem, sala D, 20/5/81; Rev. LA LEY, t. 1982- A, p. 580, fallo 36.067-S, entre otros)".

Como se ha indicado al principio del presente trabajo, el proceso sucesorio resulta ser un procedimiento voluntario que no tiene por finalidad resolver conflictos propios de otras materias, por cuanto la pretensión de la supuesta acreedora propensa a cobrar su crédito debió ser definida en un juicio autónomo, toda vez que el proceso sucesorio no resulta adecuado para procurarle salida a la problemática que la motivó a dar inicio al expediente de sucesión.

Y continúa enunciado que:

4. "De conformidad con el art. 689 del Cód. Proc. Civ. y Com., quien solicitare la apertura del proceso sucesorio, deberá justificar, *prima facie*, su carácter de parte legítima, acompañar la partida de defunción de la causante y demás documentación correspondiente".

Por su parte la jurisprudencia ha dicho que debe decretarse la nulidad de todo lo actuado en una sucesión que fue promovida por un presunto acreedor laboral del causante, pues existió una irregularidad en la providencia que decretó la apertura del juicio sucesorio, consistente en no verificar la legitimación del solicitante, quien no acreditó —siquiera mínimamente- la relación laboral en al cual fundó se acreencia **(4)**.

En los actuados no se dio cumplimiento con la norma procesal mencionada precedentemente, atento que la apelante, prescindió acreditar su carácter de acreedora con las constancias necesarias que dieran cuenta del crédito reclamado.

Las normas procesales se limitan a decir que quien inicie la sucesión deberá acreditar, *prima facie*, su carácter de parte legítima, dejando a los jueces la tarea de determinar en cada caso si el que solicita la apertura del proceso sucesorio reúne o no la calidad de titular de derechos sucesorios **(5)**.

La jurisprudencia se ha expedido en este mismo sentido, al argumentar que: Solo quien acredite *prima facie* su carácter de parte legítima puede solicitar la apertura del juicio sucesorio y continuar su trámite. Es nula, en consecuencia, la actuación de quien carece de la mencionada legitimación, y todo lo obrado como consecuencia de aquella **(6)**.

En este orden de ideas los magistrados continúan diciendo:

"De ahí, que los peticionantes deben estar legitimados para ocurrir ante el juez del último domicilio del causante (conf. arts. 74, 2336 y 2643 del Cód. Civ. y Com.), y obtener, consiguientemente, la apertura del proceso que determina la ley".

El decisorio arribado por los camaristas encuentra fundamento en el fallo plenario de la Cámara Civil de 1986, en el cual se determinó que "no son válidas las actuaciones promovidas en el juicio sucesorio, por quien no está investido ni sustancial ni formalmente para ello en virtud de un derecho dependiente de la sucesión" (CNCiv., en pleno, *in re* 'Zineroni, María L. C.,

(4) Cámara Civil y Comercial de Corrientes, Sala IV, "Ojeda de Franco, Florencia y otro", 10/02/2010, LLLitoral 2010 (junio), 546, AR/JUR/356/2010.

(5) PÉREZ LASALA, "Derecho de las sucesiones", Rubinzal- Culzoni Editores, t. I, p. 77.

(6) CNCiv., sala D, 04/07/1978, ED, 79- 298.

s/ suc", 31/03/1986, ED, 118-235; La Ley, 1986-C-94, JA 1986-II, 345).

"Así, ante la falta de legitimación, el juez debe denegar la apertura del proceso (art. 690, párr. 1, Cód. Proc. Civ. y Com.).

"En este orden de ideas, se ha decidido, que son parte legítima los herederos llamados a recibir la herencia por no haber otros de grado más próximo conocidos, los herederos instituidos, los legatarios de cuota, las albaceas y el albacea consular (CNCiv., sala C, ED 67-363).

"En el caso concreto, la recurrente se presentó a solicitar la apertura del proceso sucesorio, invocando el carácter de acreedora de la causante, en el entendimiento que aquella ha sido condenada en costas en el marco del expediente que referencia en el memorial, por lo que persigue el cobro de honorarios profesionales.

"Sostiene que al heredero de la *de cujus* no le interesa impulsar el trámite del sucesorio, mientras que su crédito continúa impago".

Al respecto, es dable recordar que para que la presentación del proceso sucesorio tenga validez, es necesario contar con legitimación suficiente, dicha legitimación no es más ni menos que la capacidad procesal para iniciar el proceso sucesorio.

Lo normal es que la capacidad de derecho para iniciar un proceso la tenga quien va a ser parte en él. Así, quien es titular de un derecho de crédito está legitimado sustancialmente para iniciar un juicio de cobro de pesos, proceso en el que será parte **(7)**.

Asimismo, los camaristas agregan:

"En sus agravios expone que se encuentra acreditado su carácter de acreedora de la causante; que deviene inaplicable el art. 2289 del Cód. Civ. y Com. en cuanto al plazo que debe transcurrir para iniciar el proceso sucesorio, pues la causante falleció el 25/11/2018 y en torno a la intimación que también impone la norma antes referida, argumentó que no resulta necesaria, en tanto la jurisprudencia es conteste sobre ello, siendo, además, que aquel fue intimado en el marco del expediente en el que se devengaron los honorarios cuyo cobro persigue, no correspondiendo entonces dejar sin efecto la apertura del sucesorio, ya que bien puede efectuarse la intimación judicial señalada".

Al respecto, se ha sostenido que "a fin de intervenir en un juicio sucesorio, se entiende por 'acreedores' no solo a quienes se titulan con derechos creditorios, sino también los legitimados para promover pretensiones contra el causante. Los acreedores son terceros con facultad para obligar a pronunciarse, ya que, según su deudor acepte o renuncie, tendrán abierto el camino para proceder en la forma a que los autoriza la ley. A tales acreedores se les ha reconocido el derecho de iniciar el juicio sucesorio, previa intimación a los titulares de la vocación hereditaria (conf. CNCiv., sala C, "Bonilauri, Aurelia Anacleta s/ sucesión *ab intestato*" Expte. N° 13381/2019, 23/10/2019; id. sala E, "Quintero, Carlos Alberto s/ sucesión", 22/11/2012).

Por su parte el art. 2289 del Cód. Civ. y Com. establece que "cualquier interesado puede solicitar judicialmente que el heredero sea intimado a aceptar o renunciar la herencia...". La norma habilita a quienes posean interés legítimo a producir la reducción del plazo del derecho de opción mediante intimación judicial al heredero (conf. Lorenzetti, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Rubinzal Culzoni, t. X, p. 449).

Es decir, se encuentran legitimados para solicitar la apertura del sucesorio "Los acreedores del causante, los legatarios y los acreedores personales del heredero" (conf. Alterini, Jorge H., *Código Civil y Comercial Comentado*, La Ley, t. XI, p. 150), por lo que, dado pretensión que intenta la recurrente cabría reconocerle ese derecho".

Los acreedores del causante que sean titulares de un crédito legítimo están legitimados para iniciar el juicio sucesorio. Resulta desde ya imprescindible para iniciar el juicio sucesorio la calidad de acreedor demostrar tal condición. De lo contrario, la pretensión debe ser rechaza-

(7) MEDINA, Graciela, ob. cit., p. 145.

da, sin perjuicio de que pueda intentarlo en una nueva presentación **(8)**.

De la conjunción de la normativa civil y la procesal, los acreedores del causante han visto limitadas facultades sus para dar inicio a la sucesión de su deudor.

"Empero, no puede soslayarse que la peticionaria no ha satisfecho el requisito de la previa intimación a los herederos previsto por el art. 2289 del Cód. Civ. y Com., que de acuerdo a dicha normativa debe efectuarse judicialmente".

Es menester destacar la concordancia existente entre el art. 2289 y la normativa anterior; el Código Civil establecía en su art. 3314: "Los terceros interesados podían exigir que el heredero acepte o renuncie la herencia en un plazo no mayor de treinta días". Por su parte, del análisis de la normativa actual surge que; Cualquier interesado podrá presentarse al juez para requerir que el heredero sea intimado a aceptar o repudiar la herencia, introduciendo ahora una intervención judicial que no estaba en la legislación anterior. El plazo que se fije judicialmente para que el heredero ejerza su opción no puede ser menor de un mes ni mayor de tres meses, pero puede ser renovado una vez por justa causa. Si cumplido el plazo el heredero no se ha expedido se lo tiene por aceptante. Se mantiene el llamado plazo de luto y llanto que traía el Código Civil, puesto que la intimación recién se podrá hacer pasados los nueve días desde la muerte del causante, sin perjuicio de las medidas que se puedan adoptar para resguardar los derechos del interesado. Esta intimación, en caso de institución de heredero bajo condición suspensiva, solo podrá hacerse cuando se haya perfeccionado el derecho con el cumplimiento de la condición **(9)**.

El tribunal colegiado agrega:

"No obstante lo manifestado acerca del heredero de la causante, frente a supuestos de desconocimiento de aquellos, se debe dar intervención a la Procuración del GCBA, para que el organismo correspondiente se presente a estar a derecho".

Se ha sostenido al respecto que "si el acreedor desconoce la existencia de herederos o si estos ante la intimación del art. 2289 del Cód. Civ. y Com., se manifiestan renunciantes, el acreedor no puede promover directamente el proceso sucesorio".

Debe previamente peticionar la intervención del Ministerio de Educación, nacional o provincial, o del organismo que corresponda según las jurisdicciones. Solo si este último no actúa, podrá iniciar y tramitar el sucesorio (Conf. Ferrer, Francisco, *Comunidad hereditaria e indivisión posganancial*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, p. 365).

Ya la Cámara Civil varias décadas atrás concluyó que son nulas las actuaciones cumplidas en el sucesorio desde su apertura, cuando son realizadas por los acreedores del causante sin dar previa intervención al Consejo Nacional de Educación, pues solo ante el silencio de este, el o los acreedores tienen legitimación para promover el sucesorio. El perjuicio sufrido por el Consejo Nacional de Educación se encuentra configurado al haber sido conculcado el derecho que tiene a tramitar la sucesión **(10)**.

Cuando se desconocen los herederos, corresponde citar al Consejo Nacional de Educación, y solo en caso de que este guarde silencio, podrá iniciar la sucesión al acreedor. Lo que se persigue es impedir que con el objeto de percibir los honorarios correspondientes a todo profesional que inicia un sucesorio, estos actúen desaprensivamente promoviendo innecesaria y apresuradamente la sucesión **(11)**.

"Teniendo en cuenta lo hasta aquí expuesto, siendo que en el anteúltimo párrafo de la providencia recurrida se requiere los datos del heredero de la causante para disponer los despachos del caso a fin de intimar en los términos del art. 2289 del Cód. Civ. y Com., que propicia el cumplimiento de la intimación previa a los

(8) Ibidem, p. 162.

(9) Código Civil y Comercial de la Nación analizado, comparado y concordado dirigido por Alberto J. Bueres, Hammurabi, Buenos Aires, 2014 1ª ed. vol. 2, p. 516.

(10) CNCiv., sala F, 13/10/1980, ED. 92-239.

(11) CNCiv., sala F, "Terminiello, Genaro s/ Sucesión", 27/07/1979.

herederos, no habrán de admitirse los agravios propugnados por la recurrente".

Sobre ello, se ha sostenido en doctrina que los acreedores no podrán iniciar el sucesorio sin que medie la intimación previa a la que refiere el art. 3314 del Cód. Civil a fin de que los herederos acepten o repudien la herencia, norma esta que ha sido reemplazada por los artículos 2289 y 2356 del Cód. Civ. y Com. (Conf. Díaz Solimine, Omar Luis, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado y anotado*, Erreius, Buenos Aires, 2018, p. 734).

Recientemente este colegiado ha decidido en relación con ello que, conforme surge del juego armónico del art. 2292 del Cód. Civ. y Com. y del art. 729 del Cód. Proc. Civ. y Com. los acreedores solo pueden actuar por el heredero para iniciar la sucesión cuando este, previamente intimado, no lo hace, o para continuar el trámite si el sucesor lo abandona (Conf. esta Sala en autos "Valdez, Ana María del Valle s/ sucesión *ab intestato*", Expte N° 11605/2011, 09/09/2020).

Por lo demás, deviene abstracto expedirse sobre el plazo establecido en el art. 694 del Cód. Proc. Civ. y Com., considerando para ello, la fecha de fallecimiento de la causante (25/11/2018), conforme surge de la partida de defunción digitalizada en autos.

5. Por lo expuesto, se resuelve: Confirmar el decisorio recurrido en lo que ha sido materia de agravios. Con costas en el orden causado por no haber mediado sustanciación. Regístrese y notifíquese electrónicamente. Publíquese y, oportunamente, devuélvase.

A este respecto, es dable destacar que desde hace tiempo la doctrina ha determinado que; en cuanto a los motivos que justifican la iniciación del proceso sucesorio por parte de los acreedores, cabe decir que no obstante no poder cobrar sus acreencias en el proceso, los acreedores del causante, del heredero o de los legatarios, muchas veces inician el juicio sucesorio con el fin de: a) la necesidad de identificar los herederos; b) la necesidad de precisar la composición del caudal relicto. Pero, en definitiva, ningún acreedor puede ser considerado parte en el proceso sucesorio, porque su función se limita a cumplir la inactividad de los herederos **(12)**.

La ley, a la vez que autoriza a los acreedores a iniciar el proceso sucesorio, determina para ellos requisitos especiales con la finalidad de poner a los herederos en resguardo de su posible actuar presuroso e injustificado que provoque respecto de estos el privarlos de su natural derecho a iniciar este proceso **(13)**.

V. Conclusión

Del fallo analizado se desprende que, aun cuando las normas habilitan a los acreedores a iniciar el proceso sucesorio, estos deben cumplir previamente con los requisitos indicados tanto en el código de forma como en el de fondo; es decir deben acreditar la calidad invocada, así como acreditar que transcurrieron cuatro meses desde la fecha de fallecimiento del causante y haber cursado la pertinente intimación a los herederos a fin que ellos acepten o rechacen la herencia. En caso de incumplimiento se corre el riesgo de que se declare nula la apertura del sucesorio y se impongan costas.

No obstante, nada impide que tales extremos sean realizados en el sucesorio como actos previos a la apertura de la sucesión.

(12) MEDINA, Graciela, "Proceso Sucesorio", en ARAZI y ROJAS, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Rubinzal- Culzoni Editores, p. 395.

(13) PÉREZ LASALA, ob. cit., p. 81.

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Revocación de sentencia que desplazó la filiación materna de la mujer gestante y admitió el emplazamiento filial de una pareja homosexual. Figura que no está admitida por el ordenamiento jurídico. Determinación de la maternidad por el útero. Orden público. Inexistencia de vacío legislativo. Inaplicabilidad del art. 19 de la Constitución Nacional. Disidencia. Derecho a formar una familia. Voluntad procreacional. Igualdad. Interés superior del niño e identidad.

Con nota de Gabriela Yuba

1. — En el actual régimen jurídico cabe considerar a la gestante como madre de la menor con independencia del posible aporte que pudiere haber hecho de material genético y de su eventual intención de ejercer el rol materno. Mientras el legislador no autorice otra consecuencia jurídica, no corresponde apartarse de la ley que atribuye en la especie la maternidad por el parto con prescindencia del nexo genético que tenga la madre con la niña y la ausencia de voluntad procreacional que pueda haber mediado de parte de la gestante. Es decir, pudiendo existir dos vínculos filiatorios, el único modo de admitir la pretensión sería contrariar el orden público; lo que no resulta admisible. Además, encontrándose en juego el derecho a la identidad del menor frente al derecho de los mayores a formar una familia con hijos no biológicos, borrando de sus antecedentes a la donante anónima del gameto femenino y la gestante, consideramos que debe otorgarse primacía al primero, pues de lo contrario el vínculo biológico con el progenitor que no da a luz, como el de la mujer gestante, sería irrelevante en oportunidad de tener que establecerse la filiación. Por lo demás, el ordenamiento legal da la solución puntual al caso, contemplando en el art. 630 y concs. del Cód. Civ. y Com. de la Nación un proceso con debida intervención y contralor judicial otorgante de vínculo filiatorio pleno, al cual podrá acceder quien así lo estime.

2. — La intención del legislador fue clara al excluir la gestación por sustitución del proyecto de reforma. Por ende, no existe vacío legislativo que justifique resolver el caso en función de lo normado por el art. 19 de la CN.

3. — De admitirse lo que pretenden las partes, estas podrían acordar tanto sobre la voluntad procreacional como respecto al procedimiento de determinación de la filiación y el modo de entrega del niño de una persona a quien no se estima como la madre a los progenitores que serían los padres por el solo acuerdo de aquellas ante la inexistencia de prohibición alguna, lo que no se puede avalar. Se naturalizaría este tipo de procedimiento flexibilizando indebidamente los requerimientos que deben exigirse de acuerdo con el espíritu y marco normativo que regula la cuestión.

4. — Los términos en que se encuentra redactado el art. 562 del Cód. Civ. y Com. actualmente imponen concluir que la figura no está admitida, guardando ello coherencia con los términos que emergen del art. 17 del Cód. cit. que prohíbe contratos gratuitos u onerosos sobre el propio cuerpo. Dicha situación no es menor, si se toma en cuenta que el orden público que regula la materia proyecta sus efectos sobre la normativa en trato.

5. — El legislador no solo descartó la gestación por sustitución del anteproyecto, sino que, además, fue cuidadoso en aclarar cómo se determina la maternidad, por medio de una norma que es de fuerza imperativa y no disponible por la voluntad de los particulares.

6. — La voluntad procreacional no sirve para determinar la maternidad, dado que se determina por el útero, más allá de todo consentimiento. En otras palabras, la voluntad procreacional rige en el ámbito donde no rige el vientre, como una nueva forma jurídica de enlazar al niño con sus progenitores de deseo.

7. — El art. 565 del Cód. Civ. y Com. dispone, como principio general, que en la filiación por naturaleza la maternidad se establece con la prueba del nacimiento y la identidad del nacido; es decir, prevé un sistema de determinación legal y objetivo de la maternidad.

8. — El art. 588 del Cód. Civ. y Com. de la Nación señala que en los supuestos de filiación por TRHA la falta de vínculo genético no puede invocarse para impugnar la maternidad, si ha mediado consentimiento previo, informado y libre. Se pretende reafirmar que ese hijo o hija es de quien dio a luz. El artículo no descarta ni prohíbe la gestación por sustitución, sino que la autoriza, aunque con los límites o modalidades citadas, específicamente que el niño o niña nacidos sean hijos de quien dio a luz y, además, del hombre o de la mujer que ha dado su consentimiento previo. Por ello, no existe la prohibición de que haya un cuerpo gestante, sino que se constriñe a determinar que el hijo naci-

do será de quien dio a luz, más allá que no haya coincidencia genética (del voto en disidencia de la Dra. Bermejo).

9. — La gestación por sustitución no conculca el orden público, pues, de haber sido así, no se pudo haber incorporado al ordenamiento un artículo como el 2634 (arts. 558, 560 y ss., Cód. Civ. y Com. de la Nación). La coherencia de un mismo sistema jurídico no puede admitir una propia contradicción o un doble standard de antijuridicidad (del voto en disidencia de la Dra. Bermejo).

10. — De interpretar que el art. 562 del Cód. Civ. y Com. de la Nación integra el orden público —como opina el señor Fiscal coadyuvante—, no se podría admitir que la gestación por sustitución realizada en el extranjero se anote en nuestro país. No podría la ley prever el reconocimiento en el país de un derecho que resulte contrario a nuestro ordenamiento. Por este mismo fundamento tampoco se aprecia vulnerado el art. 12 del Cód. Civ. y Com. de la Nación (del voto en disidencia de la Dra. Bermejo).

11. — La reforma del texto del Anteproyecto no obliga a negar la gestación por sustitución, sino que solo se puede afirmar que su reglamentación se suprimió en la versión sancionada. La interpretación constitucional lleva a igual respuesta. El art. 19 de la Carta Magna prevé que nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no obliga. Así, al no estar prohibido, su falta de regulación no coarta su práctica, justamente para asegurar la libertad que destaca su mismo preámbulo (del voto en disidencia de la Dra. Bermejo).

12. — Al no haberse regulado la gestación por sustitución, existe un vacío legislativo que las decisiones judiciales han suplido. Así en diversos precedentes se acudió a los requisitos contenidos en el Proyecto de Reforma y Unificación del Cód. Civ. y Com. presentado en el Congreso de la Nación —que culminara con la sanción del Código hoy vigente—, para encauzar una posible respuesta (del voto en disidencia de la Dra. Bermejo).

13. — Definir que solo por gestar es madre limita el concepto de la palabra y de los alcances que la misma realidad social y la propia ciencia brinda a ese término. La acota a una noción médica que olvida la incidencia de los adelantos técnicos que permiten que un cuerpo gestante porte a un niño o niña de otras personas, al igual que da la espalda a las múltiples realidades sociales que admiten que ese sea un rol que se asuma y ejerza desde la socioafectividad, por ejemplo, como ocurre en la adopción (del voto en disidencia de la Dra. Bermejo).

14. — En el caso de gestación por subrogación, la persona gestante, sin vínculo genético con el niño o niña, será progenitor por determinación de la ley solo por el hecho de haberlo alumbrado. Se impone, de tal manera, un criterio biológico que borra la historia de la gestación y de las voluntades que intervinieron en su concreción. Detenerse solo en el parto para definir a uno de los progenitores es recortar al proceso que llevó a que la intención de dos o tres personas, según pueda acontecer, haya culminado en el nacimiento de un ser humano (del voto en disidencia de la Dra. Bermejo).

15. — Convenir que solo el vientre es lo que convierte en progenitora a una persona conlleva que se le otorgue ese título a quien pueda no desearlo ni tener vínculo genético con la persona nacida, quien no desee ejercer su rol paternal, desplazando a quien sí lo persigue y que solo podría concretar esa voluntad con intervención de la ciencia, pues su propia naturaleza se lo impide. Esta realidad es lo que impone flexibilizar la mirada, en pos del respeto a los derechos humanos de los adultos y de los niños nacidos por esta técnica (del voto en disidencia de la Dra. Bermejo).

16. — Determinar, como lo hace la ley, que es madre quien da a luz un hijo es desconocer la verdad, pues si no hubiera habido un aporte genético de una tercera persona, de gametos masculinos y femeninos, esa gestación no se hubiera originado y esa persona no hubiera nacido. También cabría preguntarse si un hecho de la naturaleza, como es el nacimiento de una persona, puede ser definido jurídicamente por una afirmación de la ley para darle una connotación jurídica que la propia persona gestante no tuvo como intención (del voto en disidencia de la Dra. Bermejo).

17. — Ya sea que se trate de parejas heterosexuales, que no pueden gestar a su propio hijo, o parejas del mismo sexo, que deben recibir un gameto que pueda combinarse con uno del de ellos y que el hijo crezca en un cuerpo gestante, se enfrentan a la circunstancia que la ley predetermina que quien da a luz sea uno de los progenitores. Ello coloca en desventaja a la pareja de hombres frente a la de una de dos mujeres cuando una de ellas es quien da a luz y la otra quien aportó su gameto —necesario para que haya gestación por subrogación—, además del

insustituible gameto masculino aportado por un donante. Así, en el caso de parejas conformadas por dos mujeres, incluso antes de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, en el dec. 1006/2012 se preveía la inscripción del nacimiento de los hijos nacidos de una unión de dos mujeres. La Ciudad Autónoma de Buenos Aires también lo admitió por res. 38/ 2012 (SSJ), lo que implica una desigualdad frente a la voluntad procreacional de dos progenitores hombres (del voto en disidencia de la Dra. Bermejo).

18. — Tampoco es un argumento que el art. 558 del Cód. Civ. y Com. establezca que una persona no puede tener más de dos vínculos filiales, pues en este caso si se pretende tener dos, el quid reside en cuáles. Por ello, esa disposición no es dirimente en este caso (del voto en disidencia de la Dra. Bermejo).

19. — Si las personas solo pueden concretar su deseo de formar una familia gracias a los avances médicos, estos deben estar disponibles. La misma Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que la imposibilidad de las personas a acceder a esos adelantos científicos vulnera los derechos a la vida privada y familiar y el derecho a la integridad en relación con la autonomía personal, el derecho a decidir si tener hijos biológicos a través de una TRHA, la salud sexual, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico, así como el principio de no discriminación. En síntesis, ninguna familia puede ser sometida a discriminación basada en estas elecciones de sus integrantes (del voto en disidencia de la Dra. Bermejo).

20. — La salida para lograr una paridad de todos los aspirantes a formar una familia, en este caso, se encuentra en reinterpretar en lo que consisten las TRHA. Quienes no pueden tener un hijo por alguna razón podrán concretar su deseo sustituyendo la gestación. La práctica de las TRHA origina alternativas que debieran de encauzarse, justamente, por esta vía, en tanto es la que lo ha originado y no pretender dar una solución legal por otro proceso distinto, como sería la adopción. Sería como admitir readaptar lo que realmente ocurrió a una u otra norma, cuando ambas poseen alcances distintos, desvirtuando el derecho humano a formar una familia y a ejercer la voluntad procreacional. La adopción no respeta al superior interés de la niña, quien vería postergada la definición de su identidad jurídica a la finalización del proceso pertinente. Tal forma de proceder vulnera el superior interés de la niña, quien, en el presente y desde que nació, está conviviendo con el matrimonio de los peticionantes y recibe el trato de hija. La solución que se propone en el recurso implicaría postergar la definición de su identidad, uno de los derechos humanos esenciales de toda persona (del voto en disidencia de la Dra. Bermejo).

21. — La inscripción definitiva de los niños y niñas en el Registro es un derecho que no puede verse aplazado en el tiempo. Hace a su reconocimiento familiar, a su individualización y a su propia identidad e historia (del voto en disidencia de la Dra. Bermejo).

22. — La sentencia de primera instancia que desplaza la filiación materna de la mujer gestante respecto de una niña y admite el emplazamiento filial de la pareja peticionante no altera el derecho a la identidad de la niña a conocer sus orígenes, ya que en el mismo pronunciamiento se toman los resguardos para que se anote en el Registro todos los datos referidos a su nacimiento, de tal manera que podrá reconstruir su historia. El art. 559 del Cód. Civ. y Com. de la Nación se refiere a la expedición del certificado, lo que difiere de las anotaciones del Libro o Partida, en el cual constan las anotaciones marginales que se ordenan judicialmente (conf. arts. 1º, 5º, 15, 25, 47, 78 a 80, ley 26.413) (del voto en disidencia de la Dra. Bermejo).

23. — Corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 562 del Cód. Civ. y Com. y confirmar la sentencia que desplaza la filiación materna de la mujer gestante y admite el emplazamiento filial de la pareja peticionante (del voto en disidencia de la Dra. Bermejo).

CNCiv., sala K, 28/10/2020. - F., R. R. y otro c. G. P., M. A. s/ impugnación de filiación.

[Cita on line: AR/JUR/54740/2020]

COSTAS

En el orden causado.

33409/2017

2ª Instancia.- Buenos Aires, octubre 28 de 2020.

El doctor *Álvarez* dijo:

Contra el pronunciamiento de fs. 109/116, en cuanto desplaza la filiación materna de la menor de edad H. M. F. y admite el emplazamiento filial, a su respec-

to, de R. R. F. y D. H. R., apela a fs. 124 vta. el Ministerio Público, expresando agravios el Sr. Fiscal de Cámara a fs. 132/139; los que previo traslado de ley fueran contestados a fs. 147/154 por M. A. G. P.; a fs. 189/195 por la representación de R. R. F. y D. H. R.; a fs. 197/199 por el Defensor Público Tutor y a fs. 205/207 por la Sra. Defensora de Menores de Cámara.

En la especie, los Sres. R. R. F. y D. H. R. —por medio de apoderada— interpusieron acción de filiación contra la Sra. M. A. G. P., respecto de la hija H. M. F. para que se la desplace de su estado de madre, ordenándose la rectificación de la partida con la verdadera identidad de la menor.

Expusieron que la niña nació en virtud de técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) y que la accionada actuó como mujer gestante, sin voluntad de ser madre.

Señalaron haberse conocido el 13 de febrero de 2002, iniciando una relación de pareja en marzo del mismo año. A los pocos meses se mudan juntos al departamento que alquilaba el primero y en el mismo año finaliza el segundo su carrera de contador público.

Ambos compraron, luego, un automóvil, una mascota y en el año 2003 su primer departamento cumpliendo el sueño de la casa propia.

En el 2005 se trasladaron a un inmueble sito en el barrio de Palermo, concluyendo R. su licenciatura en Fonoaudiología y luego un profesorado de Biología, mientras que D. finalizó un MBA en Finanzas.

Exponen que, en tal contexto, soñaron con tener una familia completa y hablaron de sus deseos de ser padres, para lo cual comenzaron a estudiar distintas alternativas.

El 22 de mayo de 2014 contrajeron enlace y R. finalizó una Maestría en Gestión Educativa.

Refirieron que M., quien trabaja desde igual año para ellos, les ofreció "motus propio" de manera libre, altruista y desinteresada gestar en su vientre el hijo de ellos lo que felizmente aceptaran concurriendo al Instituto Médico Halitus en donde se llevó adelante un proceso de útero portador.

Ello se logró con el material genético masculino que aportaran ambos y mediante ovodonación.

Nacida la niña el 17/10/2016 se pudo constatar, con el ADN realizado en la Fundación Favaloro, el vínculo biológico con R. F., quien concurrió junto con la gestante a realizar la inscripción en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas con la finalidad de que la niña tuviera su partida y su DNI, hasta tanto D. pudiera alcanzar judicialmente su condición de progenitor.

Así la niña fue inscripta en el citado organismo consignándose, como madre, a M. A. G. P. y como padre a R. R. F. Exponen, también, que tal ADN excluyó el vínculo biológico de H. con M. A. y con D. R.

Remarcaron que aquella no tuvo voluntad procreativa sino la de ser una mujer portadora, quedando ello plasmado en los consentimientos informados que, previa y libremente, fueran celebrados ante escribano público.

Contrariamente, los accionantes alegan ser sus progenitores en mérito a haber exteriorizado en aquel su "voluntad procreacional" habiendo asumido la responsabilidad parental desde el nacimiento de H.

Sostienen, a su juicio, que como consecuencia de lo narrado debe admitirse el desplazamiento del estado de madre de la subrogante y otorgarse una nueva partida en la que conste la realidad biológica de la menor de edad con los datos de los actores como padres.

Que a fs. 86, la Defensoría Publica Tutoría N° 1 se notificó de lo actuado en el expediente, aceptando su titular el cargo de tutor de la menor de edad.

En tal calidad, solicitó se reencause la acción quedando promovida la demanda de impugnación de filiación contra M. A. G. P. y promoviendo demanda de filiación contra el Sr. D. H. R. con fuente filial en las TRHA. A fs. 95 se amplió la demanda impugnándose la paternidad por reconocimiento que hiciera R. R. F. por tratarse de una regla de filiación por naturaleza y no por THRA.

Celebrada en la sede de la Defensoría Pública Tutoría 1 una audiencia a la que concurrieran las partes con sus respectivas letradas, la Sra. G. P. informó que es de estado civil soltera y que nunca estuvo casada. Se dijo, asimismo, en aquella oportunidad que tanto la gestante como los comitentes (F.-R.) accedieron oportunamente, en forma voluntaria, a la práctica médica de la cual se desprende su voluntad procreacional; prestando conformidad con las acciones entabladas, solicitando que la niña sea inscripta con el nombre de H. M. R. F.

Bajo tal lineamiento, sostuvo el Tutor que, aplicando la regla de la voluntad procreacional prevista en el art. 562 del Cód. Civ. y Com. de la Nación de un modo extensivo respecto del otro miembro de la pareja matrimonial (pues para uno de ellos ya lo prevé en forma expresa y no distingue, según se trate o no, de un caso de gestación por sustitución) quien de otro modo

quedaría desplazado por quien dio a luz. Sostuvo que sería discriminatorio, en perjuicio de las parejas conformados por dos hombres (matrimoniales o extramatrimoniales) para quienes existe imposibilidad de filiación por naturaleza (excepto el supuesto de la ley 26.743) solo quedaría la vía de adopción, excluyéndoseles arbitrariamente de la aplicación de una de las fuentes filiales reconocidas en el código.

A fs. 102/105 la Fiscal de grado dictaminó solicitando se rechace la presente acción, en la inteligencia de que al señalar el art. 562 del Cód. Civ. y Com. de la Nación que los nacidos por técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz, elimina de nuestro sistema jurídico la llamada gestación por sustitución. Afirmó, también, que ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales; cualquiera sea su naturaleza (cfr. art. 588 del Cód. Civ. y Com. de la Nación) y que de darse otra inteligencia se resolvería contra legem y afectándose el orden público (cfr. art. 12 del Cód. Civ. y Com. de la Nación).

La Defensora de Menores, con basamento en los arts. 3 de la Convención de los Derechos del Niño y 707 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, a fin de dar respuesta jurídica a las situaciones que se presentan en la sociedad de hoy en día solicitó se haga lugar a las pretensiones.

La sentencia a fs. 109/116 hizo lugar a la demanda, declarando que H. M. F. no es hija de M. A. G. P. sino de R. R. F. y de D. H. R. Dispuso, asimismo, el libramiento de oficio al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, a fin de que se proceda a la rectificación de la partida de nacimiento de la menor de edad y se expida una nueva conforme lo dispuesto en el art. 559 del Cód. Civ. y Com. de la Nación consignándose como nombre de la niña H. M. R. F. Ordenó, también, hacer constar en el legajo respectivo que la fuente filial es por TRHA, conforme los presupuestos del art. 563 del Cód. Civ. y Com. de la Nación y librar oficio a Halitus Instituto Médico SA a fin de que proceda al resguardo de los datos de la donante de los óvulos implantados a la demandada mediante técnica FIV. Con costas en el orden causado.

Para así resolver la sentencia ponderó: 1°) que las partes habrían prestado su consentimiento previo cumpliendo con lo previsto en los arts. 560 y 561 exteriorizando la voluntad procreacional; 2°) que como consecuencia del tratamiento que ha recibido la gestación por sustitución a nivel nacional en los proyectos legislativos se debe dar respuestas y no ignorar la realidad social, particularmente en parejas de personas homosexuales; 3°) que en virtud del principio del interés superior del menor de edad la respuesta más justa era reconocer el vínculo filial generado entre el niño y quienes quieren ser padres con fundamento en que la fuente de la filiación es la "voluntad procreacional" (cfr. art. 588 Cód. Civ. y Com. de la Nación) y 4°) que la gestación por sustitución es la posibilidad que tiene una pareja integrada por dos varones de concebir un hijo en forma conjunta y de que esta tenga relación genética con la pareja o con uno de ellos al menos agregando la sentencia que ello "claramente es preferido a la filiación por adopción".

Contra dicho pronunciamiento se agravia el Ministerio Público Fiscal en la inteligencia que se aparta de las normas filiatorias que rigen el caso sin que la sentencia hubiese declarado su inconstitucionalidad. Sostiene que al haber el legislador suprimido la figura de gestación por sustitución no puede concluirse que exista un vacío legal que autorice a considerarla permitida. Expresa que ello guarda coherencia con el texto del art. 562 Cód. Civ. y Com. de la Nación cuya regla es que el vínculo filiatorio se genere con la mujer que dio a luz al niño y, asimismo, con el art. 558 del citado código, en cuanto únicamente pueden existir dos vínculos filiatorios.

Refiere que el ordenamiento jurídico permite resolver la cuestión extinguiendo la responsabilidad parental de la madre gestante (cfr. art. 700 del Cód. Civ. y Com. de la Nación) concediendo su adopción plena a quien manifiesta expresamente su voluntad procreacional. Así la adopción de integración que contempla el art. 630 del Cód. Civ. y Com. de la Nación establece un vínculo filiatorio pleno equiparado al padre biológico.

Argumentó que la decisión de grado carece del debido fundamento legal e implica un apartamiento del derecho aplicable, por otro lado, indisponible para las partes. Solicitó se deje sin efecto el pronunciamiento recurrido.

En responde a dicho dictamen la demandada G. P. cuestiona, según sus términos, la falta de especificidad en la materia del apelante para recurrir lo merituado por el *a quo*.

Alega que el otrora principio rector *mater semper certa est* ha sido superado receptando las nuevas formas que adopta la sociedad, la cultura y el derecho. Que la interpretación de la legislación interna no puede contradecir los argumentos del marco normativo internacional en materia de derechos humanos y de organismos de su contralor. Que la ley debe interpretarse tomando en cuenta las nuevas condiciones y necesidades de la sociedad; y que la decisión no afecta el orden público por cuanto la gestación por sustitución no se encuentra prohibida.

Refiere, asimismo, que no existe una pareja que adopta al hijo de su compañero, sino que ha existido

un embrión que se creó con ovodonación para que ambos puedan ser padres desde antes que naciera la hija, en el caso, de ambos. Solicitan se confirme el fallo.

A su turno, F. y R. se adhieren a la contestación de la co-demandada G. P., remarcando que, a la luz de la redacción del art. 562 del Cód. Civ. y Com. de la Nación quedan afuera de su ámbito de aplicación las parejas homosexuales masculinas. Sostuvieron que al no haber contraprestación no ha mediado contrato de gestación por sustitución, que la sentencia no es arbitraria y que la tesitura de la fiscalía es opuesta a la normativa internacional.

Por su parte, el Tutor se adhiere a las contestaciones de los demandados. Expresa que por partir el apelante de premisas opuestas a la del juez arriba a un resultado erróneo. Propicia interpretar que el emplazamiento filial según la voluntad procreacional con fuente en el consentimiento informado aplique, en este caso, para R., interpretación que por considerarla adecuada torna innecesaria tener que declarar la inconstitucionalidad de la norma en juego. Pide se rechacen los agravios expresados y se confirme el pronunciamiento recurrido (cfr. fs. 197/199).

La Sra. Defensora de Menores de Cámara, por su parte, adhirió a los fundamentos expuestos por el Fiscal a fs. 132/139, los cuales comparte en lo general. Sostiene que la norma contenida en el art. 562 del Cód. Civ. y Com. de la Nación resulta aplicable a todos los casos, incluso al supuesto de marras. Que la sentencia agravia a su defendida en su derecho a la identidad al hacer desaparecer de escena a la madre gestante quien ha sido parte esencial para su desarrollo y posterior nacimiento. Expresa que la inscripción del nacimiento conforme el artículo citado y luego —en su caso— la posterior adopción integrativa importa un reconocimiento pleno de la identidad de origen de H. y respeta su realidad gestacional. Solicita se admitan los agravios y se revoque la resolución de grado.

A fin de resolver la cuestión cabe tener en cuenta que el Ministerio Público Fiscal actúa en el marco de la esfera propia de su competencia custodiando los intereses que le encomienda el ordenamiento jurídico de conformidad con lo normado por el art. 120 de la Constitución Nacional y arts. 2° y 31 de la ley 27.148, de allí que lo alegado por la parte demandada en cuanto a la falta de especificidad, no resulte idóneo para enervar su planteo.

Respecto al marco normativo del tema en trato, resulta útil recordar que el art. 12 del Cód. Civ. y Com. de la Nación dispone que las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público. El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir.

Establece el art. 558 del Cód. Civ. y Com. de la Nación que la filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción. La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida —matrimonial y extramatrimonial— surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código. Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación.

Por su parte, el art. 562 establece que los nacidos por las mencionadas técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos.

De igual modo, el art. 588 del Cód. Civ. y Com. de la Nación explicita que en los supuestos de determinación de la maternidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 565, el vínculo filial puede ser impugnado por no ser la mujer la madre del hijo que pasa por suyo. Esta acción de impugnación puede ser interpuesta por el hijo, la madre, el o la cónyuge y todo tercero que invoque un interés legítimo. La acción caduca si transcurre un año desde la inscripción del nacimiento o desde que se conoció la sustitución o incertidumbre sobre la identidad del hijo. Este último puede iniciar la acción en cualquier tiempo. En los supuestos de filiación por técnicas de reproducción humana asistida la falta de vínculo genético no puede invocarse para impugnar la maternidad, si ha mediado consentimiento previo, informado y libre.

Ahora bien, en una primera aproximación al tema surge del análisis derivado del ensamble teleológico de las normas en cuestión que el punto de partida de toda filiación es el vientre de la madre al atribuir maternidad en el art. 562 a los “hijos de quien da a luz” y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre.

Cabe aquí tomar en cuenta que el artículo no habla de mujer, en concordancia con la ley 26.743 de Identidad de Género, atento a que como esta norma no exige operación de reasignación sexual para el cambio registral de nombre y sexo, eventualmente podría, en

tal contexto, presentarse un hombre embarazado que haya acudido al TRHA.

Así, la declaración de voluntad de someterse a estas técnicas médicas para lograr el embarazo (consentimiento informado) llamada "voluntad procreacional" es el origen de la filiación por TRHA el cual se encuentra, consecuente e inexorablemente, unido al parto de quien da a luz descartando la gestación por sustitución.

No escapa al razonamiento del Tribunal que el anteproyecto elaborado por la Comisión Redactora contemplaba un artículo que expresamente regulaba la gestación por sustitución, disposición que fuera eliminada del texto definitivo al analizarse por la Cámara de Senadores el 28 de noviembre de 2013. (cfr. en tal sentido Kemelmajer de Carlucci - Herrera, Marisa - Lloveras, Nora, "Tratado de Derecho de Familia, T. II", p. 585).

En efecto, en su redacción original el proyecto permitía la gestación por sustitución previéndose un proceso judicial con reglas propias que culminaba con una decisión judicial de autorización. Además, requería la capacidad de la mujer, el consentimiento previo, libre e informado por parte de todos los intervinientes. La gestante debía portar material genético de uno o ambos miembros de los comitentes y no de ella; acreditar, tanto la imposibilidad de concebir o llevar adelante a término un embarazo por parte de los comitentes, como la demostración de que la parturienta no aportó material genético propio ni recibido retribución; sin perjuicio de que la regulación especial le pueda reconocer el pago de gastos, siempre que la portadora no se hubiera sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos veces y haya parido con anterioridad, al menos, un hijo propio. El cumplimiento de dichos requisitos tiene como objeto dar certeza de que la mujer que presta su cuerpo lo hace libremente.

El dictamen de la Comisión Bicameral textualmente sostuvo: "Se suprime la gestación por sustitución por los motivos que se explican a continuación. En su reemplazo se propone el desdoblamiento del texto del art. 560 de manera que el primer párrafo pasa a ser el nuevo artículo 560 y el segundo párrafo queda como texto del nuevo artículo 561. La gestación por sustitución es la figura jurídica dentro del Libro Segundo sobre relaciones de familia que más voces encontradas ha generado. Sucede que es un proceso especial de técnicas de reproducción asistida que compromete a tres personas y no a dos, para alcanzar la maternidad/paternidad. Es decir, una tercera persona con quien no se tendrá vínculo filial alguno. La especialidad y mayor complejidad de esta técnica de reproducción humana, deriva del propio texto legal proyectado, siendo este tipo de práctica médica la única que involucraba un proceso judicial previo con la previsión de cumplir varios elementos o requisitos para la viabilidad de la acción judicial. En este sentido, la gestación por sustitución encierra dilemas éticos y jurídicos de gran envergadura que ameritarían un debate más profundo de carácter interdisciplinario. En este contexto de incertidumbre y cuasi silencio legal en el Derecho Comparado, se propone de manera precautoria eliminar la gestación por sustitución del Proyecto de reforma".

De manera que, en función de lo expuesto, la intención del legislador fue clara, al excluir la gestación por sustitución del proyecto de reforma.

Por ende, no existe vacío legislativo que justifique resolver el caso en función de lo normado por el art. 19 de la CN.

Es que, de darse tal inteligencia, las partes que prestan consentimiento acordarían tanto sobre la voluntad procreacional como respecto al procedimiento de determinación de la filiación y el modo de entrega del niño de una persona a quien no se estima como la madre a los progenitores que serían los padres por el solo acuerdo de las partes ante la inexistencia de prohibición alguna, lo que no se puede avalar.

Los términos en que se encuentra redactado el art. 562 actualmente imponen concluir que la figura no está admitida, guardando ello coherencia con los términos que emergen del art. 17° del Cód. Civ. y Com. de la Nación que prohíbe contratos gratuitos u onerosos sobre el propio cuerpo.

Dicha situación no es menor si se toma en cuenta que el orden público que regula la materia proyecta sus efectos sobre la normativa en trato.

Adviértase que el legislador no solo descartó la gestación por sustitución del anteproyecto, sino que, además, fue cuidadoso en aclarar cómo se determina la maternidad, por medio de una norma que es de fuerza imperativa y no disponible por la voluntad de los particulares (Jáuregui, Rodolfo "La gestación por sustitución y la laguna del Código Civil y Comercial de la Nación. Un fallo que explora una solución posible", LA LEY, Litoral 2016 —agosto— 08/08/2015, 3).

Es decir que la voluntad procreacional no sirve para determinar la maternidad dado que la misma se determina por el útero, más allá de todo consentimiento. En otras palabras, la voluntad procreacional rige en el ámbito donde no rige el vientre, como una nueva forma jurídica de enlazar al niño con sus progenitores de deseo. (Código Civil y Comercial comentado Tratado exegético - Director General - Alterini Horacio

H., T. III, arts. 401 a 723, p. 497 - Directora Baset Ursula, ED, LA LEY).

Téngase, además, en cuenta que el art. 565 del Cód. Civ. y Com. de la Nación dispone, como principio general que, en la filiación por naturaleza, la maternidad se establece con la prueba del nacimiento y la identidad del nacido; es decir, prevé un sistema de determinación legal y objetivo de la maternidad.

Cabe remarcar, también, que el proyecto del artículo 562 del código citado, establecía, además, de un procedimiento determinado para la gestación por sustitución que, si se carecía de autorización judicial previa, la filiación se determinaría por las reglas de la filiación por naturaleza.

Sin embargo, en el caso, de accederse a la pretensión se naturalizaría este tipo de procedimiento flexibilizando indebidamente los requerimientos que deben exigirse de acuerdo al espíritu y marco normativo que regula la cuestión.

Ello así no puede obviarse que el art. 558 del Cód. Civ. y Com. de la Nación además de establecer los tipos de filiación, aclara que ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales cualquiera sea la naturaleza de aquella.

En definitiva, en el actual régimen jurídico cabe considerar a la gestante, en el supuesto de marras, como madre de la menor con independencia del aporte que pudiere haber hecho, o no, de material genético y de su intención de ejercer, o no, el rol materno. De allí que, mientras el legislador no autorice otra consecuencia jurídica, no corresponde apartarse de la ley la cual atribuye en la especie la maternidad por el parto con prescindencia del nexo genético que tenga la madre con la niña y la ausencia de voluntad procreacional que pueda haber mediado de parte de la gestante. Es decir, pudiendo existir dos vínculos filiatorios el único modo de admitir la pretensión sería contrariar el orden público lo que no resulta admisible.

Además, encontrándose en juego el derecho a la identidad del menor frente al derecho de los mayores a formar una familia con hijos no biológicos, borrando de sus antecedentes a la donante anónima del gameto femenino y la gestante, consideramos que debe otorgarse primacía al primero, pues de lo contrario el vínculo biológico con el progenitor que no da a luz como el de la mujer gestante sería irrelevante en oportunidad de tener que establecerse la filiación.

No escapa al suscripto que la cuestión en trato exige un adecuado tratamiento legislativo hasta ahora no concretado. Tampoco que el control de constitucionalidad no incluye el examen de la conveniencia o acierto del criterio adoptado por el legislador en el ámbito estricto de sus atribuciones, sino que debe limitarse al examen de la compatibilidad que las normas impugnadas observen con las disposiciones de la Ley Fundamental, consideradas estas como un conjunto armónico, un todo coherente dentro del cual cada parte ha de interpretarse a la luz de todas las demás, evitando que la inteligencia de alguna de ellas altere el equilibrio del conjunto (CSJN, Fallos: 312:122), lo que no se advierte en la oportunidad.

Por lo demás, el ordenamiento legal da la solución puntual al caso contemplando en los arts. 630 y concords. del Cód. Civ. y Com. de la Nación un proceso con debida intervención y contralor judicial otorgante de vínculo filiatorio pleno, al cual podrá acceder quien así lo estime.

En otro aspecto, disponiendo el art. 559 del Cód. Civ. y Com. de la Nación que el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas solo debe expedir certificados de nacimiento que sean redactados en forma tal que de ellos no resulte si la persona ha nacido, o no, durante el matrimonio, por técnicas de reproducción humana asistida, o ha sido adoptada, a sus términos cabe estarse el planteo articulado contra el Sr. R. R. F.

En su mérito, corresponde admitir los agravios expresados por el Sr. Fiscal de Cámara, a los que adhiere la Sra. Defensora de Menores de Cámara, rechazando las acciones promovidas, con costas por su orden atento las particularidades del caso y forma como se decide la cuestión (cfr. arts. 68, 69 y 161 del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

La doctora *Bermejo* dijo:

I. Disiento con la posición de mi colega preopinante. Deviene el presente un tema que ha concitado posturas doctrinarias y jurisprudenciales disímiles. La visión legal, jurídica y social sobre la gestación por subrogación descubre una diversidad de opiniones difíciles de consensuar.

II. Como se destacó en el voto anterior y surge de este expediente, la sentencia de primera instancia hizo lugar a la demanda, declarando que la niña H. M. F. no es hija de M. A. G. P. sino de R. R. F. y de D. H. R. En consecuencia, ordenó oficiar al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, a fin de rectificar su partida de nacimiento y expedir una nueva, conforme lo dispuesto en el art. 559 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, consignándose como nombre el de H. M. R. F. Dispuso, también, hacer constar en el legajo respectivo que la fuente filial fue por las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, conforme los presu-

puestos del art. 563 del Cód. Civ. y Com. de la Nación y comunicar a "Halitus Instituto Médico SA" el resguardo de los datos de la donante de los óvulos implantados a la demandada mediante técnica FIV. Por último, impuso las costas en el orden causado (fs. 109/116). Concuerdo con este pronunciamiento y aprecio que no le asiste razón al recurrente en su embate.

III. En cuanto a la crítica referida a que el Juez de la instancia se haya apartado de la letra del artículo 562 del Cód. Civ. y Com. de la Nación sin haberse declarado su inconstitucionalidad y que no puede esta hacerse de oficio, no es un argumento de recibo. En verdad, en la sentencia atacada se ha analizado la cuestión desde el marco constitucional y convencional, por lo que ha expuesto el motivo por el cual no ha aplicado a aquel en el caso. Es de práctica que existen jueces que consideran que una norma puede ser inaplicable sin declararla inconstitucional, mientras que otros estiman que si no se califica de tal no podría desplazarse. Una postura u otra encuentra su justificativo en razones de índole constitucional e histórico que exceden el desarrollo de este voto.

Por otro lado, esta Sala, en numerosos precedentes, ha seguido la postura de la Corte de la Nación que admite el tratamiento oficioso de la constitucionalidad de las leyes. Ese Máximo Tribunal federal afirmó que en tanto nuestro país ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los jueces están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, por lo que resultaría un contrasentido que esos mismos tribunales no realicen similar examen con el fin de salvaguardar la supremacía de la Constitución Nacional frente a las normas locales de menor rango (CSJN "Rodríguez Pereyra, Jorge L. y otra c. Ejército Argentino s/ daños y perjuicios", del 27/11/2012, R. 401 XLIII). Por ende, carece de relevancia si la cuestión constitucional se trató de oficio o a petición de uno de los litigantes.

De todas maneras, como se ha sostenido, "la declaración de inconstitucionalidad de una norma legal es un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como ultima ratio del orden jurídico", siempre que la violación de la Constitución sea manifiesta e indubitable y de una entidad tal que justifique la abrogación de la norma (Fallos: 301:963; 306:136; 322:842; 325:1922; 327:831, entre muchos otros).

Así, en síntesis, si bien la aplicación de los artículos 1 y 2 del Cód. Civ. y Com. de la Nación desplazan al contenido del artículo 562 del mismo ordenamiento, acorde se desarrolla en la sentencia atacada y en este voto, entiendo se impone declarar la inconstitucionalidad del citado artículo, conforme se desarrollará en los fundamentos. Por consiguiente, no es procedente el argumento esgrimido por el Fiscal Coadyuvante.

IV. Tampoco coincido con el impugnante en cuanto a que el legislador suprimió la figura de la gestación por sustitución y que por ello no pudiera considerarse admitida.

El art. 558 del Cód. Civ. y Com. de la Nación prevé que la filiación puede ser por naturaleza, por las Técnica de Reproducción Humana Asistida —en adelante designadas como TRHA— o por adopción, las cuales originan vínculos con iguales efectos. Cuando estos nacen de la naturaleza, al igual que cuando es por adopción, más allá del derecho positivo propio de cada alternativa, no hay mayores controversias, en tanto, cuando es por naturaleza, hay una coincidencia biológica entre quienes aportaron los gametos y quien dio a luz. En cuanto a la adopción, se trata de una persona con la cual no existe lazo genético ni biológico (conf. arts. 602, 603 y sigts., Cód. Civ. y Com. de la Nación).

Las mayores discrepancias se presentan cuando el nacimiento es el desenlace de la concepción provocada con ayuda de los adelantos científicos, lo que el Cód. Civ. y Com. de la Nación también contempla. El art. 562 del mismo ordenamiento establece que los nacidos por las TRHA son hijos de quien dio a luz y de quien también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos. Justamente, definir al vínculo por haber dado a luz, está abordando la posibilidad que quien proporcionó su gameto no sea la persona gestante, lo que es el caso de la gestación por sustitución. Tal lectura descarta que la ley no contemple esta posibilidad, como opina el apelante.

En forma coordinada, el art. 588 del Cód. Civ. y Com. de la Nación señala que, en los supuestos de filiación por TRHA, la falta de vínculo genético no puede invocarse para impugnar la maternidad, si ha mediado consentimiento previo, informado y libre. Se pretende reafirmar que ese hijo o hija es de quien dio a luz.

Como se aprecia de esta norma y en lo que considero oportuno centrarme, el artículo no descarta ni prohíbe la gestación por sustitución, sino que la autoriza, aunque con los límites o modalidades citadas, específicamente, que el niño o niña nacidos sean hijos de quien dio a luz y, además, del hombre o de la mujer que ha dado su consentimiento previo. Por ello, no existe la prohibición que haya un cuerpo gestante, sino que se constriñe a determinar que el hijo nacido será de quien dio a luz, más allá que no haya coincidencia genética.

En este mismo sentido, en las "XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil", por unanimidad, se afirmó que "Aun sin ley, al no estar prohibida, se entiende que la Gestación por sustitución está permitida" (Comisión 6, de Familia "Identidad y filiación", enunciada en "Tratado de Derecho de Familia", dirigido por Aida Kemmelmaier de Carlucci, Marisa Herrera y Nora Lloveras, T. V-A, "Técnicas de Reproducción Humana Asistida", de Eleonora Lamm, Mariana Rodríguez Iturburu y Nieve Rubaja, Editorial Rubinzal Culzoni Editores, 2016, p. 758).

Tal postura se coordina con lo previsto en el art. 2634 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, atinente a las normas de derecho internacional privado. Este prevé que todo emplazamiento filial constituido de acuerdo con el derecho extranjero debe ser reconocido en la República de conformidad con los principios de orden público argentino, especialmente aquellos que imponen considerar prioritariamente el interés superior del niño. El segundo párrafo expresamente enuncia que los preceptos que regulan las normas sobre filiación por TRHA integran el orden público y deben ser ponderadas por la autoridad competente en ocasión de que se requiera su intervención, a los efectos del reconocimiento de estado o inscripción de personas nacidas a través de estas técnicas. Determina que la decisión a adoptar será la que redunde en beneficio del interés superior del niño o niña.

De ello se colige que la gestación por sustitución no conculca el orden público, pues de haber sido así no se pudo haber incorporado al ordenamiento un artículo como el art. 2634 (arts. 558, 560 y ss., Cód. Civ. y Com. de la Nación). La coherencia de un mismo sistema jurídico no puede admitir una auto contradicción o un doble standard de antijuridicidad.

De interpretar que el art. 562 del Cód. Civ. y Com. de la Nación integra el orden público —como opina el señor Fiscal Coadyuvante (fs. 132/139)—, no se podría admitir que la gestación por sustitución realizada en el extranjero se anote en nuestro país, acorde señalaba el artículo antes mencionado (arts. 558, 560 y ss., Cód. Civ. y Com. de la Nación). No podría la ley prever el reconocimiento en el país de un derecho que resulte contrario a nuestro ordenamiento. Por este mismo fundamento tampoco se aprecia vulnerado el art. 12 del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

La reforma del texto del Anteproyecto no obliga a negar a la gestación por sustitución, sino que solo se puede afirmar que su reglamentación se suprimió en la versión sancionada, como se indica en el voto que antecede.

La interpretación constitucional lleva a igual respuesta. El artículo 19 de la Carta Magna prevé que nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no obliga. Así, al no estar prohibido, su falta de regulación no coarta su práctica, justamente para asegurar la libertad que destaca su mismo preámbulo. Nuestra ley fundamental federal es un constitucionalismo de derechos, limitante del poder político en beneficio de los derechos individuales. Es por ello que se lo puede definir como un conjunto de técnicas jurídicas que tiene por finalidad el reconocimiento, protección y garantía de los derechos fundamentales (Giorgio Pino, "El constitucionalismo de los derechos", Editorial Zela, Perú, 2018, p. 30 y ss.).

V. Al no haberse regulado la gestación por sustitución, existe un vacío legislativo que las decisiones judiciales han suplido. Así, para encausar el análisis de estas contiendas, en diversos precedentes se acudió a los requisitos contenidos en el Proyecto de Reforma y Unificación del Cód. Civ. y Comercial presentado en el Congreso de la Nación —que culminara con la sanción del Código hoy vigente—, para encausar una posible respuesta.

Este disponía: "Gestación por sustitución: El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial. La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial. El juez debe homologar solo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que: a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer; b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica; c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos; d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término; e) la gestante no ha aportado sus gametos; f) la gestante no ha recibido retribución; g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos veces; h) la gestante ha dado a luz, al menos, un hijo propio…".

Estos recaudos se encuentran cumplidos en estos obrados. Se ha adjuntado el Consentimiento Informado, suscripto ante escribano público, en el cual han participado los señores M. A. G. P., R. R. F. y D. H. R., todos acompañados por sus letrados. Además, intervino la médica doctora Florencia M. Inciarte, quien expresó ejercer su profesión en el "Instituto Médico Halitus". En el instrumento suscripto, se dejó constancia pormenorizada de cuestiones médicas y jurídicas, como, por ejemplo, el significado de los términos padres procreacionales, mujer gestante, las disposiciones legales aplicables, los posibles procedimientos médicos, entre otros muchos aspectos (fs. 57/59).

Aquel se firmó con fecha 22 de octubre de 2015, es decir, con anterioridad a comenzar el tratamiento que allí se indicaba. Asimismo, se adjuntó a la demanda un informe del "Instituto Médico Halitus" en el cual se precisó que la fecha de la primera consulta fue el 22 de enero de 2015 y la primera vez que asistió la señora G. P., fue el 24 de febrero de igual año (fs. 45/50). Es decir que antes de llevar adelante el procedimiento de fertilización todos habían recibido asesoramiento y suscripto el instrumento público referido.

También surge del expediente que la señora G. P. tiene otra hija, nacida el 28 de junio de 1995 (fs. 19/20 y fs. 57/79, esp. fs. 70, punto 89), al igual que cuenta con plena capacidad, buena salud física y psíquica (fs. 45/50 y fs. 57/59). Asimismo, luego de nacida la niña, se realizó un estudio de ADN, en el "Primer Centro Argentino de Inmunogenética - PRICAI", de la Fundación Favaloro que informó que la madre gestante y el señor D. H. R. quedaban excluidos de un vínculo biológico con la niña H. M. F., a diferencia del señor F. (fs. 51/55). Por ende, quedó acreditado que la madre gestante no fue quien donó el óvulo y que uno de los comitentes aportó sus gametos. También en ese documento firmado se dejó aclarado que los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término y que la gestante no ha recibido retribución (fs. 57/79, esp. fs. 69, punto 77).

De tal manera, los hechos que encuadran el litigio permiten observar que los recaudos previstos en el Anteproyecto están cumplidos, al igual que con los artículos 560 y 561 del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

VI. Como se ha definido, la "gestación por sustitución" se concreta por una de las TRHA, por la cual una persona, acuerda con otra o con una pareja —comitentes—, gestar un embrión para que luego de nacido tenga vínculos jurídicos de filiación con estos últimos (cfr. Notrica, Federico; Curti, Patricio Jesús, "Técnicas de Reproducción Humana Asistida", Marisa Herrera, directora, Santa Fe, 2018, Rubinzal Culzoni, T. II, ps. 14 y 15). Como se aprecia, es esencial que el cuerpo gestante no haya aportado sus gametos. De tal manera, existen tres conceptos que aparecen disgregados en el origen de la relación filial, como son la identidad biológica, la genética y la voluntad procreacional. Así como en la gestación por naturaleza lo innato y definitorio es el vínculo biológico, en las THRA lo relevante es la voluntad procreacional (ver CNCiv., Sala I, *in re:* "S., M. D. y otros c. A., S. S. s/ filiación", sent. del 28/08/2020, Cita Online: AR/JUR/35471/2020). Ese ánimo, expresado en el Consentimiento Informado, es lo que exterioriza el deseo de la persona de ser padre o madre o también de no serlo, en caso de quien solo aporta su cuerpo para la gestación. No es más que una de las formas que la ley prevé de expresión de la conformidad, luego de recibir una información adecuada y precisa sobre los alcances y efectos de su decisión —contemplada también por el art. 59 del Cód. Civ. y Com. de la Nación y por la ley 26.529, modificada por la ley 26.742—. Se asegura, de tal manera, que quien intervenga en la práctica lo haga con el pleno conocimiento de sus consecuencias y alcances.

Cuando una persona opta por tener un hijo por las TRHA plasma su deseo de ser padre o madre, por un procedimiento médico que se lo permitirá, más allá que haya aportado los gametos o que sea quien lo da a luz. Si bien el art. 562 se titula "voluntad procreacional", esta, en verdad, aun cuando no distingue, solo la admite con respecto al progenitor que no da a luz, pues quien así lo hizo solo por esta circunstancia será uno de los dos progenitores, más allá que haya deseado ser padre o madre del niño o niña o haya aportado o no su gameto. En el caso de gestación por subrogación, la persona gestante, sin vínculo genético con el niño o niña, será progenitor por determinación de la ley, solo por el hecho de haberlo alumbrado. Se impone, de tal manera, un criterio biológico que borra la historia de la gestación y de las voluntades que intervinieron en su concreción. Detenerse solo en el parto para definir a uno de los progenitores es recortar al proceso que llevó a que la intención de dos o tres personas, según pueda acontecer, haya culminado en el nacimiento de un ser humano.

Definir que solo por gestar es madre, es limitar el concepto de la palabra y de los alcances que la misma realidad social y la propia ciencia brinda a ese término. Aquella primer idea citada la acota a una noción médica que olvida la incidencia de los adelantos técnicos que permiten que un cuerpo gestante porte a un niño o niña de otras personas, al igual que da la espalda a las múltiples realidades sociales, las cuales admiten que ese sea un rol que se asuma y ejerza desde la socioafectividad, por ejemplo, como ocurre en la adopción.

Convenir que solo el vientre es lo que convierte en progenitora a una persona, conlleva a que se le otorgue ese título a quien pueda no desearlo ni tener vínculo genético con la persona nacida, quien no desee ejercer su rol paternal, desplazando a quien sí lo persigue y que solo podría concretar esa voluntad con intervención de la ciencia, pues su propia naturaleza se lo impide. Esta realidad es lo que impone flexibilizar la mirada, en pos del respeto a los derechos humanos de los adultos y de los niños nacidos por esta técnica.

Por otro lado, determinar, como lo hace la ley, que es madre quien da a luz un hijo es desconocer la verdad, pues si no hubiera habido un aporte genético de una tercera persona, de gametos masculinos y femeninos, esa gestación no se hubiera originado y esa per-

sona no hubiera nacido. También cabría preguntarse si un hecho de la naturaleza, como es el nacimiento de una persona, puede ser definido jurídicamente por una afirmación de la ley para darle una connotación jurídica que la propia persona gestante no tuvo la intención.

Así, ya sea que se trate de parejas heterosexuales que no pueden gestar a su propio hijo o parejas del mismo sexo que deben recibir un gameto que pueda combinarse con uno del de ellos y que el hijo crezca en un cuerpo gestante, se enfrentan a la circunstancia que la ley predetermina que quien da a luz sea uno de los progenitores. Ello coloca en desventaja a la pareja de hombres frente a la de una de dos mujeres cuando una de ellas es quien da a luz y la otra quien aportó su gameto —necesario para que haya gestación por subrogación—, además del insustituible gameto masculino aportado por un donante. Así, en el caso de parejas conformadas por dos mujeres, incluso antes de la sanción del Cód. Civ. y Com. de la Nación, en el decreto 1006/2012 se preveía la inscripción del nacimiento de los hijos nacidos de una unión de dos mujeres. La Ciudad Autónoma de Buenos Aires también lo admitió por resolución 38/SSJ/2012, lo que implica una desigualdad frente a la voluntad procreacional de dos progenitores hombres. Como ha dicho la jurisprudencia, si no existen razones de orden público que impidan reconocer la filiación en el caso de parejas conformadas por dos mujeres, cabe inferir que tampoco las hay cuando se trate de uniones de hombres. El interés superior del niño debe primar en cualquiera de los casos y, a la luz de ese principio, no hay motivos para distinguir sobre la base del género de los cónyuges (Cámara Apel. Contenciosoadministrativo y Tributario de la CABA, Sala I, *in re* "Defensor del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y otros c. GCBA y otros s/ amparo - otros", sent. del 04/08/2017; cita online: AR/JUR/56141/2017, voto del doctor Carlos Balbín).

Por ello, lo definitorio en las TRHA es la existencia de una voluntad procreacional de los dos progenitores —más allá que ninguno de ellos haya sido quien dio a luz—. Ya no rige en esta fuente de filiación el vientre o los gametos, recaudos indispensables para un nacimiento por naturaleza, sin embargo, podrán no contar con ello otras personas que deseen ser padre o madre y que los lleve a recurrir a las TRHA. Todas las disyuntivas que presentan estas nuevas alternativas que la ciencia ofrece, encuentran un obstáculo cultural más que jurídico o técnico.

Tampoco es un argumento que el art. 558 del Cód. Civ. y Com. de la Nación establezca que una persona no puede tener más de dos vínculos filiales, pues en este caso se pretende tener dos, el quid reside en cuáles. Por ello, esa disposición no es dirimente en este caso.

VII. Por otro lado, desde la perspectiva constitucional y convencional, son varios los derechos humanos involucrados. Uno es que las TRHA y la gestación por sustitución específicamente, concretan la posibilidad de formar una familia y coloca en una situación de paridad a todas las personas. La misma Corte Interamericana recordó que la Convención Americana de Derechos Humanos alcanza y reconoce a todas las clases de familia (Corte IDH, Caso "Atala Riffo y Niñas c. Chile", sent. del 24/02/2012, párrafos 142 y 145), lo que se vincula con el pleno ejercicio de la libertad de elección sobre la forma de vida, sin discriminación alguna (art. 1.1, Convención citada).

Nuestra misma Constitución nacional (arts. 16, 75 incs. 22 y 23, entre otros), como la Carta de las Naciones Unidas, la Carta de la Organización de los Estados Americanos (art. 3 "l"), la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 2), la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (art. 2), entre otros, han resaltado el principio de igualdad entre las personas. Incluso, esos tratados internacionales, como otros de igual contenido que nuestro país ha suscripto, han creado obligaciones para los Estados hacia las personas que se encuentran en su jurisdicción y que de no acatarse pueden ser evaluadas como conductas discriminatorias individuales (ver Susana Albanese, "Eliminación de la discriminación", Capítulo V de "Derecho Constitucional", Editorial Universidad, Buenos Aires, 2004, p. 129 y ss.).

Así, si las personas solo pueden concretar su deseo de formar una familia gracias a los avances médicos, estos deben estar disponibles. La misma Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que la imposibilidad de las personas a acceder a los adelantos científicos a ese fin vulneran los derechos a la vida privada y familiar y el derecho a la integridad en relación con la autonomía personal, el derecho a decidir si tener hijos biológicos a través de una técnica de reproducción asistida, la salud sexual, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico, así como el principio de no discriminación ("Artavia Murillo y otros c. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas", sent. del 28/11/2012).

Todos tienen el derecho humano a contar con la posibilidad de acceder a los adelantos técnicos, sin distinciones de ningún orden, por ejemplo, en lo que se refiere a la elección sexual (CorteIDH *in re* "Atala Riffo c. Chile").

Los principios de Yogyakarta, referidos a la aplicación de la legislación internacional de derechos hu-

manos con relación a la orientación sexual y la identidad de género, con el objeto de establecer estándares básicos, para evitar los abusos y dar protección a los derechos humanos de las personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales (LGTB), prevé el derecho a formar una familia, con independencia de su orientación sexual o identidad de género, incluso a través del acceso a la adopción o la reproducción asistida (principio 24).

En síntesis, ninguna familia puede ser sometida a discriminación basada en estas elecciones de sus integrantes (ver Lamm, Rodríguez Iturburu y Rubaja, ob. cit., p. 809).

Como explica Alexy, al afirmarse que todos somos iguales ante la ley, se entiende que hay un mandato de igualdad en la aplicación del derecho, lo que no desconoce ni desplaza a la cuestión de la igualdad o desigualdad fáctica. Es por ello que concluye que el derecho a la igualdad jurídica puede formularse como un derecho *prima facie* a la omisión de tratos desiguales. Y, por otro lado, el derecho a la igualdad fáctica es un derecho a las acciones positivas del Estado (Robert Alexy, "Teoría de los Derechos Fundamentales", Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, ps. 347 y ss.).

Aprecio que la salida para lograr una paridad de todos los aspirantes a formar una familia, en este caso, se encuentra en reinterpretar en lo que consisten las TRHA. Quienes no pueden tener un hijo por alguna razón podrán concretar su deseo sustituyendo la gestación. La práctica de las TRHA origina alternativas que debieran de encausarse, justamente, por esta vía, en tanto es la que lo ha originado y no pretender dar una solución legal por otro proceso distinto, como sería la adopción. Sería como admitir readaptar lo que realmente ocurrió, a una u otra norma, cuando ambas poseen alcances distintos, desvirtuando el derecho humano a formar una familia y a ejercer la voluntad procreacional.

Tal interpretación es la que alienta el espíritu que guía al art. 2 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, en tanto impone como forma de entender a la ley el tener en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento (esta Sala, causa N° 10.322/2011, sent. del 14/07/2020).

VIII. Otro de los pilares de toda decisión judicial atinente a niños, niñas y adolescentes es su interés superior. Por consiguiente, será esencial cómo se consolida en este caso. Es por este motivo que tampoco me parece adecuada la salida que proponen los recurrentes sobre la posibilidad de tramitar la adopción. Por un lado, inclinar la solución del caso hacia la adopción, es alterar la realidad. La niña no es hija de quien la dio a luz, ya sea desde lo genético como desde la intención. La señora G. P. fue clara en cuanto a que ella no tenía vocación procreacional con respecto a la niña. Decir que es hija de ella por haberla dado a luz es imponer la letra de la ley por sobre la realidad. Además, la adopción se procura con respecto al hijo biológico ajeno cuando, en este caso, el señor R. es quien ha tenido la voluntad procreacional, junto con el señor F.

A lo dicho agrego que aprecio absolutamente relevante el tiempo que llevará tramitar la adopción para que —en caso de contar con una decisión favorable— la niña sea hija del señor R. Esta salida es adaptar la vida de las personas, en especial de la niña, a la letra de la ley y no poner la ley como forma de reglar la vida de las personas, con las menores restricciones posibles a su voluntad. Ello no quita, lo que expreso a mayor abundamiento que, por el principio de la flexibilidad de las formas, el Juez de la instancia pueda considerar reconducir ese proceso por el de la adopción —vía que propone el voto que antecede—.

De tal manera, encuentro que la adopción no respeta al superior interés de la niña, quien vería postergada la definición de su identidad jurídica a la finalización del proceso pertinente, para llegar —luego— a tener el vínculo filial también con el señor R. Tal forma de proceder vulnera el superior interés de la niña, quien, en el presente y desde que nació está conviviendo con el matrimonio de los señores F. y R. y recibe el trato de hija. La solución que se propone en el recurso implicaría postergar la definición de su identidad, uno de los derechos humanos esenciales de toda persona.

Como se ha dicho en numerosos precedentes, el debido proceso legal en juicios en los cuales participan niños, niñas y adolescentes reviste un valor especial. El Juez es garante de la efectividad de los derechos de la infancia (arts. 14, 16, 18, 75 incs. 19, 22 y 23, 3.1 y 12.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, 1, 8, 19 y 25 de la Convención Americana, 2 *in fine* y 27 de la ley 26.061; 27, decreto 415/2006, 59, CC; 103, CCCN; Corte I.D.H., Opinión Consultiva n° 17/02, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Serie A, n° 17 del 28 de agosto de 2002, párrafo 102; voto del señor Juez doctor de Lázzari en Ac. 96.178, sent. del 05/11/2008; P. 118.953, sent. del 11/10/2012, C 117577, sent. del 18/11/2015, entre otros).

El definir cuanto antes quiénes son los padres de una persona es un mandato convencional y constitucional. La misma Corte Interamericana señaló que "...la Convención sobre los Derechos del Niño, en su

artículo 8.1, señala que 'los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad', incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. El Tribunal ha reconocido el derecho a la identidad, que puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso. La identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social. Es por ello que la identidad, si bien no es un derecho exclusivo de los niños y niñas, entraña una importancia especial durante la niñez..." (CorteIDH, "Caso Fornerón c. República Argentina", sent. del 27/04/2012, párrafo 123).

En referencia al derecho a la identidad se ha expuesto "...que si bien no se encuentra expresamente contemplado en la Convención,...es posible determinarlo sobre la base de lo dispuesto por el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece que tal derecho comprende, entre otros, el derecho a la nacionalidad, al nombre y a las relaciones de familia. Asimismo, el derecho a la identidad puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso." (CIDH, 24/02/2011, "Gelman c. Uruguay", p. N° 122).

La misma Convención sobre los Derechos del Niño establece que "el niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos" (art. 7°) y que "los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar asistencia y protección (art. 8°) apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad".

La inscripción definitiva de los niños y niñas en el Registro es un derecho que no puede verse aplazado en el tiempo. Hace a su reconocimiento familiar, a su individualización y a su propia identidad e historia.

A mayor abundamiento y en línea con todo lo dicho, el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dictó la disposición 93/DGRC/17, del 13 de octubre de 2017, publicada en el Boletín Oficial de la Ciudad de Buenos Aires. Su artículo 1°, dispone "autorizar a inscribir, en términos preventivos, los nacimientos de los menores nacidos por TRHA de alta complejidad, denominada gestación solidaria".

Cumplidos los requisitos que la misma disposición establece, se puede inscribir preventivamente el nacimiento. Se procura dar una solución, en vista al resultado de la acción colectiva, de la situación de los niños nacidos por esta práctica, como consecuencia del pronunciamiento emitido por la Sala I, de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en la causa "Defensor del Pueblo de la CABA y otros c. GCBA y otros s/ amparo" (Expte. A1861/2017) con fecha 4 de agosto de 2017.

En ese precedente, a los fines de no postergar indebidamente la inscripción de un nacimiento el amparo colectivo articulado por el Defensor del Pueblo y la Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans (FALGBT), se hizo lugar a la medida cautelar, se ordenó al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Capital Federal (en adelante REC-CP) inscribir provisionalmente a los niños nacidos a través de la denominada gestación por sustitución, a favor de los comitentes con voluntad procreacional, sin emplazar como progenitora a la gestante que expresó previamente no tener aquella voluntad. La sentencia dispuso también la incorporación de los datos de la gestante en el legajo base a fin de respetar el derecho de identidad de los niños pertenecientes a dicho colectivo.

En definitiva, las dilaciones en el cumplimiento de estos derechos inciden en la vida de los niños provocando una incertidumbre en cuanto a su propia historia que debiera evitarse. Todos los niños y niñas tienen el derecho a crecer en la mayor armonía y tranquilidad, en una situación de estabilidad emocional y también jurídica. Ese es el único sentido con el cual la ley debe interpretarse en respeto de ese interés superior.

IX. Además que, de optarse por la vía de la adopción, se postergaría la concreción de estos derechos a las resultas de otro proceso, quedaría supeditado a que el Juez que vaya a intervenir considere que esa sea la vía, pues también podría acontecer que el juez que intervenga en la nueva causa podría estar en desacuerdo y terminar rechazando la acción nuevamente.

Como es sabido, el alcance objetivo de la autoridad de cosa juzgada alcanza solo a lo que fue motivo del litigio, es decir, a lo que la parte actora planteó y a las defensas esgrimidas por la contraria, en este caso, al pedido de desplazamiento de la relación filial con la señora G. P. y la anotación como hijo del señor D. H. R. Todas las restantes consideraciones del Juez son ajenas al debate y, por ende, carecen de la cualidad mencionada.

Como explica Nieva Fenoll, cuando en un fallo se incorporan consideraciones que no han sido debatidas, además de resultar violatorias de la congruencia, atentan contra el derecho a ser oído (Jordi Nieva Fenoll, "La cosa Juzgada", Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2006, p. 188). Es por ello que la circunstancia que se debate, como es la vía del reclamo —el proceso de adopción en este supuesto— no hace cosa juzgada y tampoco asegura por ello que finalmente esa sea la vía procedente.

En definitiva, la sentencia solo tiene fuerza vinculante en cuanto a lo que constituyó la traba de la litis. Claro que ello no implica que el Juez pueda aceptar el camino de la adopción —más allá de su consideración— para no violar el derecho de acceso a la justicia de los reclamantes (arts. 18, Const. Nac.; 8, 25, Convención Americana de Derechos Humanos).

X. La sentencia de primera instancia tampoco altera el derecho a la identidad de la niña a conocer sus orígenes, ya que en el mismo pronunciamiento se toman los resguardos para que se anote en el Registro todos los datos referidos a su nacimiento, de tal manera que podrá reconstruir su historia. El art. 559 del Cód. Civ. y Com. de la Nación se refiere a la expedición del certificado, lo que difiere de las anotaciones del Libro o Partida, en el cual constan las anotaciones marginales que se ordenan judicialmente (conf. arts. 1, 5, 15, 25, 47, 78 a 80, ley 26.413).

XI. Consecuencia de lo expuesto, he de proponer al acuerdo declarar la inconstitucionalidad del artículo 562 del Cód. Civ. y Com. de la Nación (en igual sentido ver Juzgado Nacional en lo Civil N° 4, *in re:* "SA y otro s/ inscripción de nacimiento", sent. del 30/06/2016; Juzgado de Familia N° 8 de La Plata, *in re:* "D.J.E. y otro s/ autorización judicial", sent. del 27/04/2020, entre muchos otros) y confirmar lo decidido. Con costas de la Alzada por su orden atento las particularidades del caso y forma como se decide la cuestión (cfr. arts. 68, 69 y 161 del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

El doctor *Ameal* dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos, me adhiero al voto expresado por el doctor *Álvarez*.

Por lo expuesto y disposiciones legales citadas, el Tribunal, por mayoría, resuelve: Revocar el pronunciamiento recurrido en cuanto ha sido motivo de agravios. En su mérito se rechazan las acciones promovidas. Con costas por su orden, atento las particularidades del caso y forma como se decide la cuestión (cfr. arts. 68, 69 y 161 del Cód. Proc. Civ. y Comercial). Regístrese de conformidad con lo establecido con el art. 1 de la ley 26.856, art. 1 de su Decreto Reglamentario 894/2013, y arts. 1, 2 y Anexo de la Acordada 24/2013 de la CSJN; a tal fin, notifíquese por Secretaría a las partes, al Sr. Fiscal de Cámara y a la Sra. Defensora de Cámara. Oportunamente, devuélvase a la instancia de grado. Se deja constancia que la difusión de la presente resolución se encuentra sometida a lo dispuesto por el artículo 164, segundo párrafo del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y artículo 64 del Reglamento para la Justicia Nacional. En caso de su publicación, quien la efectúe, asumirá la responsabilidad por la difusión de su contenido. — *Osvaldo O. Álvarez.* — *Silvia P. Bermejo* (en disidencia). — *Oscar J. Ameal.*

El valor de la voluntad procreacional como fuente de la filiación de TRHA y el derecho del niño a la verdadera identidad

Reflexiones a partir de un fallo

Gabriela Yuba (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Breve resumen del caso.— III. Ejes de análisis.— IV. Reflexiones finales.

I. Introducción

En el presente comentario, abordaremos la importancia de la voluntad procreacional como principio normativo que incide en el derecho a la identidad, especialmente en los casos de gestación por sustitución.

El fallo que motiva estas reflexiones, dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones, sala K el 28/10/2020 **(1)**, decidió por mayoría **(2)** revocar la sentencia dictada en Primera Instancia por la que se había desplazado la filiación materna de la niña H. y admitía el emplazamiento filial a su respecto del matrimonio compuesto por los señores R. R. F. y D. H. R. En primera instancia se emplazó como hija de quien aportó el material genético y su cónyuge que había expresado formalmente su voluntad procreacional, mientras que la mujer gestante (Sra. M. A. G. P.) había manifestado formal y concretamente su voluntad de no ser madre, actuando de manera altruista como mujer gestante.

El voto en disidencia de la jueza Bermejo realiza un acertado análisis con enfoque en derechos humanos, que contempla el derecho a la identidad de la niña nacida por la técnica de TRHA por medio de gestación por sustitución y el derecho a la igualdad y no discriminación de las partes involucradas.

II. Breve resumen del caso

El matrimonio compuesto por los señores R. R. F. y D. H. R. interpuso una acción tendiente a desplazar la filiación materna de la niña H. respecto de quien fuera la mujer gestante, Sra. M. A. G. P. solicitando se desplace su estado de madre, rectificándose la partida de nacimiento de la niña con su verdadera identidad.

(*) Abogada egresada de la Facultad de Derecho, UBA y Magíster en Minoridad, Universidad Notarial Argentina. Ex Jueza de Familia y Minoridad del Juzgado nro. 1 de Ushuaia, Tierra del Fuego. Autora de numerosos artículos y comentarios sobre derecho de familia y juvenil. Coautora del libro "Violencia de género y violencia doméstica. Responsabilidad por daños" (directora: Graciela Medina. Coautores: González Magaña, I. y Yuba, G.). Capacitadora en temáticas de derecho de familia y de las mujeres. Columnista jurídica en el programa radial "Mañanas Diferentes", LRA Radio Nacional Ushuaia y TV Pública Canal 11 Ushuaia, en "Código TDF". Conferencista a nivel nacional e internacional (Universidad Lyon III "Jean Moulin", Lyon, Francia). Representante por Argentina del Consejo Consultivo Regional Latinoamericano de la AIMJF (Asociación Internacional de Magistrados de la Juventud y de la Familia). Miembro de la Red de Mujeres para la Justicia. Titular de Cátedra Derecho Internacional Privado, UCES (Ushuaia).

(1) CNCiv., sala K, "F., R. R. y otro c. G. P., M. A. s/ impugnación de filiación, 28/10/2020, AR/JUR/54740/2020.

(2) Con los votos de los jueces Álvarez y Ameal

La niña nació por TRHA, a través de la gestación por sustitución, práctica que se llevó a cabo con ovodonación; con el aporte de material genético masculino de los integrantes del matrimonio y el ofrecimiento de manera altruista y desinteresado de la Sra. M. A. G. P., dejando expresada claramente su voluntad y decisión de ser "mujer gestante" y no madre del bebé por nacer.

Realizada la práctica en institución privada, luego del nacimiento de la niña el 17/10/2016, se realizó un ADN, que excluyó vínculo genético de la niña H. con la Sra. M. A. G. P. (mujer gestante) y el Sr. D. H. R. El padre biológico, Sr. R. R. F. y la Sra. M. A. G. P. inscribieron el nacimiento de la niña en el Registro Civil, hasta tanto se formalizara judicialmente la condición de progenitor del cónyuge, D. H. R.

Iniciadas las acciones legales, en primera instancia se desplazó la filiación materna de la niña H. y se admitió su emplazamiento filial con relación al matrimonio compuesto por los señores R. R. F y D. H. R. ordenando la inscripción de nacimiento conforme la identidad verdadera de la menor de edad.

Cabe mencionar que la Fiscal de grado dictaminó en contra de la petición de las partes, fundándose en el art. 562 del Cód. Civ. y Com. (los nacidos por TRHA son hijos de quien dio a luz) y que dicha norma elimina la gestación por sustitución. Por su parte, la Defensoría de Menores y tutora designada respectivamente dictaminaron a favor de la pretensión de las partes.

La sentencia es apelada por el Ministerio Público Fiscal, que sostuvo que debe respetarse el art. 562 del Cód. Civ. y Com., que no se declaró su inconstitucionalidad, que no existe un vacío legal respecto de la gestación por sustitución, que no pueden existir dos vínculos filiatorios (art. 558, Cód. Civ. y Com.); que se afecta el orden público y que el caso puede resolverse a través de la figura de la adopción plena, extinguiendo la responsabilidad parental de la madre gestante, siendo la adopción por integración la respuesta legal que establece un vínculo filiatorio pleno equiparado al padre biológico.

III. Ejes de análisis

La decisión de la mayoría, a nuestro entender, resulta contraria a la protección del interés superior del niño, como así también al enfoque de derechos humanos y perspectiva de la infancia, alejándose de una interpretación conforme *el diálogo de fuentes*, realizando un análisis parcial de la normativa constitucional-convencional, como también del caso, promoviendo una desigualdad y discriminación que impacta en la niña y en la familia.

El voto en disidencia de la Dra. Bermejo, por el contrario, pone en valor el respeto del orden público, el interés superior del niño, derecho a la identidad; la voluntad procreacional y los principios de igualdad y no discriminación.

Distinguimos los siguientes ejes que consideramos centrales:

1. Sobre la voluntad procreacional como principio normativo.

2. Derecho a la identidad.

3. La gestación por sustitución y noción de familia.

III.1. Sobre la voluntad procreacional como principio normativo

En el análisis del presente caso, adquiere una especial relevancia la voluntad procreacional. Se trata de un nuevo principio normativo, que el Código Civil y Comercial de la Nación erigió como columna vertebral de la filiación mediante TRHA, constituyendo la causa fuente de este tipo de filiación **(3)**.

Así, la jurisprudencia ha dicho: "...En las técnicas de reproducción humana asistida es la voluntad procreacional el elemento central y fundante para la determinación de la filiación, con total independencia de si el material genético pertenece a las personas que, efectivamente, tienen la voluntad de ser padres o madres, o de un tercero a ajeno, de este modo el dato genético no es el definitivo para la creación del vínculo jurídico entre una persona y el niño nacido

(3) Conf. Art. 558 del Cód. Civ. y Com. existen tres tipos de filiación: por naturaleza, por TRHA y por adopción.

mediante las técnicas de análisis, sino quién o quiénes han prestado el consentimiento al sometimiento a ellas y por ello rige el principio de la autonomía de la voluntad y no la del puro dato genético, para dar nacimiento al vínculo filial..." **(4)**.

Es que "...[l]a voluntad procreacional es querer engendrar un hijo, darle afecto y asumir la responsabilidad de su formación integral, en el marco del derecho a una maternidad y a una paternidad libres y responsables, sin exclusiones irrazonables y respetando la diversidad como característica propia de la condición humana y de la familia, y se expresa mediante el otorgamiento del consentimiento previo, libre e informado..." **(5)**.

La voluntad procreacional es también un derecho humano. Dicha voluntad emerge como principio normativo determinante de la fuente de filiación en las TRHA y determina en consecuencia, que un niño/niña sea hijo /hija de quienes hayan expresado de manera formal, mediante consentimiento informado la decisión autónoma, libre e independiente de ser madre o padre.

Es a través de esa expresión de voluntad procreación, que se proyecta e impacta en la conformación de la familia y en la identidad del niño/niña, de manera que sea hijo /hija de quienes hayan manifestado dicha voluntad procreacional.

No se trata de una mera formalidad: constituye la fuente de filiación en las TRHA y también en la práctica de gestación por sustitución.

Y al ser fuente de filiación en esos casos, no es "madre" quien haya dado a luz conforme el art. 562 del Cód. Civ. y Com., sino quien haya expresado la voluntad procreacional de ejercer los roles parentales. Aquí también entra en juego el respeto de los principios de igualdad y no discriminación, ya que quedarían excluidas las parejas igualitarias formadas por dos hombres.

En este caso, resulta claro que la mujer gestante (Sra. M. A. G. P.) no solo no tiene vínculo genético, sino que, volitivamente, no es "madre", ya que dejó claramente establecido desde el inicio de la relación establecida con el matrimonio conformado por los Sres. R. R. F. y D. H. R., su decisión voluntaria, altruista y desinteresada para que estos puedan conformar la familia conforme sus decisiones y deseos.

¿Cuál sería entonces la maternidad jurídicamente relevante? O, mejor dicho, la filiación parental relevante: ¿la genética o la volitiva? En el marco de la gestación por sustitución —a través de las TRHA— instituto que entendemos (junto con la mayoría de la corriente doctrinaria y jurisprudencial predominante) no está prohibido, es vital la voluntad procreacional expresada por las partes interesadas.

En la especie, la mujer gestante ha sido clara y el desconocer su voluntad y decisión libre e informada impacta por partida doble, vulnerando derechos de las partes: por un lado en el derecho a la identidad real de la niña nacida de dicha práctica, donde no se respeta su verdadera identidad (es hija de quienes han expresado su voluntad procreacional de manera actual y oportuna y aportado material genético masculino, es decir hija del matrimonio igualitario de los Sres. R. R. F. y D. H. R.). Y, por otro lado, respecto de la mujer gestante, causando una violencia hacia la mujer en razón del género, de tipo psicológica, simbólica y bajo la modalidad institucional contra las mujeres y contra la libertad reproductiva (arts. 4°, 5°, inc. 2; 5° y art. 6°, incs. b y d de la ley 26.485).

Imponer a la "mujer gestante" el carácter de "madre" conforme la interpretación literal del

(4) TColeg. Familia Nro. 7, Rosario, XXX s/ maternidad por sustitución, 02/12/2014, AR/JUR/90178/2014.

(5) KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída - HERRERA, Marisa - LAMM, Eleonora - DE LA TORRE, Natalia, "La gestación por sustitución en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A propósito del caso 'Paradiso y Campanelli c. Italia'", Fallo comentado: Corte Europea de Derechos Humanos —2017/01/24— Case of "Paradiso and Campanelli c. Italy", LA LEY, 13/03/2017, 6. "En los supuestos de TRHA heterólogas, es decir, con material genético de terceros, en el plano del vínculo filial, el elemento definitorio es la voluntad procreacional y no quién o quiénes aportaron el material genético. Así surge claramente del art. 562 del Código Civil y Comercial argentino". Citado por: BRIOZZO, María Soledad, "La regulación legal de la técnica de fertilización de gestación por sustitución: un debate moral y jurídico superado en la jurisprudencia nacional", DFyP 2017 (noviembre), 30, AR/DOC/2665/2017.

art. 562 del código de fondo, implica el ejercicio de violencia hacia la mujer en razón del género, cuando esta, previamente asesorada, expresó de manera actual y oportuna su consentimiento libre e informado de no querer ser "madre" sino mujer gestante del niño por nacer de las partes.

Dicha imposición supone reforzar el estereotipo negativo de la mujer como incapaz de brindar un consentimiento racional, vulnerando su derecho a la autodeterminación **(6)**.

Desde una óptica constitucional-convencional, cobra vigencia el respeto de la autonomía de la mujer y de su vida privada.

En ese sentido se ha dicho: "...Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que la protección a la vida privada abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad. El mencionado tribunal ha señalado que la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres, por tanto, considera que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico ('Artavia Murillo y otros (fecundación *in vitro*) vs. Costa Rica', 28/11/2012, considerando 143) ..." **(7)**.

En el fallo objeto de comentario, la imposición a la mujer gestante del carácter de "madre" importa un avasallamiento al derecho a su autodeterminación, libertad, autonomía y construcción de su proyecto de vida personal que no incluye el ser madre y solo el ser mujer gestante. De hecho, la Sra. M. A. G. P. no es quien cría, cuida y educa a la niña, sino el matrimonio integrado por los Sres. R. R. F y D. H. R. La realidad familiar es la que deseó, construyó este matrimonio; principio de realidad que incide en la identidad dinámica de la niña.

Adquiere sentido la noción de la voluntad procreacional, definida por la jurisprudencia como "...el querer engendrar un hijo, darle afecto y asumir la responsabilidad de su educación y crianza por ello contiene sin dudas el elemento volitivo que tiene en miras adquirir derechos y obligaciones emergentes de la relación paterno filial que, justamente, en el campo de la reproducción humana asistida es la típica fuente de creación del vínculo" (causa: "NNODG M. B. M. s/ inscripción de nacimiento - Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil N° 86 de fecha 18/06/2013)...." **(8)**.

Por otra parte, el respeto de la voluntad procreacional como fuente de la filiación por TRHA a través de la gestación por sustitución, permite la realización plena del principio de igualdad y no discriminación.

Desplazar el vínculo jurídico con la mujer gestante y hacer lugar a la petición de las partes, tal como se decidió en Primera Instancia, corrige la desigualdad de hecho que afecta a los hombres, quienes necesariamente deben recurrir a la adopción para lograr ser padres, cuando deberían gozar del mismo derecho que las mujeres (en cuanto a las TRHA). Una pareja de hombres solo puede acceder a la paternidad con el uso de estas TRHA, a través de la gestación por sustitución **(9)**.

Entendemos que la declaración de inconstitucionalidad del art. 562 del Cód. Civ. y Com. es la solución correcta, con el enfoque brindado des-

(6) NOTRICA, Federico, "Los débiles argumentos contrarios a la gestación por sustitución", Revista anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, Año 15 nro. 48/2018.

(7) TColeg. Familia Nro. 5, Rosario, "S. G. G. y otros s/ filiación", 27/05/2016, AR/JUR/37971/2016. DE LA TORRE, Natalia, "La gestación por sustitución "hecha en casa": el primer reconocimiento jurisprudencial en parejas del mismo sexo" RDF 2017-I, 128, AR/DOC/5031/2016.

(8) JFamilia 5a Nom., Córdoba, "V. A. B. y otros s/ solicita homologación", 25/04/2019, AR/JUR/9677/2019.

(9) TColeg. Familia Nro. 5, Rosario, "S. G. G. y otros s/ filiación", 27/05/2016, AR/JUR/37971/2016.

de el llamado "diálogo de fuentes" **(10)** a casos como el que se comenta. La interpretación integral y sistémica de los derechos a formar una familia, según la voluntad procreacional expresada por las partes interesadas; la voluntad procreacional como derecho humano; derecho a la igualdad no discriminación; derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico como derecho humano y esencial en el ámbito de las TRHA **(11)** y el derecho a la identidad y el derecho del niño a ser inmediatamente inscripto después del nacimiento conforme su identidad, analizados y valorados conforme el *diálogo de fuentes, principios y valores* ,dan fundamento y sentido a la inconstitucionalidad del art. 562 del Cód. Civ. y Com., como herramienta para la realización de los derechos humanos, evitando la vulneración de derechos que trae aparejada la aplicación literal del mencionado artículo en casos como el presente **(12)**.

Cabe señalar que el respeto por la autonomía de la voluntad es uno de los principios esenciales en el derecho de las familias y del derecho de filiación, junto con la igualdad y no discriminación y el derecho a la identidad en sentido amplio **(13)**.

III.2. Sobre el derecho a la identidad

El valor de la voluntad procreacional, como manifestación realizada de modo oportuno, actual y con las formalidades exigidas por ley, impacta de manera directa sobre el derecho a la identidad de la niña (en este caso). El derecho a la identidad es un derecho humano fundamental, vinculado con otros derechos humanos, que confluyen en la construcción de la personalidad del individuo, de la persona humana: el derecho al nombre, la nacionalidad, el derecho a vivir en su familia de origen, el derecho a las relaciones familiares, el derecho a la verdad, a conocer sus orígenes y el derecho a la inscripción de nacimiento.

Los niños pequeños como sujetos de derechos son también beneficiarios de todos los derechos consagrados en la Convención de los Derechos del Niño, adquiriendo una importancia esencial en la construcción de su identidad, el derecho a la inscripción inmediata después de su nacimiento y el derecho a preservar su identidad, nacionalidad, nombres y las relaciones familiares (arts. 7° y 8° de la CDN).

Como lo expresara el Consejo de Derechos Humanos en el 28° período de sesiones, la inscripción inmediata luego del nacimiento es vital, dada su implicancia y consecuencia en la realización de los demás derechos (educación, salud, ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales y acceso a servicios). A ello debemos sumar el derecho a la dignidad.

En este caso, si bien la niña nacida el 17/10/2016 fue inscripta en el Registro Civil, no corresponde a su verdadera identidad, ya que fue inscripta como hija del padre que aportó material genético y que expresó su consentimiento para la práctica de TRHA y de la mujer gestante (quien no es volitivamente su madre), quedando a la espera de resolución judicial, el desplazamiento de la filiación materna para emplazarla en su verdadera realidad filiatoria.

Esta situación jurídica no es compatible con la realidad que marca la identidad dinámica de la niña, entendiendo que su derecho a la identidad se encuentra vulnerado, desde su nacimiento, al ser inscripta como hija de una mujer que no ha expresado su voluntad procreacional, más bien, ha expresado su voluntad solo de ser gestante y desconociendo el principio normativo de la voluntad procreacional expresada por el matrimonio mencionado anteriormente. Y esa vulneración persiste, al prolongar y exigir un trámite que no guarda relación con la realidad familiar y jurídica de la niña.

Los jueces, al decidir los temas llevados a su conocimiento, conforme dispone el art. 706 del

(10) Arts. 1 y 2 del Cód. Civ. y Com.

(11) Art. 15 b) del PIDESC

(12) YUBA, Gabriela, "Gestación por sustitución: una deuda pendiente. Enfoque desde "el diálogo de fuentes", ERREIUS, octubre 2020, Temas de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética, p. 994. Comentario a fallo: Juzg. Flia. La Plata, Nro. 8, "D. J. E. y otro s/ autorización judicial", 27/4/2020, IUSJU000558F.

(13) Conf. CAPELLA y DE LORENZI, citados por "Gestación por sustitución: una deuda pendiente. Enfoque desde "el diálogo de fuentes", ERREIUS, octubre 2020, Temas de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética, p. 994. Comentario a fallo: Juzg. Flia. La Plata, Nro. 8, "D. J. E. y otro s/ autorización judicial", 27/4/2020, IUSJU000558F.

Cód. Civ. y Com., deben tener en cuenta el interés superior del niño y respetar el principio de tutela judicial efectiva, complementado este con los principios de concentración y celeridad. La alternativa de la adopción que brinda el voto mayoritario en este fallo lejos está de contemplar el interés superior del niño, demorando con actividades judiciales burocráticas que no son compatibles desde una perspectiva de la infancia (conforme doctrina de la protección integral de la CDN), la inscripción de la niña de acuerdo con su identidad dinámica personal y familiar.

Así se ha reconocido, en la Observación General n° 7 (2005) sobre "Realización de los derechos del niño en la primera infancia", del Comité de los Derechos del Niño, al caracterizar la primera infancia como un periodo esencial para la realización de los derechos del niño, como se explica a continuación: "...b. Los niños pequeños crean vínculos emocionales fuertes con sus padres u otros cuidadores, de los que necesitan recibir cuidado, atención, orientación y protección, que se ofrezcan de maneras que sean respetuosas con su individualidad y con sus capacidades cada vez mayores..."; "...e. Los primeros años de los niños pequeños son la base de su salud física y mental, de su seguridad emocional, de su identidad cultural y personal y del desarrollo de sus aptitudes...".

La identidad personal con los elementos estáticos y dinámicos que la conforman (al decir de Fernández Sessarego), entendida como el conjunto de atributos y características sicosomáticas que permiten individualizar a la persona en la sociedad, proyecta hacia el mundo exterior los rasgos de cada individuo y permite conocer a la persona en su mismidad. Esa identidad personal es la que hace que cada uno sea "uno mismo" y no otro **(14)**.

"...Garantizar el interés superior de un niño nacido mediante gestación por sustitución, implica tutelar efectivamente el derecho a una filiación acorde a la realidad surgida de la voluntad, expresada por todos los que integran el proyecto familiar, en el que él se incluirá como uno más de la familia..." **(15)**.

III.3. Sobre la gestación por sustitución y noción de familia

La regulación de la gestación por sustitución en la actualidad continúa siendo una deuda pendiente, frente a una sociedad que reclama ante los tribunales, en pos de autorizaciones y medidas que protejan el interés superior del niño y el derecho a la identidad **(16)**. Su falta de regulación ante el vacío legislativo impacta en el corpus de derechos humanos.

Compartimos los argumentos expuestos por la jueza Bermejo, en cuanto a que la gestación por sustitución no vulnera el orden público, en el análisis integrado con el art. 2634 del código de fondo, guardando una coherencia normativa con el resto del plexo normativo sobre las TRHA **(17)**.

Por último, con respecto a la noción de familia, el derecho a formar una familia, frente a los principios normativos que hemos citado, debe protegerse y promoverse, fundándose en normativa constitucional y convencional **(18)**.

Así, la jurisprudencia ha dicho: "...El Código Civil y Comercial, en total consonancia con

(14) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, "El derecho a la identidad personal", LA LEY, 1990-D, 1248; AR/DOC/2913/2001.

(15) JFamilia N° 4 de Morón, "A. P. Y. y otro/a c. A. M. G. y otro/a s/ acciones de impugnación de filiación", 05/03/2020, AR/JUR/17521/2020.

(16) YUBA, Gabriela, ob. cit.

(17) Arts. 12, 558, 560 del Cód. Civ. y Com.

(18) Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 16), Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. VI), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) (artículo 10), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 23), Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 17), Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) (arts. 9 y 16), Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 9, 10, 20, 21 y 22), Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (art. 23), Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador" (art. 15), Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (arts. 4, 44, 45 y 50).

principios constitucionales e internacionales, valoriza el derecho de toda persona a formar una familia gracias al avance científico, sin importar su condición sexual, habilitando acceder a la maternidad/paternidad importando solo la voluntad procreacional, sean parejas del mismo o diferente sexo y/o personas solas..." **(19)**.

En pos de la protección del derecho a formar una familia, a la vida privada y a la intimidad, la inconstitucionalidad del art. 562 del Cód. Civ. y Com. se impone como herramienta para la efectividad de esos derechos en casos como en el de autos **(20)**. Más teniendo en cuenta que en esos casos, la voluntad procreacional es el elemento central y fundante para la determinación de la filiación **(21) (22)**.

IV. Reflexiones finales

La justicia debe dar una respuesta eficaz para las partes, especialmente para los niños y niñas nacidos a través de estas técnicas, teniendo una perspectiva de infancia que garantice el interés superior del niño, su derecho a la identidad y la inscripción de su nacimiento acorde con su realidad familiar volitiva.

El desconocimiento de la voluntad procreacional como principio normativo lleva a perpetuar discriminaciones que impactan en los niños y en los adultos vulnerando sus derechos.

Entendemos que resulta necesaria una legislación que contemple la gestación por sustitución, evitando judicializaciones para lograr el reconocimiento de derechos fundamentales. Se impone una regulación con una dimensión ética y jurídica que permita igualdad y no discriminación.

---

(19) CNCiv., sala A, "S., M. D. y otros c. A., S. S. s/ Filiación", 28/08/2020, AR/JUR/35471/2020.

(20) No obstante, ha sido objeto de discusiones la declaración de inconstitucionalidad del art. 562 del Cód. Civ. y Com. en ámbito judicial.

(21) Juzgado de Familia Nro. 1 de Pergamino, "C., C. A. y otros s/ materia a categorizar", 22/04/2019, AR/JUR/15655/2019.

(22) La gestación por sustitución encuentra fundamento en el reconocimiento del derecho a la vida privada y familiar (art. 11 CADH); derecho al respeto de la integridad física, psíquica y moral (art. 5.1 CADH); derecho a la libertad y seguridad personales (art. 7.1 CADH) y derecho a la igualdad y a no ser discriminado (art. 24 CADH). De modo que el impacto de su reconocimiento en el ejercicio del derecho a constituir, formar una familia, a construir un proyecto de vida, es esencial. (Juzgado de Familia Nro. 2 de Mendoza, "S. M. S.; T. C. J.; B. P. V. s/ medidas autosatisfactivas", 15/02/2018, AR/JUR/1438/2018).

JURISPRUDENCIA

RESTRICCIÓN A LA CAPACIDAD

Revocación de la limitación para contraer matrimonio. Disidencia.

1. — Resulta injustificada la limitación para contraer matrimonio de la persona beneficiaria del proceso de restricción a la capacidad, si tal circunstancia no se corresponde con la situación de acuerdo con lo informado por el Equipo Técnico Interdisciplinario (del voto de la Dra. Barbiero de Debeheres).

2. — Si del dictamen y la entrevista personal con el juez se desprende que la persona beneficiaria del proceso de restricción a la capacidad es capaz para el ejercicio de sus derechos personales en sentido amplio, aclarando que no ponderaba su aptitud para el ejercicio de la responsabilidad parental en cuanto no se había expuesto tuviera hijos, y que lo veía capaz para sostener progresos sociales (fuera del entorno familiar conviviente) como asimismo laborales con sus hermanos, no se advierte en la motivación del fallo razones específicas que justifiquen la limitación para contraer matrimonio (del voto de la Dra. Pauletti).

3. — Si de manera injustificada se limita la posibilidad de contraer matrimonio de la persona beneficiaria del proceso de restricción a la capacidad, ello trunca anticipadamente la autonomía de la persona, y la coloca en una situación de desigualdad y marginación en clara contradicción con el ordenamiento jurídico, ya que las disposiciones de fondo que regulan el instituto del matrimonio expresamente prevén mecanismos tuitivos y de salvaguardia de cualquier persona que se vea privada de discernimiento para la celebración del matrimonio (del voto de la Dra. Pauletti).

4. — Si del estudio llevado a cabo por el Equipo Técnico Interdisciplinario, la persona beneficiaria del proceso de restricción a la capacidad necesita asistencia para los actos que involucren operaciones civiles y económicas de mayor envergadura e impacto en su patrimonio y/o cambien radicalmente sus condiciones de vida, las consecuencias patrimoniales y extrapatrimoniales que conlleva el matrimonio se encuentran contempladas implícitamente en las consideraciones del dictamen mencionado. Por ello, la restricción respecto del matrimonio debe mantenerse (del voto en disidencia del Dr. Portela).

CCivCom, Gualeguaychú sala I, 15/10/2020. - B. A. F. s/ restricción a la capacidad.

[Cita on line: AR/JUR/73957/2020]

Expte. N° 7027/F

2ª Instancia.- Gualeguaychú, octubre 15 de 2020.

La doctora *Barbiero de Debeheres* dijo:

Este Tribunal tiene para revisar la sentencia dictada a fs. 31/35 vta. venida en consulta —art. 186 LPF—, en la cual se restringió la capacidad del señor A F. B. en los términos del art. 32 del Cód. Civil y Comercial.

En ese marco y bajo la perspectiva expuesta en numerosos precedentes del Tribunal en la materia (conf.: 5017/F, del 13/08/2015, 5613/F, del 21/04/2017, 5598/F del 15/05/2017, Expte. N° 5524/F, del 24/02/2017, entre otros), conforme al estudio relativo al respeto de las garantías procesales y legalidad de lo resuelto que tenemos a cargo, se observa: 1) que la actuación y decisión se ha regido por las reglas generales prescriptas por el art. 31 Cód. Civ. y Comercial; 2) el proceso se promovió por persona legitimada según el art. 33 Cód. Civ. y Comercial —inc. c— E. A. B.; 3) A. es mayor de 13 años (nacido el 05/08/1997 —fs. 3—, 4) ha tenido la intervención necesaria el Ministerio Público (arts. 33, 35, 103 Cód. Civ. y Comercial); 5) se celebró la entrevista del incapaz y del interesado con el juez —fs. 20— (art. 35 Cód. Civ. y Comercial); 6) se cumplió con el necesario abordaje interdisciplinario aconsejando la limitación de la capacidad de ejercicio (arts. 31 inc. "c", 37 Cód. Civ. y Comercial), 7); la sentencia cumple con los recaudos previstos en los arts. 31, 32, 37, 38 y 43 Cód. Civ. y Comercial, aplicando con criterio el sistema de protección, de apoyos y salvaguardas adoptado. No obstante, no se advierte justificada la limitación para contraer matrimonio ya que no se corresponde con su situación de acuerdo a lo informado por el ETI a fs. 23/25 (arts. 31 incs. a, b y c, 403 inc. g y 405 Cód. Civ. y Comercial); 8) se designó como responsable del sistema de apoyos, a su madre, la Sra. E. A. B.

Finalmente, se advierte que la declaración de restricción de la capacidad decidida en la sentencia, a excepción de la limitación para contraer matrimonio, se corresponde con la situación particular de A F. B.

En consecuencia, oídos que han sido los representantes de ambos Ministerios Públicos —25/09/20 y 01/10/2020—, corresponde confirmar de modo parcial la sentencia venida en consulta, a excepción de la limitación para contraer matrimonio dispuesta.

El doctor *Portela* dijo:

1.- Que voy a disentir parcial y respetuosamente con la opinión de la doctora *Barbiero*, ya que considero que la restricción respecto del matrimonio debe mantenerse.

2.- Que según el estudio llevado a cabo por el ETI, que concluyó en el dictamen agregado a fs. 23/25, el señor B. necesita "asistencia para aquellos actos que involucren operaciones civiles y económicas de mayor envergadura e impacto en su patrimonio y/o cambien radicalmente sus condiciones de vida".

3.- Que, a tenor de lo expuesto, entiendo que las consecuencias patrimoniales y extrapatrimoniales que conlleva el matrimonio se encuentran contempladas implícitamente en las consideraciones del dictamen mencionado.

Por lo brevemente dicho, soy partidario de confirmar la sentencia de fs. 31/35 sin modificaciones.

La doctora *Pauletti* dijo:

Dada la discrepancia existente acerca del impedimento matrimonial impuesto en la sentencia venida en consulta, adhiero a la posición de la doctora *Barbiero de Debeheres*, mocionando que tal extremo del fallo sea dejado sin efecto.

El informe del ETI —fs. 24 y vta.— indica que el causante presenta síndrome de down y discapacidad intelectual moderada, aprendizajes, autonomía en el derecho al voto y respecto a traslados fuera del hogar, contando con buena orientación espacial, manejo de pequeñas sumas de dinero posibilitado por su estimulación del ambiente social facilitador, aunque requiere de asistencia para actos que involucren operaciones civiles y económicas de mayor envergadura e impacto en su patrimonio y/o cambien radicalmente sus condiciones de vida.

No encuentro por tanto que la limitación tenga respaldo en ese abordaje interdisciplinario, donde el cambio de sus condiciones de vida, considero está referido al espacio socio familiar que lo contiene y su rol ocupacional, y no a la facultad de contraer matrimonio que no fue explorada. En ese sentido, valorando el dictamen y la entrevista personal el juez señaló que la A F. B. es capaz para el ejercicio de sus derechos personales en sentido amplio, aclarando que no ponderaba su aptitud para el ejercicio de la responsabilidad parental en cuanto no se había expuesto tuviera hijos, y que lo veía capaz para sostener progresos sociales (fuera del entorno familiar conviviente) como asimismo laborales con sus hermanos, por lo que tampoco advierto en la motivación del fallo razones específicas sobre el acto matrimonial.

En tal caso, debe estarse por la presunción de capacidad de ejercicio de la persona y el carácter excepcional de las restricciones —art. 31 inc. a y b Cód. Civ. y Comercial —.

Avala ello la posición sentada recientemente por la Sala Civil y Comercial del STJER, en los autos: "I. C. s/ restricciones a la capacidad", Expte. N° 8138, del 11/06/2020, donde casando la sentencia del tribunal de Alzada, criticó la carencia argumental en la que se había sostenido la limitación para contraer matrimonio, lo cual dijo, conllevaba una arbitrariedad, y con ello la vulneración del principio reinante en la materia que procura que en los procesos como el de autos la afectación de la autonomía personal debe ser la menor posible.

Estableció asimismo, que la protección pretendida en realidad trunca anticipadamente la autonomía de la persona, y la coloca en una situación de desigualdad y marginación en clara contradicción con el ordenamiento jurídico, ya que las disposiciones de fondo que regulan el instituto del matrimonio expresamente prevén mecanismos tuitivos y de salvaguardia de cualquier persona que se vea privada de discernimiento para la celebración del matrimonio —arts. 403, inc. g, y 405 del Cód. Civ. y Comercial—, acto para el cual el consentimiento no puede someterse a modalidad, plazo, condición o cargo alguno, ni contar con vicios en el mismo —arts. 408 y 409 del Cód. Civ. y Comercial—, y frente al cual se contempla la posibilidad de oposición a su concreta celebración en caso que de verificarse alguno de los impedimentos previstos —arts. 410 y ss. del Cód. Civ. y Comercial—, y en caso que este se hubiese llevado adelante de todas formas, la posibilidad de declarar su nulidad —art. 425, inc. b, del Cód. Civ. y Comercial—.

Se destacó al respecto, que el acto matrimonial se celebra públicamente, con la presencia de testigos, imbuido de las demás formalidades que requiere la ley y frente al oficial público, quien de advertir la existencia del impedimento previsto en el art. 403, inc. g, —o cualquier otro—, suspenderá la celebración del matrimonio hasta que se pruebe la habilidad de los contrayentes o se rechace la oposición —art. 418 del Cód. Civ. y Comercial—.

Comparto tal lectura casacional que creo encaja en el marco convencional existente en la materia, razones las expuestas, con las que formulo la adhesión anunciada.

Por lo expuesto, por mayoría se resuelve: 1.- Confirmar de modo parcial la sentencia declarativa de restricción a la capacidad de A F. B. dictada el 28 de febrero de 2020 —fs. 31/35— venida en consulta, revocando la limitación para contraer matrimonio dis-

puesta. 2.- Registrar, conjuntamente con copia de la sentencia de primera instancia, notificar mediante SNE y, en estado remitir a su Juzgado de origen. — *Leonardo Portela* (en disidencia parcial). — *Ana C. Pauletti. — Valeria M. Barbiero de Debeheres.*

GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN

Brecha generacional. Restantes condiciones personales del aspirante. Ausencia de disposiciones legales.

1. — La diferencia etaria no resulta un obstáculo en atención a las condiciones personales de la aspirante a la guarda, ni existe disposición legal alguna en nuestro ordenamiento que determine una edad máxima. Máxime cuando en el caso, la autoridad que tiene a su cargo la registración evaluó la idoneidad de la apelante teniendo en cuenta su edad y sus pretensiones de adopción, y se expidió favorablemente por entender que cumplía con los requerimientos para ser aspirante.

2. — En el ámbito de los derechos del niño se reconoce a la adopción como un instrumento necesario para la protección de los menores, institución esta que tiene justificación y fundamento en los valores justicia, solidaridad y paz social.

3. — Las pautas enumeradas en el art. 613 del Cód. Civ. y Com. en lo atinente a la elección del guardador con fines de adopción no son taxativas y deben ser evaluadas en conjunto en cada caso particular.

CJ Salta, 01/12/2020. - Asesoría de Incapaces N.º 2 en representación de la menor D., G. D. s/ guarda con fines de adopción - Recurso de inconstitucionalidad.

[Cita on line: AR/JUR/64499/2020]

Expte. N° CJS 40.707/20

Salta, diciembre 1 de 2020.

Considerando:

1°) Que conforme surge de las copias certificadas agregadas a fs. 899/901, esta Corte hizo lugar a la queja interpuesta por la señora M.E.J.A., en mérito a lo cual ordenó la tramitación del recurso de inconstitucionalidad articulado por esta (v. fs. 762/787 vta.) contra la sentencia de la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial que obra a fs. 744/761. Mediante el pronunciamiento en cuestión se admitió el recurso de apelación deducido por el Asesor de Incapaces N° 2 del Distrito Judicial Orán y, consecuentemente, se dejó sin efecto la decisión del juez de primera instancia de seleccionar a la recurrente como aspirante a la guarda con fines de adopción de la niña D.G.D.

Sostiene la impugnante que el fallo violenta el derecho de defensa en juicio, el debido proceso legal, los principios de igualdad, reserva, libertad y razonabilidad, y conculca el interés superior del niño. Aduce que el tribunal *a quo* efectuó una interpretación irrazonable e injusta, e incurrió en arbitrariedad en el análisis y ponderación de los hechos.

Alega que no existe disposición legal que exija un máximo de edad a considerar como brecha generacional y como requisito para ser adoptante, y que esa exigencia fue creada por la alzada que —además— soslayó tener en cuenta los informes interdisciplinarios que concluían en su aptitud para prohijar.

Expone que la resolución impugnada creó un procedimiento particular para el caso, retrotrajo etapas procesales y estableció exigencias sin sustento. Afirma que en el proceso se respetaron las reglas, y que el Asesor de Incapaces que intervino en resguardo de la menor conoció en tiempo y forma la recepción de los legajos remitidos por la Secretaría Tutelar, a la vez que fue informado telefónicamente de la audiencia celebrada en forma previa al inicio de la vinculación.

Manifiesta que no se respetó el interés superior de la niña y se violó lo dispuesto por los arts. 24 de la Ley 26.061 y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Expresa que no puede pasarse por alto el daño irreparable que se produciría a la menor en caso de mantenerse la sentencia apelada, ya que se la separaría de su única referencia familiar en la actualidad, generada por el proceso de vinculación debidamente dispuesto.

Asegura que el pronunciamiento se basa en un estereotipo de lo real e incurre en discriminación de adoptantes por la sola razón de la edad. Dice que cuenta con informes del equipo interdisciplinario favorables en cuanto al punto específico etario, y que la Secretaría Tutelar concluyó que su parte cumple con los requisitos de la Acordada 12.709.

Finalmente, esgrime que existe gravedad institucional por cuanto la cuestión excede el caso de autos y trasciende a todos los procesos de adopción.

A fs. 912/914 vta. y 915/944 vta. se agregan las memorias presentadas por la señora Asesora General de Incapaces y la recurrente, respectivamente; a fs. 949/951 vta. emite su dictamen el señor Fiscal ante la Corte N° 1, interinamente a cargo de la Fiscalía ante la Corte N° 2, quien se pronuncia por la procedencia del recurso, y a fs. 952 se llaman autos para resolver, providencia que se encuentra firme.

2°) Que la doctrina de la arbitrariedad es el medio para resguardar las garantías de la defensa en juicio y a un debido proceso al exigir que las sentencias sean fundadas y constituyan derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa (esta Corte, Tomo 77:619; 87:769; 96:521).

En consonancia con ello, corresponde determinar si lo decidido importa un tratamiento inadecuado y dogmático del planteamiento propuesto, es decir, si adolece de defectos que lo invalidan como acto jurisdiccional (CSJN, Fallos: 301:1002; 310:1638).

3°) Que resulta pertinente referir que la alzada, a fin de dejar sin efecto la elección de la impugnante como aspirante a la guarda con fines de adopción de la niña D.G.D., acogió la apelación del Asesor de Incapaces N° 2 del Distrito Judicial Orán, quien sostuvo que el juez de primera instancia había omitido darle participación como también a la autoridad administrativa en el proceso de selección. Además opuso reparos a la edad de la pretensa adoptante en consideración a la brecha generacional existente con la menor, pero aclarando que no se formulaban objeciones respecto de las condiciones personales, morales y de solvencia de la señora J. A.

Para arribar a la decisión recurrida entendió el tribunal *a quo* —en lo esencial— que, sin perjuicio de reconocer que los adultos mayores suelen contar con ciertas condiciones como la madurez emocional, la seguridad en cuanto a las metas de la vida y la estabilidad económica entre otras, los niños adoptados por padres de una franja etaria superior a los 50 o 55 años tienen un riesgo más grande de que los adultos se enfermen y que, por ello, los menores se vean obligados a cuidar de sus padres ancianos.

Indicó que si bien en nuestra legislación la posibilidad de adoptar no está prohibida a los adultos mayores, las decisiones de este tipo deben tener presente todo el conjunto de rasgos que rodean la situación. Consideró que como criterio para el otorgamiento de las guardas con fines de adopción deberían tenerse en cuenta las edades en las que los adoptantes, de haber sido biológicamente posible, hubieran engendrado. Agregó que el argumento para sostener la conveniencia de fijar un tope máximo en la edad de la adoptante, aun cuando no haya sido legislado en nuestro ordenamiento de fondo, se funda en la necesidad de establecer una relación paterna y/o materna-filial cercana a la realidad, madura y razonablemente coherente con el ejercicio reflexivo de los roles de cada uno en la familia que se conforma con la adopción.

En ese marco, y meritando que existían otros postulantes posibles a ser examinados, concluyó que correspondía dejar sin efecto la selección de la señora J. A., y realizar una nueva evaluación de todos los legajos disponibles, con intervención de la autoridad administrativa y del Asesor de Incapaces N° 2.

4°) Que efectuada la reseña anterior, y a fin de proceder al análisis del tema traído a conocimiento de este Tribunal, debe tenerse presente que en el ámbito de los derechos del niño se reconoce a la adopción como un instrumento necesario para la protección de los menores, institución esta que tiene justificación y fundamento en los valores justicia, solidaridad y paz social (CSJN, "S. C. s/ adopción", S. 1801. XXXVIII. REX).

En lo atinente a la elección del guardador con fines de adopción, el art. 613 del Cód. Civ. y Comercial establece que con el objeto de "...asegurar de un modo permanente y satisfactorio el desarrollo pleno del niño, niña o adolescente, se deben tomar en cuenta, entre otras pautas: las condiciones personales, edades y aptitudes del o de los pretensos adoptantes; su idoneidad para cumplir con las funciones de cuidado, educación; sus motivaciones y expectativas frente a la adopción; el respeto asumido frente al derecho a la identidad y origen del niño, niña o adolescente". Esta norma se encuentra orientada a indicar cuáles son las condiciones —entre otras— que deben ser evaluadas para garantizar que la selección del guardador sea efectuada teniendo en cuenta el interés superior del niño, principio cardinal que rige la materia.

En tal sentido, es importante destacar que las pautas enumeradas no son taxativas y deben ser evaluadas en conjunto en cada caso particular. Así, nuestro Máximo Tribunal Federal sostuvo que queda totalmente desvirtuada la misión específica de los tribuna— les especializados en temas de familia si estos se limitan a decidir problemas humanos mediante la aplicación de una suerte de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley les manda concretamente valorar; pues no es posible prescindir del estudio de los antecedentes reunidos en la causa a fin de apreciar si correspondía otorgar la adopción de la menor por imponerlo así la conveniencia para ella y la concurrencia de circunstancias excepcionales ("S.C. s/ adopción", S. 1801.XXXVIII. REX).

5°) Que en el *sub lite* no se encuentra controvertido que la señora M. E. J. A. reúne las condiciones personales, morales y económicas adecuadas que se requieren para el otorgamiento de la guarda, aunque su elección fue objetada con base en la brecha generacional existente con la niña (59 años).

Ahora bien, conforme se indicó, las pautas fijadas deben ser analizadas con especial referencia a las particularidades del caso, lo que en autos no ocurrió. En efecto, los informes de los distintos profesionales son claros en cuanto a que la diferencia etaria no resulta un obstáculo en atención a las condiciones personales de la aspirante a la guarda.

En tal orden, corresponde meritar que la señora J. A. fue inscripta en el Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines de Adopción de la Provincia a la edad de sesenta (60) años, así como también que declaró en las entrevistas que se le efectuaron —a los fines de la inscripción— su intención de adoptar una niña de cero (0) hasta tres (3) años. Las profesionales que tuvieron a su cargo las pericias, en pleno conocimiento de las circunstancias antes apuntadas, concluyeron que las condiciones de la postulante eran aptas para prohijar (v. legajo agregado a estas actuaciones, especialmente fs. 633/635 y 636/637 vta.); con base en ello, se la incorporó en el registro (v. fs. 638/639). Es así que la autoridad que tiene a su cargo la registración evaluó la idoneidad de la apelante teniendo en cuenta su edad y sus pretensiones de adopción, y se expidió favorablemente por entender que cumplía con los requerimientos para ser aspirante.

De igual modo fue incorporado al expediente —en forma previa a la emisión del fallo de segunda instancia— un nuevo informe de la Secretaría Tutelar del Poder Judicial de Salta (v. fs. 695/700), en el que se analiza especialmente la brecha generacional existente entre la niña y la señora J. A., y en el que se afirma: "La postulante, desde el inicio de su inscripción, sostuvo disponibilidad adoptiva de 0 a 3 años en cuanto a rango etario. Tal decisión, pensada y madurada, fue sopesada por Marta a lo largo de las entrevistas de evaluación, reconociendo la distancia objetiva en cuanto a rango de edad, pero decidiendo en virtud del análisis pormenorizado de su situación personal y social... Tal variable de comprensión en la que se recomienda valorar el caso puntual es dejado de lado, según nuestra apreciación, en las afirmaciones efectuadas por el Sr. Asesor de Menores interviniente... Cuando el funcionario afirma que resulta dudoso si la pretensa adoptante reúne la idoneidad para cumplir las funciones de cuidado y educación de una niña de tan corta edad, corresponde en consecuencia afirmar que la Sra. M. E. J. A. cumplió favorablemente con la evaluación pericial efectuada, la que se funda en criterios exhaustivos de valoración, con reconocidas técnicas proyectivas de probada utilidad en el ámbito de la evaluación psicológica en el contexto jurídico... En el marco de las valoraciones efectuadas de acuerdo al requerimiento por el cual se elabora el presente informe, solicitamos a la postulante que se presentara en la Secretaría Tutelar junto a personas de su entorno más próximo... Todas las personas entrevistadas coinciden en definir a la postulante como una mujer activa, que ostenta valores personales y morales muy definidos. Todos destacan su carácter dinámico, tanto en lo laboral como en lo social. En su trabajo la reconocen como una mujer afable, lo que inspira confianza y que presenta un elevado compromiso y responsabilidad. En el ámbito familiar la definen como un nexo entre parientes, siendo quien frecuenta a la mayor cantidad de primos y sobrinos... Tal como hemos intentado demostrar con los fundamentos técnicos que consideramos pertinentes, el solo elemento edad no resulta suficiente para establecer la viabilidad de una pretensión adoptiva, sino que el mismo debe ser ponderado en el particular continuo que cada historia personal amerita. Si bien la diferencia etaria de 59 años es un elemento real e incuestionable, la determinación de lo que la pretensa adoptante puede desplegar como conducta materna se complementa con todas las demás esferas de su vida e historia particular. Ante tal afirmación, la postulante exhibe la totalidad de indicadores de bienestar que la Organización Mundial de la Salud reconoce como predisponentes de una adecuada calidad de vida, y concomitante a ello una mejor perspectiva en lo que a expectativa de vida refiere".

Siendo ello así, los informes de los profesionales dan cuenta de que en el caso, la diferencia de edad no resulta un obstáculo para continuar con el procedimiento de vinculación, y que el superior interés de la niña se encuentra debidamente resguardado con la elección efectuada por el juez de primera instancia.

Además, tampoco puede soslayarse lo comunicado por la Secretaría Tutelar (fs. 724/725) y por la Delegación Regional Orán de la Secretaría de la Niñez, Adolescencia y Familia (fs. 874/878), respecto a los efectos negativos que produjo en la menor la interrupción de la vinculación con la señora J. A.

Por otro lado, es dable remarcar que no existe disposición legal en nuestro ordenamiento jurídico que fije una edad máxima para ser adoptante, o establezca una brecha etaria límite. Este extremo fue expresamente destacado por la alzada en la sentencia impugnada; no obstante ello, al fallar como lo hizo no solo prescindió de las constancias de la causa, sino que elevó a la categoría de exigencia legal un requisito que la ley no establece, incurriendo así en arbitrariedad.

6°) Que finalmente, y en lo atinente a la alegada omisión del juez de primera instancia en dar opor-

tuna participación al Asesor de Incapaces y al organismo administrativo en el proceso de selección, es del caso señalar que tal como indicó el tribunal "*a quo*", solo se justificaría dejar sin efecto lo actuado en el supuesto de que dicha omisión hubiese afectado el interés superior del niño, extremo que no ocurrió conforme se expuso en los considerandos anteriores.

Por lo demás, se debe recordar que esta Corte sostuvo que la nulidad procesal requiere un perjuicio concreto para alguna de las partes, porque cuando se adopta en el solo interés formal de cumplimiento de la ley, importa un manifiesto exceso ritual no compatible con el buen servicio de justicia (Tomo 216:831).

7°) Que por lo expuesto, la decisión cuestionada no constituye una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias del caso y afecta, en forma directa e inmediata, las garantías constitucionales invocadas por la impugnante, motivo por el que corresponde hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto y, en su mérito, dejar sin efecto la sentencia de fs. 744/761.

8°) Que es atribución de esta Corte no adoptar el camino del reenvío y decidir sobre el fondo del asunto cuando —como en la especie sucede— así lo aconsejan razones de economía, celeridad y certeza, atendiendo a la naturaleza de la cuestión suscitada y al tiempo transcurrido (esta Corte, Tomo 176:339; 199:287; 208:965, entre otros).

De conformidad a lo antes expuesto, y al hallarse suficientemente debatida y examinada la cuestión, corresponde rechazar el recurso de apelación interpuesto a fs. 667 vta. por el Asesor de Incapaces N° 2 del Distrito Judicial Orán.

Por ello, la Corte de Justicia resuelve: I. Hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad de fs. 762/787 vta. y, en su mérito, dejar sin efecto la sentencia de fs. 744/761. II. Rechazar el recurso de apelación interpuesto a fs. 667 vta. III. Mandar que se registre y notifique. — *Guillermo A. Catalano. — Ernesto R. Samsón. — Sergio F. Vittar. — Teresa Ovejero Cornejo. — Pablo López Viñals. — Horacio J. Aguilar. — María A. Gauffin. — Adriana Rodríguez Faraldo.*

OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDAD CIVIL

Doctrina

La cuantificación del daño en procesos autocompositivos

María Cristina Di Pietro (*)

Sumario: I. Introducción.— II. La mediación y la conciliación jurídicas: procesos autónomos que coadyuvan con el juicio.— III. Por qué y para qué la prueba en procesos autocompositivos.— IV. Pruebas parámetro. Cómo cuantificar los daños según la valoración de las pruebas disponibles.— V. En síntesis.

I. Introducción

Abordar la solución en temas de daños y perjuicios, a través de métodos tanto hetero como autocompositivos, requiere atender en principio cinco aspectos sustanciales. Cuatro de fondo: la existencia del daño; su especie o tipo; la adjudicación de responsabilidad; la cuantificación. Canalizados todos en un quinto aspecto: la prueba de los anteriores.

A través del cálculo costo-beneficio es posible medirla ya que tendrá objetivos y efectos distintos: en el juicio operará según mayor sustento y eficacia otorgados, permitiendo dirimir a favor del derecho de uno u otro; se intentará con fuerza de alegato frente al conciliador antes que dirima; y en mediación/negociación servirá para sostén —y persuasión— influenciando en la convicción del oponente respecto a cuántos y de qué nivel son los recursos propios que le permitirán mayor ganancia o éxito en juicio; sirviendo ello, por ende, para evaluar si se ingresa o no en el proceso judicial.

Necesario resulta aclarar el lugar que ocupa *la verdad* en relación con la prueba dentro del contexto autocompartido. Porque no trataremos su relevancia o irrelevancia, tema de considerable atención en ideologías y filosofías que la abordan enfocada al proceso judicial **(1)**. Ello así, por cuanto la verdad de los hechos narrados por los involucrados en el conflicto y escuchados por los terceros coadyuvantes, no es el objetivo de los procesos autocompositivos ni tampoco elemento sustancial.

Es que los hechos se traducen en narrativa diferente o divergente según quien los relata; adquiriendo máxima diferencia en boca de los abogados. Con solo concientizar esta realidad, se advierte el porqué del innecesario planteo acerca de la verdad, que en procesos sin *iurisdictio*, giraría sin fin a modo de las ordalías más benévolas que otorgaban triunfo sin violencia física. Estos relatos verbales que insistieran en encontrar la verdad desde los procesos de avenimiento se transformarían, sin embargo, en un tipo de violencia psíquica, viciados por el hartazgo y resultando vencido el que menos paciencia mostró en soportar reiteraciones en calesita. Sumando —para peor destino— al inagotable círculo de la historia de reiteraciones renovadas, el argumento del fuerte *versus* el débil.

En el contexto de la autocomposición, son las partes las que deciden si de la conjunción de los hechos relatados y sustentados con pruebas partidarias, les conviene o no dar solución por sí a la controversia o avanzar hacia la que otorgue el juzgador. Son los partícipes del conflicto

(*) Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, UNC. Coordinadora de Extensión del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales —CIJS—, Facultad de Derecho, UNC. Profesora adjunta de Teoría del Conflicto y de la Decisión. Métodos de Solución de Conflictos, Facultad de Derecho, UNC. Profesora titular de Solución de Conflictos, Facultad de Derecho y Cs. Sociales, UCC.

(1) Acerca del tema véase TARUFFO, Michele, "Simplemente la verdad. —El juez y la construcción de los hechos—. Cap. II y III. Colección Filosofía y Derecho", Ed. Marcial Pons, Madrid, 2010, ps. 45-153.

quienes excluyen o incluyen hechos y pruebas; y quienes decidirán animados, no en la verdad, sino en la certeza que cada uno obtenga desde su estado de subjetividad (referido a su psicología). La certeza que hará a la convicción y decisión en consecuencia dependerá del grado de intensidad del convencimiento que cada sujeto adquiera por sí a través de información y de los elementos de prueba que tenga o *crea* tener, y también por el grado de influencia —forma de poder— que consiga ejercer el sujeto de contraria postura. Es decir, la decisión autocompuesta no depende de la verdad, sino que se basa en las preferencias y en la idiosincrasia de los actores particulares.

El tema convocante —cuantificación del daño en procesos jurídicos autocompositivos— impone, asimismo, 1) adecuar el marco jurídico conceptual; puntualizar por qué decimos que la mediación y la conciliación jurídicas son procesos autónomos —aunque se incluyan entre paréntesis en otros litigiosos con los que coadyuvan— con específicas funciones de abogados y neutrales; 2) para luego sostener el por qué y para qué de la prueba en ellos; 3) seguidamente, en casos de daños, cómo, con qué herramientas cuantificar.

II. La mediación y la conciliación jurídicas: procesos autónomos que coadyuvan con el juicio

II.1. La mediación jurídica y la conciliación judicial —previas o intraprocesales—, son métodos jurídicos que requieren de procesos definidos para la autocomposición. Intervienen en el conflicto planteado judicial o extrajudicialmente ordenando, gerenciando, organizando, generando el proceso de negociación de las partes. Son por tanto procesos dúctiles, flexibles —más la mediación— pero no informales, que intentan detener el proceso judicial o evitar la instancia del juicio. Se conducen a través de ejes procesales bien definidos. Los procesos de negociación —inserto en los otros dos—, de mediación, de conciliación, tienen hoy estructuras básicas, planificadas, tecnificadas racional y también electrónicamente **(2)**. Requieren de profesionales con conocimiento jurídico en los temas de fondo y del dominio de formas jurídicas hetero y autocompositivas, como de una estrategia que genere y sostenga una negociación operativa entre oponentes **(3)**.

Tanto es así, que la combinación de estos métodos de avenimiento —v.gr., mediación-conciliación— conforma la llamada etapa o instancia previa o preliminar al juicio, desarrolladas en ámbitos jurisdiccionales en provincias que adhieren a modelos anexados a tribunales **(4)** y contemplada en el anteproyecto de reforma del Cód. Proc. Civ. y Com. —Libro Segundo, Cap. 5 art. 427, inc. c; Cap. 6, art. 428, inc. c—. Implican instancias judicializadas o con impacto directo en la prevención del pleito que intentan bloquear.

II.2. Entendemos por mediación jurídica al proceso de negociación desarrollado con la asistencia y orientación de un tercero experto en leyes carente de *iurisdictio*, estando las partes asistidas por sus abogados, con manifiesta intención y voluntad de enmarcar y subsumir la posible solución dentro de parámetros jurídicos, a efectos de lograr en su caso, la conformidad y validación judicial. Convirtiéndose así esta especie de mediación, en un verdadero equivalente o concurrente jurisdiccional, tal como lo refiriera Carnelutti **(5)**.

---

(2) ARCE, José F., "Mediación en línea", Ed. EDUCC; Colección Thesys 2016, Córdoba, Argentina. "Mediación online en Córdoba. Comercio y Justicia", Córdoba, 26/09/2019. http://comercioyjusticia.info/blog/opinion/noticia-exitosa-práctica-defectuosa-mediacion-online/. NIEVA FENOLL, Jordi, "Un cambio generacional en el proceso judicial: la inteligencia artificial", en XXX Congreso Nacional de Derecho Procesal 2019. Ponencias generales y ponencias seleccionadas, San Juan, Argentina, 2019, p. 65.

(3) Abogados especializados en negociación y terceros neutrales con experticia jurídica.

(4) DI PIETRO, María Cristina, "Transformaciones jurídicas, justicia y equidad: calidad y eficacia en la protección extrajudicial de los derechos. Opciones para mejorar la justicia desde el enfoque autocompositivo", en Revista Digital del Departamento de Estudios Básicos, 8, marzo 2019. ISSN 2618-3447. Facultad de Derecho UNC. Córdoba. Argentina. htttps//derecho.edu.ar/revista-basicos/, ps. 28 y ss. "Respecto de sistemas y modelos de mediación", DI PIETRO, M. Cristina, "Mediación en Argentina", Semanario Jurídico, 181. Fallos y Doctrina. Córdoba 05/11/2018.

(5) CARNELUTTI, Francisco, "Instituciones del Proceso Civil", Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires,

La mediación jurídica puede ser judicial o extrajudicial, dependiendo de la judicialización previa del conflicto y del ámbito en donde se desarrolle. Es convocada cuando las partes enmarcan a su conflicto dentro del derecho, eligiendo a la par del proceso de solución —mediación, conciliación o al mixto med-conc **(6)**—, al neutral abogado conforme el tipo de solución acordada que requieren para ellas **(7)**.

La mediación jurídica extrajudicial puede realizarse en dependencias públicas o privadas, a veces fuera de ámbito jurisdiccional y no conectado a él **(8)**. La mediación jurídica judicial es convocada y se desarrolla en centros judiciales de mediación.

En la Argentina la diferencia entre mediación y conciliación tiene relación con el rol y el ámbito de actuación del sujeto neutral en cada proceso. Máxime si el conciliador ocupará luego la función de juzgador; reduciendo ello ostensiblemente el nivel y calidad comunicacional con las partes. Teniendo en este caso poder jurisdiccional en inversa proporción a su poder de comunicación conciliadora. En el mediador la fórmula se invierte ya que, por la tipicidad de su función logra alto nivel de comunicación —y por ende de confianza— en contextos de confidencialidad, asumiendo mayor autoridad autocomponedora.

En consecuencia, el sujeto con mayor fortaleza en estos procesos es el abogado de parte, quien diagrama la estrategia como negociador en el ámbito autocompositivo y litigante después, trazando, sin embargo, caminos de ida y vuelta.

Las nuevas formas jurídicas o su novedoso abordaje requieren de un requisito sustancial con antecedente secular: el cambio de mentalidad **(9)** o como bien lo define Masciotra, los cambios y adaptaciones "... más que un problema de leyes son un problema de hombres" **(10)**.

"El Derecho de una determinada sociedad es, en parte, lo que los juristas (en especial, los jueces) creen que es. Esta aseveración puede parecer provocativa... para los que piensen que es una obviedad, recordar las sabias palabras de Wittgenstein (1958: 76) **(11)**: En filosofía, la dificultad estriba en no decir más de lo que sabemos".

En ese entorno "... aunque proceso y mediación (incluimos nosotros a la negociación y a la conciliación) suelen ponerse como dos mecanismos contrapuestos o 'en competencia'... existe entre ellos una relación de dependencia mutua... La mejor forma de generar un incentivo para que las partes lleguen a un acuerdo sobre su conflicto es promoviéndolo a través del diseño de un proceso que sea un medio efectivo y real de realización de dichos acuerdos...". No se trata "de presentar a los medios autocompositivos como una competencia del proceso, sino como dos medios interdependientes que cumplen un papel relevante en la protección de los derechos, donde el éxito de uno depende de la eficacia del otro... En la autocomposición estando las dos partes, titulares de los derechos frente a frente, lo pueden todo..." **(12)**.

1956, Vol. I.

(6) DI PIETRO, María Cristina, "La prueba en el proceso de mediación", LA LEY 27/03/2018, 27/03/2018, 1. Cita Online: AR/DOC/545/2018. El método mixto med-conc, puede llevarse a cabo también privadamente; interviniendo un tercero neutral abogado con funciones de mediador y luego, proponiendo fórmulas de acuerdo, como conciliador. Aunque en general intervienen, primero el mediador y luego el juez conciliador.

(7) Acuerdo posible para ellas, será aquel que no sólo satisfaga las cuestiones —pretensiones, intereses y necesidades— planteadas por cada uno, sino que deberá ajustarse a las limitaciones jurídicas de fondo y forma para ser susceptible de homologación o de ejecución judicial.

(8) Conf. Ley 10.543 de Mediación de la Provincia de Córdoba, Título III: Centros privados de mediación, colegios públicos profesionales, asociaciones civiles, religiosas, algunas dependencias públicas, nacional, provincial o municipal.

(9) ENTELMAN, Remo F., "Teoría de Conflictos. Serie coordinada por Raúl Calvo Soler", Ed. Gedisa, España, 2002, 1ª ed., ps. 204-205.

(10) MASCIOTRA, Mario, "Poderes-deberes de la actividad jurisdiccional", en Revista de Derecho Procesal, 2015, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015.

(11) VILAJOSANA, Josep M., "El Derecho en acción. —La dimensión social de las normas jurídicas—", Colección Filosofía y Derecho, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 204.

(12) PRIORI POSADA, Giovanni, "Sobre qué bases construir un modelo actual de protección jurisdiccional de los derechos", en XXX Congreso Nacional de Derecho

III. Por qué y para qué la prueba en procesos autocompositivos

III.1. El Código Civil y Comercial como la proyectada legislación procesal **(13)** prescriben la solución integral de diferendos teniendo en mira los principios de solidaridad y de colaboración **(14)**; adhieren a sistemas o modelos de justicia que pretenden trascender fórmulas prescriptivas o compositivas que aborden solo derechos o solo intereses de las partes; enfocando —incluso imponiendo— la actitud cooperativa entre ellas para una adecuada situación de sus derechos y preparación del proceso destinado a aportar solución a los conflictos. Instan soluciones integrales construidas desde la autocomposición, que de no lograrse acote la instancia judicial.

En los últimos cuarenta años la doctrina procesal viene alentando cambios en el producto de justicia haciendo hincapié en que tal logro comenzará evitando las conductas displicentes, desdeñosas, obstruccionistas, empleadas bajo argumento de debida defensa. De ese modo, fomenta directamente la colaboración *necesaria* para el impulso de la solución requerida; y lo hace prescribiendo a partir de la preparación adecuada del proceso con la finalidad de reducir reclamos del justiciable, los costos en tiempo y dinero. Este costo-beneficio coloca, además, en el cálculo **(15)** el margen de defectos procesales que se pudieran presentar, el aumento del caudal de información calificada, efectiva, tanto como su disponibilidad probatoria para encarar los procesos auto como heterocompositivo **(16)**. De modo tal que la legislación que recoge aquella orientación doctrinaria va imponiendo el cambio de perfiles en el abogado de parte y en los terceros neutrales.

Está claro que no es el derecho de las partes lo que se prueba sino los hechos producidos que hacen a su invocación y siempre que pertenezcan al terreno de los disponibles. Y los hechos pueden o no resultar ciertos o probados según quien los narre. Pero, no habrá aquí quien lo diga, como no habrá quien los dirima conforme al marco jurídico. Siendo el derecho un parámetro-antecedente para la decisión de partes, solo ellas incluyen o excluyen según sus preferencias.

Las preferencias nos conducen al costado psicológico y emocional de los involucrados en el diferendo, y si bien este aspecto sustancial excede de este trabajo, diremos que la complejidad de un conflicto radica entre otros componentes, en la asociación de los hechos con las emociones y su conexión con las acciones; la posibilidad de controlarlas tanto como de racionalizarlas; siendo la *responsabilidad emocional* un componente inescindible hoy, en los temas del derecho **(17)**.

Procesal 2019. Ponencias generales y ponencias seleccionadas, San Juan. Argentina 2019, ps. 80-81.

(13) Anteproyecto de reforma Cód. Proc. Civ. y Com. Título Preliminar — en especial arts. 6º, 10. Título Primero — en especial arts. 14, 15, 17 a 19—.

(14) Tomado de los principios plasmados en normas fundamentales, la moderna legislación otorga hoy mayor jerarquía al principio de solidaridad como forma de preservar a la sociedad, a su grupo primario la familia y a la persona humana como su centro. Solidaridad de la que parten derechos y obligaciones recíprocos para y entre ellos. Principio implícito en la Constitución Nacional, expreso en los Tratados a los que su normativa adhiere —p. ej., de Derechos Humanos—, y explícito en el Preámbulo y Art. 7º. Constitución de la Prov. de Córdoba; es transversal en la normativa del Cód. Civ. y Com. Véase también CÓRDOBA, Marcos M., "Conferencia Inaugural de las I Jornadas Internacionales de Derecho de la Salud", Universidad de Buenos Aires-Universidad Abierta Interamericana, 21 y 22 de octubre de 2015. LAJE, Alejandro, "El principio general de solidaridad en el derecho argentino", ED 267. Buenos Aires, 01/04/2016. Referido al principio de colaboración véase MORELLO, Augusto M., "La prueba. Tendencias modernas", Ed. Platense, La Plata, Buenos Aires, 1991.

(15) En el mapa de conflicto que se encara desde las Teorías del Conflicto y de la Decisión, el cálculo costo-beneficio es analizado en la etapa dinámica, subetapa dimensión a efectos de las decisiones a tomar. El conflicto tanto como la solución surgen de personas, que manejan recursos de poder para provocarlos. La ley no es ajena ahora, a semejantes capacidades y dominios humanos.

(16) Véase interesante planteo de la jueza de Cámara Trenque Lauquen —Prov. Bs. As.— en su ponencia: SCELZO, Silvia E., "La oralidad en la segunda instancia", en XXX Congreso Nacional de Derecho Procesal 2019. Ponencias generales y ponencias seleccionadas, San Juan, Argentina, 2019, ps. 225-226. Y, "Prueba anticipada", en La Prueba en procesos y procedimientos especiales, PEYRANO, Jorge W. (dir.), Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2019.

(17) GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, "Los presupuestos de la responsabilidad por nuestras emociones", DOXA,

En los procesos autocompositivos hay litigio, pero no rol de litigantes. Abogados y terceros neutrales intercambian con sutileza y elegancia posiciones, motivaciones, preferencias y conveniencias de los conflictuantes. Es de esperar que no sean ellos quienes sucumban a las emociones que las partes transmiten. Quizá sea ese el corazón de la neutralidad: no apropiarse de la emoción ajena. Y no solo porque la ley lo diga sino porque la estrategia de cada rol lo impone.

Entonces estos procesos, más aún la mediación, son juegos de reparto distintos en el que las partes no tienen como foco primario la verdad o la razón; fincándose en las narraciones, armando y desarmando posibilidades que permitan coincidir; más que en una prueba puntual, en el todo que arroje conveniencia de acordar. Al abandonar ese costado de la disputa la prueba puede enfocarse con alcance diferente. Tiene importancia fundante pero otra significación. Otro valor estratégico: cuánto vale para parte y contraparte; es o no un recurso de poder; cómo impacta en los intereses y derechos de cada uno y del conjunto; cuánto hace variar el escenario de decisión, etc. **(18)**. Porque en estos escenarios la prueba abre diferentes probabilidades. Eligiendo las partes entre ellas la que más se acerque a su máxima satisfacción o preferencia. Es que la preferencia en definitiva proveerá a la decisión biparte.

III.2. Devis Echandía, citando a Carnelutti, sostiene que "el concepto de prueba se encuentra fuera del Derecho y es instrumento indispensable para cualquiera que haga, no ya derecho, sino historia". En el campo del Derecho la prueba puede estar destinada al juez, pero también a funcionarios administrativos, e inclusive, a particulares (...). La prueba tiene, pues, una función social, al lado de la función jurídica, y, como una especie de esta, existe la función procesal específica **(19)**.

En el cálculo de acercamiento la prueba hará a la confiabilidad entre los adversarios; siendo un parámetro que aportará transparencia y grado de certeza tanto para ellas como para el tercero neutral componedor, que en ese rol tampoco cuestiona quién tiene la razón... la verdad.

Las pruebas en estos procesos constituyen recursos de poder que las partes tienen o creen tener para lograr sus objetivos —su ganancia o menor pérdida—. Persiguen conocer lo que subyace a la pretensión —qué provocó el encuadre jurídico elegido; si es adecuado a lo que realmente la parte intenta obtener o se imaginó obtener; o si la elección fue forzada por las circunstancias**,** o equívoca—.

Son parámetros que facilitan la toma de decisiones unilaterales tanto como consensuadas. Permiten que los intereses abandonen la subyacencia expresándose claramente en el escenario litigioso (que lo es pese al proceso de autocomposición) o cuando menos, se dejen advertir **(20)**.

Los cálculos costo-beneficio se realizan con distintas variables; combinando las diversas probabilidades basadas en parámetros indubitados —fuentes jurídicas y pruebas científicas—; tomando también otros dudosos e incluso, supuestos o azarosos. (El sujeto que realiza el cálculo, lo hace desde su perfil psíquico, emocional, con sus creencias. Durante el juego de intercambios puede, además, ser persuadido, influenciado). Ello conduce al decisor a elegir o no coadyuvar con el adversario, en el contexto local, en ese momento.

En consecuencia, la estrategia probatoria en la autocomposición se produce para convicción de las propias partes, que juzgan distinto. Prueban para alcanzar sus intereses. Analizan, ponderan sus recursos y probabilidades para ganancia consensuada o en juicio; sopesan la conveniencia —aun pudiendo resultar ven-

Cuadernos de Filosofía del Derecho, 32 (2009) ps. 439-458. http://www.cervantesvirtual.com/descargaPdf/los-presupuestos-de-la-responsabilidad-por-nuestras emociones/.

(18) Véase CUCATTO, Mariana — SOSA, Toribio E., "Instrucción civil preparatoria: la delimitación y la depuración del conflicto previas al juicio", ED 16/05/2017.

(19) DEVIS ECHANDÍA, Hernando, "Teoría General de la Prueba Judicial", Ed. Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, t. I, ps. 10 y 14.

(20) DI PIETRO, María Cristina, "La prueba en el proceso de mediación", LA LEY 27/03/2018, 27/03/2018, 1. Cita Online: AR/DOC/545/2018. "La Prueba en Mediación. Su espacio y aristas", en La Prueba en procesos y procedimientos especiales, Peyrano Jorge W. (dir.), Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2019, p. 335.

cedores— de atravesar el costo de tal proceso controvertido según lo que se esté o no dispuesto a invertir; la prioridad de sus preferencias, conveniencia e intereses. Convicción que se produce con la evidencia probatoria, la evaluación y comparación que cada uno realiza del alcance probatorio en relación con las mejores chances de ganancia en el juicio o de utilidades en la negociación, mediación, conciliación y su impacto en la vida de relación. En suma, para sopesar atajos; el momento de autocomponer o la conveniencia de continuar el juicio; para medir sus elecciones que lleven a una decisión adecuada para las partes; para acercarse primero al consenso hasta el posible acuerdo o generar *impasse* **(21)**.

IV. Pruebas parámetro. Cómo cuantificar los daños según la valoración de las pruebas disponibles

IV.1. La prueba como parámetro y herramienta para la decisión

Así como negociar, mediar, conciliar sin prueba constituye mero intercambio de información y de opiniones que hacen girar posiciones en idéntico círculo, en la mediación jurídica-judicial resulta poco probable ignorar los antecedentes jurídicos y judiciales cuando voluntariamente las partes optan por ese marco o judicializan el conflicto buscando justamente, la seguridad del amparo legal como otra oportunidad. Ingresar al terreno jurídico-judicial, implica, por ende, negociar demostrando no solo lo que se dice sino la pertinencia de lo que se pide y ello se mide a través de concreciones probatorias junto al respaldo normativo, jurisprudencial y doctrinario.

La autocomposición no refiere a partes fuertes o débiles; no significa abandonar la visión jurídica o el impacto posterior en el juicio; el fin perseguido implica comenzar estos procesos de intento de solución analizando las reales posibilidades de ganancia y utilidad de cada uno desde las reglas de los involucrados en el conflicto. Y de allí observar reglas jurídicas como parámetro de viabilidad. Porque la ganancia no es considerada como tal e igual por todos: quien nada o poco tiene para perder tiene mucho para ganar.

"Las partes deberán hacerse cargo de sus conflictos desde el inicio de la contienda y los abogados deberán cambiar el modo de estudiar, presentar y defender los casos en los tribunales" **(22)**.

Para el abogado negociador, las pruebas son también, advertencias que le permiten administrar el caso y su solución sin necesidad de pérdidas imprevistas. Para el mediador y conciliador, son parámetros que clarifican las posiciones de las partes; son fuente de hipótesis y de aval de una tercera vía que permita acceder a una solución viable.

Todo ello inhabilita la posibilidad de que la parte más fuerte termine imponiendo los términos del acuerdo (puede que quien nada tiene que perder tenga, sin embargo, mucho tiempo que ganar complicando a aquel que tiene o cree tener más recursos de poder/pruebas). Pero, si en este contexto una parte es advertida como más fuerte, puede que realmente lo sea —en

(21) Como ejemplo: la prueba pericial anticipada —ZPO alemana—, obtención preventiva de la prueba o consulta técnica preventiva —la consulenza técnica de la ley italiana—, la prueba pericial prevalente, sistemas que pueden incorporarse en la etapa de mediación y/o de conciliación, según operen estas instancias por separado o integren —aunque no simultáneamente— la audiencia preliminar. Véase FALCÓN, Enrique, "Tratado de la prueba", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2009, t. I, p. 768. ROJAS, Jorge A., "Etapa preliminar al proceso, ponencia general", en XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal, en homenaje al Dr. Augusto Mario Morello, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2009, p. 362. MEDINA, Sonia, "La importancia de la pericia en la mediación", Revista de Derecho Procesal, Prueba pericial y prueba científica, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2012; PRADA ERRECART, M. Laura — PÉRSICO, Mariela — ALONSO, M. José, "La producción anticipada de prueba. Como medio de autocomposición informada de conflictos y sistema de preconstitución de prueba judicial", en XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal, en homenaje al Dr. Augusto Mario Morello, Ponencias generales - relatos generales - trabajos seleccionados, Ed. Rubinzal-Culzoni, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2009. DI PIETRO, María Cristina, "Juegos complejos: el sistema lenguaje, conflicto, regla y derecho", LA LEY 11/11/2016, 1. Cita Online: AR/DOC/3294/2016.

(22) SILVA, María Fernanda del Huerto, "Nuevas estructuras procesales. Nueva gestión de casos", en XXX Congreso Nacional de Derecho Procesal 2019. Ponencias generales y ponencias seleccionadas. San Juan. Argentina 2019, ps. 217-218.

general lo es—; porque susceptibilidades aparte, tendrá analíticamente más recursos de poder para ganar en el terreno que sea —aunque en el tablero del derecho resulte aparente perdedor—.

El cálculo de pruebas-recursos permite —sea en procesos de consenso o de heterocomposición— aproximarse a probabilidades que facilitan tomar una decisión cercana a la satisfacción del resultado buscado. En Teoría del Conflicto se conoce como cálculo de poder, que permite medir su relatividad, arrojando remanentes positivos o negativos para cada adversario, y lo que más importa, trazar una estrategia ganadora con o sin remanente a favor.

Operando la prueba como criterio de autocomposición, genera una suerte de filtro para la aceptabilidad de las opciones, base de la decisión negociada de las partes. Su valor consiste en aportar herramientas, elementos de comparación con antecedentes; diagnosticar y pronosticar, a efectos de una mejor elección individual y mancomunada. Tomándose como referentes los estándares probatorios que ley y jurisprudencia establecen para validar hechos. Porque toda prueba en cualquier escenario necesita de una valoración... que consiste en el examen de si el medio de prueba convence o no con grado de certeza acerca de lo alegado **(23)**.

La relevancia de la práctica de la prueba radica entonces en actuar para que los agentes decisores lleguen al convencimiento del mejor camino a elegir. Volviendo entonces al componente subjetivo integrador del *quantum*: la decisión de las partes resulta así en estos procesos, un apasionante torneo de elecciones basado en pruebas e información jurídica, probabilidades e incertidumbre.

IV.2. Obtención de la prueba en procesos autocompositivos

El objeto de la prueba son las cuestiones de hecho (las alegaciones de hecho), ya que los hechos manifiestos nunca necesitan prueba; son conocidos de forma general porque un número relevante de personas lo conoce con seguridad o son accesibles o divulgados por medios de comunicación **(24)**.

A efectos de componer la valoración probatoria en la autocomposición, téngase en cuenta también que es común basarse, aun tácitamente, en *máximas de experiencia* **(25)**, conclusiones que se derivan de la experiencia en una serie de casos similares; referidos a la experiencia tanto del lego como del jurista, y que son componentes imprescindibles para valoración de la prueba que cada adversario realiza. Las máximas de experiencia pueden confirmarse por cualquier vía adecuada sea mediante la designación de expertos como mediante actividades propias como lectura de bibliografía especializada.

Tratándose de cuestiones que requieren forzosamente conocimientos técnicos y no pueden resolverse sin la intervención de especialistas, es posible y necesario realizar pruebas técnico-científicas como la pericial **(26)** para justificar propuestas, su aceptación o rechazo. Esta prueba pericial adquiere relevancia para que las partes puedan determinar si son procedentes los hechos alegados y contrapuestos, así como la existencia del daño reclamado, la relación de causa y efecto **(27)**. Pues es la probanza que, junto con la documental, mayor grado de verosimilitud aporta, legitimando la negociación.

Es posible producir prueba pericial cuando el conflicto requiera un abordaje interdisciplinario y en la órbita del Poder Judicial funcione un cuerpo de profesionales destinados al efecto **(28)**; como desinsacularlos por sorteo de las

(23) BURKHARD, Hess — OTHMAR, Jauernig, "Manual de Derecho procesal civil. Colección Proceso y Derecho", Ed. Marcial Pons, 2015, 30ª ed., p. 300.

(24) Idem, ps. 302, 304.

(25) Ibidem, p. 303.

(26) Véase DRAGONE, Graciela — MEDINA, Sonia R. M. — IMATZ Andrea A., "XXI Congreso Nacional de Derecho Procesal", 2009.

(27) Véase PEYRANO, Jorge W., "Anotaciones sobre la gestión conciliatoria. Estímulos y predisponentes. La llamada pericial prevalente", Revista de Derecho Procesal, 2010-12, Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos; PEYRANO, Jorge W., "Cartilla para jueces conciliadores", LA LEY, 1994-E, Sec. Doctrina.

(28) BILLINGHURST, Nidia A., "Etapa Preliminar al Proceso Civil", en XXVI Congreso Nacional de Derecho

nóminas existentes en los tribunales. Pudiendo las partes asistirse por sus expertos —consultor técnico o perito de parte— e incluso realizarse juntas médicas privadas. Por ejemplo, en el caso de mediaciones relativas a la reparación de daños y perjuicios, el apoyo técnico idóneo (p. ej., pericia médica) será necesario para determinar la entidad del daño, por ej., grado de destrucción de la cosa, el porcentaje de incapacidad que devino como consecuencia del hecho, lucro cesante, impacto psíquico y moral, la necesidad o sugerencia de llevar a cabo un tratamiento que permita revertir el cuadro que presenta el damnificado**.**

En cuanto a la prueba documental asume la garantía especial que aportan los documentos —públicos y privados—; sobre todo los documentos papelizados ya que aún los electrónicos con firma digital producen el requerimiento de controles a través de otros medios de prueba **(29)**.

Así, las pruebas-parámetro típicas y conducentes en procesos de avenimiento otorgan verosimilitud y confianza en el proceso, pero no se enfocan para convencer al juzgador; son por excelencia las que aportan convicción partidaria: además de las periciales, se utilizan como se dijo, documental, documental electrónica, informativa —incluso receptada por medio electrónico— proveniente de instituciones públicas o privadas que permitan obtener datos esclarecedores respecto de las dudas de los contradictores-mediados. Documentos que prueben la filiación, historias clínicas, asientos contables, balances, planos y mapeos, etc.; como, asimismo, pueden producirse aquellas que permitan determinar cuestiones técnicas, p. ej., de quién es la firma cuestionada; las incapacidades, grados y porcentajes; promedio de vida útil de muebles e inmuebles, su valor en plaza; su desvalorización por los daños sufridos; planimetría y diversas mediciones; mecánica de accidentes; evaluación de técnicas profesionales referidas a buenas o malas praxis, etcétera.

Falcón define este tipo de prueba, que reconoce como prueba extraprocesal, como "aquella que se realiza fuera del proceso (judicial) y accede a este en razón de circunstancias particulares. Pudiendo provenir de la preparación probatoria en lo que se llama prueba 'preconstruida" **(30)**.

En los procesos de búsqueda de consenso, puede ofrecerla y aportarla cualquiera de las partes, previo acuerdo acerca del alcance y utilización. Luego se analizará y evaluará por cada una de ellas, por los terceros y en conjunto a efectos de encaminar hacia los posibles resultados y probable decisión mancomunada. Sirviendo el *quantum* de cada como parámetro personal, útil para negociar.

En la autocomposición el resto de las pruebas disponibles opera como elemento de advertencia: de pasarse a la etapa litigiosa otros medios de prueba —testimonial, absolución, informativa— aumentarán, compondrán y avalarán los utilizados en esta instancia.

IV.3. Cómo cuantificar los daños según la valoración de las pruebas disponibles

Cuantificar un daño patrimonial o extrapatrimonial implica detenerse a evaluar y calcular cuánto vale cada prueba (las que se tienen y las que no; las que se consideran relevantes y las que no) por sí y en el conjunto estratégico; cuánto influye en el cálculo costo beneficio de cada oponente. De suerte tal que hay dos lecturas de la cuantificación probatoria en la instancia de negociación-mediación-conciliación. Y una aplicación mixta.

La primera como parámetro objetivo jurídico judicial al que nos hemos referido y que consta de dos aspectos: a. Cuánto valor tiene o se le adjudica a favor o en contra a la prueba documental, a la opinión pericial —entre otras— vertida en el caso en cuestión; b. cómo se miden/valoran jurídica y judicialmente esas probanzas conforme los antecedentes de doctrina y jurisprudencia prevalentes. Por ej., habiendo estudios radiográficos e informe de traumatólogos, cuánta incapacidad se adjudicó a la fractura de

Procesal, Ponencias Generales - Relatos Generales - Relatos Seleccionados, 2011, p. 375.

(29) En la ZPO alemana se basa la confiabilidad de la prueba precisamente en esta garantía probatoria. Conf. BURKHARD, Hess — OTHMAR, Jauernig, ob. cit., ps. 336 y ss.

(30) FALCÓN, Enrique, "Tratado de la prueba", Ed. Astrea, Buenos Aires, t. I, p. 768.

la tibia; en qué varió el quantum indemnizatorio si la persona era bailarina.

Para obtener el costo-beneficio, el cálculo de pruebas-recursos se tiene en cuenta:

- Pc (Prueba concreta) = Prueba documental + prueba pericial + información especializada + (advertencias/ prueba a producir en juicio) + (fórmulas aplicables —p. ej. Marshall—).

- Aj = Antecedentes jurídicos (jurisprudencia, doctrina).

- Pc x Aj = Rp (Resultado probable).

La otra consideración, implica el parámetro subjetivo: qué valor le otorga cada sujeto a la cuantía que el parámetro objetivo predice —tanto respecto de sus recursos probatorios como para los de la contraria—. Cómo ubica aquel *quantum* objetivo en su escala de valoración personal y por ende en su cálculo. Qué lugar le otorga en su cálculo costo-beneficio. En suma, cómo mide su conveniencia basado en sus intereses, creencias, concepciones, idearios, que no siempre, además, se relacionan directamente con la pretensión o posición jurídica. En el ejemplo anterior, si la bailarina estuviera próxima a su retiro, puede que su interés de obtener dinero para instalar una escuela de baile sea superior a su derecho de cobrar más; o a la inversa, su expectativa en obtener más dinero para la escuela de baile adjudica a su interés un valor superior al que el derecho le otorgaría. Así, desde este costado valorativo, alguna de las partes puede considerar —según su impronta— que las empresas de renombre en el mercado tienen recursos sobrados para hacer frente a una pretensión particular valorando a esta como mínima frente al capital empresarial presumido. Y toman esta creencia propia como probable para la íntima convicción del juez (que creen, seguramente fallará a su favor fundado en el desnivel económico) **(31)**.

La aplicación mixta, por lo tanto, incluye en el cálculo del quantum, valoraciones objetivas y subjetivas sostenidas en que, en la negociación que es intercambio de motivaciones mixtas, generalmente lo que uno quiere no es igualmente cuantificado por el otro. Es decir, cada una otorga distinto valor o sopesa diferente cada prueba y el conjunto de ellas según sus oportunidades y preferencias, porque la ganancia en sí se mide según la motivación personal conforme las utilidades perseguidas. De allí que la valoración de la prueba no solo tiene en miras su cuantificación objetiva sino, tal lo dicho, la ubicación que subjetivamente le otorga cada parte en el cálculo de preferencias. Y esta es la definitoria. Por eso los procesos autocompositivos tienen por base la comprensión de la individualidad de cada parte; aquello que cada uno pensó y construyó desde su valoración. Siendo ello así, la cuantificación es, por tanto, un parámetro que permitirá a los letrados mostrar la consecuencia jurídica, las probabilidades de mayor o menor ganancia en la confrontación. Pero el resultado, la medición de cuánto se gana o se pierde para cada uno, es en el tablero de repartos, exclusivamente subjetiva de los propios contrincantes. La extensión de la ganancia la mide cada involucrado conforme se acerca a la máxima que puede ganar o a lo mínimo que desea perder. Y, en esa fórmula, los mayores componentes antes que los derechos, son la predisposición a la distribución del tiempo (espera-ansiedad-necesidad); la posibilidad de inversión fuera del juego actual (proyectos e inversiones más propicias y productivas en otros ámbitos); el costo humano (nivel de tolerancia, paciencia, indiferencia, salud, pérdida de relaciones afectivas y societarias), etc. En este marco, difícilmente en un juicio se gane con la extensión que pensó el cliente y justiciable desde aquella perspectiva, provocándole entonces insatisfacción pese al mejor triunfo jurídico obtenido por su letrado.

No obstante, la mera subjetividad —expectativas, especulaciones—, debiera ceder ante parámetros objetivos que obran de límite dirimente (pruebas; pacíficos o mayoritarios antecedentes jurídicos). Porque hoy, salvo casos extremadamente complejos **(32)** —generalmente de puro

(31) En este escenario es donde operan los parámetros objetivos a través del trabajo del abogado y de los terceros componedores, a efectos de reubicar los términos en su valoración adecuada en el cálculo costo-beneficio.

(32) CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Perspectivas trialistas para la construcción de los casos (La complejidad de los casos)", Sup. Act. 10/06/2004, 10/06/2004, 1 - LA LEY 2004-D, 1181 - LA LEY, boletín del 22/02/2008. CHAUMET, Mario Eugenio, "Perspectiva trialista para la caracterización de los casos difíciles", en Cartapacio:

criterio y aplicación normativa diferente o en colisión— se utiliza una ecuación con escaso margen de error, a efectos de decidir (D): pruebas concretas (Pc) aportadas por las partes más su valoración conforme antecedentes judiciales (Aj); para agregar después las preferencias individuales (PR).

Pc + Aj + PR = D

Para lograr la decisión compartida (Dc), cada parte realizará ese cálculo de razonamiento (D —decisión individual, D1, D2—); donde la variable que la impida será la incompatibilidad de preferencias (PR), de parámetros subjetivos.

(Pc + Aj + (PR1/D1 + PR2/D2) = Dc

o

Pc + Aj + (PR1/D1 ≠ PR2/D2) = No Dc

Es esta la tarea relevante y sustancial del abogado con su cliente: el asesoramiento puntual y manejo razonable de probabilidades y expectativas realistas. Habiendo parámetros jurídicos es probable acercarse al resultado por sentencia, conformando ello la base de la negociación operativa, sin abandonar —aunque morigerando— las preferencias subjetivas. En este camino de estrategia jurídica, si la negociación entre partes no aportara los resultados esperados, el letrado puede recurrir a terceros componedores que coadyuven en los cálculos de los adversarios.

V. En síntesis

- Anticipar el cálculo costo-beneficio de los recursos probatorios, proporciona una aproximación a la conveniencia de solución consensuada o heterocompuesta. Tendrá la prueba objetivos y efectos distintos en uno y otro proceso.

- La prueba sobre los hechos del relato disonante de las partes, tanto como las reglas de derecho **(33)**, son en autocomposición parámetros objetivos para la toma fundada de decisiones. Aquellos que develan una pasada realidad probable, y que por ello guían la decisión de autocomponer o no.

- Las pruebas-parámetro aportan a los procesos autocompositivos las ventajas y desventajas, fortalezas y debilidades de la narración que cada uno sostiene. Asimismo, son referentes de las probabilidades de obtener éxito absoluto en juicio, en aquel juego hetocompositivo-distributivo ganar o perder, el de suma cero.

- Están dirigidas a obtener la mayor satisfacción de los intereses que subyacen a los derechos **(34)**, dando preeminencia a los primeros. Porque los intereses no son otra cosa que lo que las partes quieren obtener en esta instancia del acceso a la justicia: beneficio a lograr.

- La cuantificación de cada prueba está dada por parámetros objetivos: el valor de la cosa o servicio en plaza, por el otorgado por expertos, por lo efectivamente pagado o presupuestado, por el adjudicado conforme jurisprudencia y doctrina; y, final y decisivamente por el parámetro subjetivo: valor que adjudica la parte a *su* daño patrimonial y extrapatrimonial, para tomar la decisión de aceptar o rechazar la oferta y contraoferta de solución negociada.

- El cálculo de pruebas-recursos, permite aproximarse a probabilidades que facilitan tomar una decisión cercana a la satisfacción del resultado buscado, teniendo en cuenta qué valor tienen las pruebas de cada uno. Es en Teoría del Conflicto el cálculo de poder, que permite medir su relatividad, arrojando remanentes positivos o negativos para cada adversario, y lo que más importa, trazar una estrategia ganadora con o sin remanente a favor.

---

http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/28/44, 09/01/2003. Universidad Nacional de Rosario. 2003.

(33) Recuérdese que también el derecho en cuanto normas, jurisprudencia, es un parámetro dentro del proceso de mediación. De suerte tal que las normas como las pruebas pueden conjugarse o dejarse de lado al solo efecto de lograr una regla expresa y a medida para el conflicto en análisis de solución.

(34) La experiencia indica que la percepción clara de cuánto se puede ganar o perder favorece los acercamientos entre las partes y, sobre todo, el "regateo" que casi invariablemente se produce después de cruzadas las primeras ofertas. Véase FERNÁNDEZ BALBIS, Amalia, "Mediación: la cuantificación del daño y el valor de la prueba pericial", Trabajo presentado en las Jornadas Anuales Federación Argentina Estudios Procesales - FAEP 2012. Facultad Teresa de Ávila. UCA de Paraná. Entre Ríos, 2012.

- El abogado que pergeña la estrategia es quien conduce la solución entre procesos auto y hetero compositivos. Pudiendo valerse para ello del cálculo costo-beneficio en función a cada cliente; de la persuasión e influencia —factores de poder—.

- Para obtener el costo-beneficio, el cálculo de pruebas-recursos se tiene en cuenta:

Pc (Prueba concreta) = Prueba documental + prueba pericial + información especializada + (advertencias/ prueba a producir en juicio) + (fórmulas aplicables —p. ej., Marshall—)

Aj = Antecedentes jurídicos (jurisprudencia, doctrina).

Pc x Aj = Rp (Resultado probable).

- Para lograr la decisión compartida (Dc), cada parte (D —decisión individual, D1, D2—) realizará ese cálculo de razonamiento; donde la variable que la impida será la incompatibilidad de preferencias (PR), de parámetros subjetivos.

(Pc + Aj + (PR1/D1 + PR2/D2) = Dc

o

Pc + Aj + (PR1/D1 ≠ PR2/D2) = No Dc

Y antes de comenzar a calcular, resulta útil preguntar al cliente y preguntarse: ¿cómo mide usted el éxito?

La responsabilidad por actos lícitos en la Ley de Responsabilidad del Estado

Diego A. Lo Giudice (*)

Sumario: I. El factor de atribución aplicable al Estado.— II. Responsabilidad del Estado por actos lícitos.— III. Presupuestos para que surja la responsabilidad por actos lícitos.— IV. Extensión de la responsabilidad por actos lícitos.— V. Conclusión.

I. El factor de atribución aplicable al Estado

I.1. Antecedentes

En la reforma al Código Civil de 1968, se receptó la responsabilidad objetiva por riesgo creado en el art. 1113, párr. 2º, siguiendo la tendencia del derecho francés **(1)**. Comenzó a ponerse la mirada en la víctima, lo que sentó las bases para un nuevo sistema de responsabilidad civil.

El Estado no fue ajeno a esta situación. La jurisprudencia fue marcando el camino de su responsabilidad, aunque teniendo en cuenta sus particularidades. Se consideró que no se trata de un sujeto más, sino que abarca a todos los individuos y tiene como fin satisfacer sus necesidades.

En un primer momento, la Corte Suprema de Justicia de la Nación consideraba que esta responsabilidad era indirecta y la asimilaba a aquella que le cabe al principal por sus dependientes **(2)**.

Con el fallo "Vadell" **(3)** cambió el criterio. El Máximo Tribunal extendió la responsabilidad estatal, al considerarla objetiva y directa. Si bien podía existir culpa o no del funcionario, esta cuestión no era fundamental a fin de imponer la obligación de resarcir. El Estado debía responder igual. La misma postura se mantuvo en otros fallos **(4)** y es aceptada pacíficamente por la doctrina **(5)**.

El Anteproyecto del Código Civil y Comercial contemplaba la cuestión en el ámbito privado, aunque no se reprodujo en el texto definitivo, debido a que fue sustituido por el Poder Ejecutivo.

(*) Abogado. Profesor superior en Derecho (UCA), maestrando en Maestría en Derecho Privado (UNR), doctorando en Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales (UCA). Profesor de Derecho de las Obligaciones y Derecho de Daños (UCA y UNR), profesor de Responsabilidades Especiales y Seguros (UCA), profesor de Taller de Jurisprudencia (UCA).

(1) Teoría que surgió con las ideas Saileilles y Josserand, y fue duramente rebatida por autores como Planiol y Ripert (PIZARRO, Ramón D. — VALLESPINOS, Carlos G., "Instituciones de derecho privado. Obligaciones", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. 2, p. 627; MOSSET ITURRASPE, Jorge, "La función resarcitoria", en Revista de Derecho de Daños, 2014-1, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, p. 51). El destacado me pertenece.

(2) CS, Fallos: 169:111; 182:5, 259:261; 270:404; 278:224; 288:362.

(3) CS, 18/12/1984, "Vadell, Jorge F. c. Buenos Aires, Provincia de s/ indemnización", Fallos 306:2030, JA 1986-I-212-B.

(4) CS, Fallos: 330:563; 330: 563 y 2748; 331:1690.

(5) Por todos: MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de derecho administrativo", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, ob. cit., t. IV, p. 733, nota 38.

Pocos días después de la sanción del Código **(6)**, se dictó la Ley de Responsabilidad del Estado. A pesar de esta regulación específica, se advierte una falta de previsibilidad con relación a sus alcances porque fue pasible de muchas objeciones. Todavía no es clara la postura que adoptarán los tribunales respecto de distintos aspectos.

Además, tiene un marco de aplicación acotado: solamente se extiende al ámbito federal y a las provincias que adhirieron a ella (art. 11 de la Ley de Responsabilidad del Estado).

I.2. Responsabilidad objetiva del Estado

El art. 1º de la Ley de Responsabilidad del Estado aclara que la responsabilidad es objetiva y directa. Esto es aplicable tanto para la responsabilidad legítima, como para la ilegítima.

Establece, además, que la responsabilidad del Estado surge ante la afectación a los bienes o derechos de las personas. Ante esta redacción, podría pensarse que se requiere un derecho subjetivo para que surja el deber de indemnizar y no bastaría con la afectación a un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico. Para superar este obstáculo, los jueces deberán realizar una interpretación armónica de la normativa civil y constitucional (igualdad en la imposición de las cargas públicas) para que no se perjudique a las víctimas **(7)**.

En cuanto a la responsabilidad por actos lícitos, generalmente se la ha considerado objetiva **(8)**. Sin embargo, la Corte sostuvo en algunos precedentes que no hay una responsabilidad objetiva —y no basta la acreditación de la relación de causalidad y los daños sufridos— sino que debe configurarse un sacrificio especial **(9)**. Nos parece que si bien en estos casos la decisión había sido razonable (por tratarse de supuestos vinculados con procesos penales), no se trata de que la responsabilidad sea subjetiva, sino que se agrega la exigencia de acreditar ese sacrificio y la ausencia del deber de soportarlo.

La ley 26.944 contempla en su art. 2º las causales de eximición de responsabilidad, al afirmar que no se configura cuando haya caso fortuito, hecho de la víctima o de un tercero por quien el Estado no deba responder.

II. Responsabilidad del Estado por actos lícitos

II.1. Aspectos generales

Para Perrino la responsabilidad por actos lícitos "... tiene lugar cuando el Estado mediante comportamientos válidos perjudica o lesiona los derechos de los ciudadanos de una forma especial o anormal ocasionando daños que superan las cargas o limitaciones generales propias de la convivencia en sociedad" **(10)**.

La aceptación del deber de responder en este ámbito es una conquista reciente del Estado de derecho. En un primer momento se negaba toda responsabilidad extracontractual estatal en el ámbito del derecho público y fue necesario un lento recorrido para superar esta concepción. Incluso algunos la denominaban "responsabilidad por daños causados en el ejercicio legal del Poder Público", para soslayar la aparente contradicción entre "licitud" y "responsabilidad" **(11)**.

(6) El Código Civil y Comercial fue publicado en el Boletín Oficial el 1º de agosto de 2014 y la Ley de Responsabilidad del Estado el 8 de agosto de 2014.

(7) PARELLADA, Carlos A., "Algunas inquietudes que suscita la ley 26.944", en ROSATTI, Horacio (dir.), Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegético, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 51.

(8) En las III Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, Juris, diario del 16/10/1986 se la calificó de "directa y objetiva".

(9) CS, 13/10/1994, "Roman SAC c. Estado Nacional (Ministerio de Educación y Justicia) s/ cobro de pesos", Fallos: 317:1233, JA 1995-I-263; y CS, 29/05/2007, "Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Pistone, Ciro A. c. Estado Nacional s/ daños y perjuicios", Fallos: 330:2464, LA LEY 28/06/2007, 7.

(10) PERRINO, Pablo E., "La responsabilidad de la administración por su actividad ilícita. Responsabilidad por falta de servicio", ED, 185-781.

(11) MARIENHOFF, Miguel S., "Responsabilidad del Estado por acto lícito", disponible en http://www.um.edu.ar/ojs-new/index.php/Idearium/article/viewFile/668/651 [14/12/2020].

Para Marienhoff, esta responsabilidad pasó de ser la excepción a ser el principio **(12)**.

En las III Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, celebradas en 1986, se dijo que la reparación del daño causado comprende tanto a los actos lícitos como a los ilícitos. El despacho consintió que la responsabilidad extracontractual lícita del Estado es *directa y objetiva*, considerándola, además, como integrante de la teoría general del derecho de daños **(13)**.

Esta responsabilidad se basa, fundamentalmente, en el art. 16 de la CN que impide que un individuo deba tolerar un sacrificio especial o anormal en beneficio de toda la comunidad (sin perjuicio de otras normas, tales como, los arts. 14, 17 y 19 de la CN). Así lo ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación **(14)** para aquellos supuestos en los cuales se excede la cuota normal de sacrificio que impone vivir en sociedad **(15)**.

Vázquez Ferreyra recuerda la distinción de Hutchinson, que prevé dos supuestos de responsabilidad del Estado por actos lícitos: a) actos materiales, tales como obras públicas que perjudican a los vecinos; y b) actos administrativos, como la determinación de una zona peatonal que perjudica a los propietarios de estacionamientos instalados allí con previa autorización **(16)**.

En la responsabilidad del Estado por actos lícitos no se verifica una conducta antijurídica con anterioridad al resultado dañoso, aunque es injusto que ese menoscabo sea soportado por la víctima **(17)**.

Es útil la distinción que realiza Zavala de González **(18)** con respecto a los actos lícitos: 1) En algunos casos el acto dañoso está justificado y es justo que el afectado soporte el daño sin derecho a reparación. 2) A veces la justificación del acto legitima la producción del daño, pero es injusto que lo experimente la víctima sin compensación. Explica que "se trata de *perjuicios injustos*, a pesar de su *causación justificada*, *sin antijuridicidad en su producción*, pero con *inequidad en la nociva situación resultante* si no se confiere un derecho a reparación". Un ejemplo sería el daño causado en estado de necesidad. 3) Por último, la realización de ciertas actividades lícitas puede producir algún daño desaprobado por el derecho. A pesar de que considera que en los perjuicios causados por el riesgo de cosas o actividades no existe un actuar antijurídico, explica que la reparación no se da solamente por la falta de equidad, sino —fundamentalmente— porque no había derecho a causarlo.

II.2. Regulación

II.2.a. Antecedentes legislativos

El Anteproyecto de Código Civil de 2012 tomó el mismo criterio que se advertía en el art. 1676 del Proyecto de 1998 y proyectó en su art. 1766: "Responsabilidad del Estado por actividad lícita. El Estado responde, objetivamente, por los daños derivados de sus actos lícitos que sacrifican intereses de los particulares con desigual reparto de las cargas públicas.

"La responsabilidad solo comprende el resarcimiento del daño emergente; pero, si es afectada la continuación de una actividad, incluye la compensación del valor de las inversiones no amortizadas, en cuanto hayan sido razonables para su giro".

Sin embargo, este texto fue suprimido por el Poder Ejecutivo al sancionarse el Código Civil y Comercial y se reemplazó por los arts. 1764 a 1766, que consideran inaplicables las disposiciones de la responsabilidad civil a la responsabilidad del Estado de manera directa ni

(12) Ibidem.

(13) III Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, Juris, diario del 16/10/1986. El destacado nos pertenece.

(14) CS, Fallos: 293:617, 180:107; 293:617, 310:943, 316:397, 319:2658, 330:2464, 315:1026, 308:2626, 317:1233 y 330: 2464.

(15) CS, Fallos: 315:1892.

(16) VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., "Responsabilidad por daños. Elementos", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 164.

(17) Cfr. VÁZQUEZ FERREYRA, ob. cit., p. 164.

(18) ZAVALA DE GONZÁLEZ, "La responsabilidad civil en el nuevo Código", GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo (colab.), Ed. Alveroni, Córdoba, 2015, 1ª ed., t. I, p. 436.

subsidiaria y remiten a las normas de derecho administrativo.

Estos aspectos fueron receptados por la Ley de Responsabilidad del Estado, que se sancionó cuando todavía estaba vigente el Código Civil, por lo que convivió un tiempo con la regulación anterior.

Debe recordarse que esta normativa es aplicable solamente en aquellas jurisdicciones que hayan adherido a ella, según establece su art. 11 y que existen distintos aspectos que no han sido regulados, por lo que es preciso recurrir a la normativa constitucional y al recurso de la analogía.

II.2.b. Regulación actual

La cuestión ha sido regulada por el art. 4º de la Ley de Responsabilidad del Estado contempló los presupuestos para el deber de responder por actos lícitos: "a) Daño cierto y actual, debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero; b) Imputabilidad material de la actividad a un órgano estatal; c) Relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño; d) Ausencia de deber jurídico de soportar el daño; e) Sacrificio especial en la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido".

La extensión del resarcimiento es prevista por el art. 5º de la Ley de Responsabilidad del Estado establece: "La responsabilidad del Estado por actividad legítima es de carácter excepcional. En ningún caso procede la reparación del lucro cesante.

"La indemnización de la responsabilidad del Estado por actividad legítima comprende el valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública, sin que se tomen en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas.

"Los daños causados por la actividad judicial legítima del Estado no generan derecho a indemnización".

III. Presupuestos para que surja la responsabilidad por actos lícitos

III.1. Daño cierto y actual

La certeza no es discutida. Ahora bien, si se exige que sea actual, ¿se estaría excluyendo el daño futuro?

Una interpretación literal de la ley nos llevaría a esa conclusión. Incluso sería una solución coherente con la imposibilidad de resarcir el lucro cesante prevista en su art. 5º **(19)**.

La mayoría de la doctrina aceptaba la indemnización de los daños futuros en este ámbito **(20)**. La Corte tampoco exigía la actualidad del perjuicio y en distintos casos ha mandado a indemnizarlos (como aquellos en los que se demandó a las provincias por inundaciones como consecuencia de obras públicas y fijó el resarcimiento por el lucro cesante futuro teniendo en cuenta el lapso que demandaría la recuperación del suelo) **(21)**.

Cafferatta, analizando la cuestión desde el derecho ambiental, se pregunta: "¿Cómo evaluar la existencia de este primer requisito, si el juez requiere prueba acabada de la existencia del daño cierto y actual en casos de daño ambiental colectivo? ¿Cómo esperar que responda el Estado en supuestos de omisión, si ni siquiera es posible determinar ciertamente el daño, presupuesto básico de la responsabilidad por daños? Téngase presente que muchos casos de daño ambiental se caracterizan porque los efectos dañinos se manifestarán en el futuro, sin saber exactamente de qué daño hablamos" **(22)**.

(19) Aunque el lucro cesante no siempre sea futuro, muchas de las consecuencias más relevantes se dan después de la sentencia (como podría ocurrir con incapacidades, frustración de negocios a largo plazo, entre otros).

(20) Entre quienes exigían que el daño sea actual: Duguit, Bonnard y Sayagués Laso; aceptaban el daño futuro: Mazeaud, Rivero, Entrena Cuesta, Aguiar, Llambías (ver, por todos, MARIENHOFF, "Tratado...", ob. cit., t. IV, p. 735, nota 43).

(21) CS, Fallos: 307:1515; 311:233 y 744; 312: 2266; 317:318; 325: 255.

(22) CAFFERATTA, Néstor A., "Responsabilidad del Estado por omisión ilegítima ambiental" en Revista de

Para Perrino "... no existe ninguna razón valedera para no indemnizar aquellas consecuencias dañosas que no han cerrado aún todo su ciclo y que se sabe, de acuerdo con el curso normal y ordinario de las cosas, en el futuro aumentarán sus repercusiones perjudiciales" **(23)**.

Entendemos, con cierta parte de la doctrina, que no existe una razón para excluirlo **(24)** y que la norma podría resultar inconstitucional por afectar el principio de reparación plena **(25)**.

El hecho de que sea mensurable en dinero es lo habitual. Pero dejaría afuera aquellos casos en los que quizás el daño no sea fácilmente mensurable y el actor pretenda optar por la reparación específica. Cabe preguntarse, por ejemplo, qué pasaría con los supuestos de daño ambiental donde la recomposición es prioritaria.

El requisito de la acreditación es necesario en todos los casos. Obviamente existen flexibilizaciones en materia probatoria que no deben ser desechadas. Así podría suceder ante lucros futuros o pérdidas de chances cuya demostración no es tan estricta como en otros supuestos **(26)** (que consideramos procedentes a pesar de la letra del art. 5º de la Ley de Responsabilidad del Estado) o cuando se trate de daños extrapatrimoniales. A nuestro entender, corresponde aplicar presunciones contra el Estado y analizar los daños del mismo modo que respecto de otros sujetos.

III.2. Actividad imputable a un órgano estatal

Si bien el art. 1º de la Ley de Responsabilidad del Estado se refiere a los daños causados por acción u omisión y el art. 3º también contempla ambos supuestos, aquí solamente se ha consignado la actividad dañosa.

Aunque pareciera que la ley intenta excluir el supuesto de inactividad, tampoco hay razones para hacerlo cuando es la causa eficiente del daño **(27)**.

En ese caso, cabría agregar otro presupuesto: la comprobación de que era fácticamente posible realizar la conducta omitida **(28)**, cuestión que debe analizarse en términos de causalidad.

No se trata de una cuestión frecuente, pero puede darse. En Francia se resolvió el caso "Couitéas" en el cual un individuo solicitó el desalojo frente a la ocupación de sus tierras por parte de beduinos y obtuvo sentencia favorable. A pesar de lograrlo, las autoridades incumplieron la orden por temor a una guerra civil. El Consejo de Estado francés consideró que la abstención era legítima, pero reconoció la responsabilidad estatal porque no podía entenderse que ese perjuicio sea una carga que incumba normalmente a la víctima **(29)**.

III.3. Relación causal

Al exigir una relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva, la ley siguió el criterio de algunos pronunciamientos de la Corte que habían requerido estos extremos **(30)**.

A continuación, analizaremos cada uno de los términos:

Derecho de Daños 2015-1, Responsabilidad del Estado-II, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni., ps. 223 y 224.

(23) PERRINO, ob. cit.

(24) PERRINO, ob. cit. Desde antes de la sanción de la Ley de Responsabilidad del Estado, Marienhoff sostenía que las particularidades propias de los daños que causaban los distintos órganos del Estado no alcanzaban a alterar los caracteres del perjuicio (en "Tratado...", ob. cit., t. IV, p. 734).

(25) PIAGGIO, Lucas A. — MATTERA, María Eugenia, "El nuevo régimen de responsabilidad del Estado", PEYRANO, Guillermo — LIMODIO, Gabriel F. (dirs.), Colecciones Código Civil y Comercial, El Derecho, 2014, ps. 120-121; Para Perrino, la norma tiene "inadmisibles e inconstitucionales restricciones" (PERRINO, ob. cit.).

(26) ZAVALA DE GONZÁLEZ — GONZÁLEZ ZAVALA, "La responsabilidad civil...", ob. cit., t. III, p. 551. Señalaba Orgaz que no hay una mera posibilidad, pero tampoco una seguridad de obtener las ganancias; se necesita una probabilidad objetiva de acuerdo con las circunstancias del caso (ORGAZ, "El daño resarcible [actos ilícitos]", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1967, 3ª ed. actualizada, p. 68).

(27) PERRINO, ob. cit.

(28) PIAGGIO — MATTERA, ob. cit., con cita de Julio Comadira.

(29) Consejo de Estado Francés, 30/11/1993, Caso "Couitéas".

(30) CS, Fallos: 312:1656 y 2020; 318: 1531; 328:2654.

Directa. Sammartino las identifica con las inmediatas, al afirmar: "Relación directa de causa a efecto se refiere a las consecuencias que se producen por sí mismas, sin requerirse la intermediación de otro acto o hecho para producir efectos" y que "la relación inmediata de causa a efecto concierne a aquellas consecuencias que acostumbran a suceder según el curso normal y ordinario de las cosas" **(31)**.

Exclusiva. Excluye la incidencia de otros factores **(32)**.

Rossati considera que no se puede prescindir de la responsabilidad que el particular pudo tener en la producción del daño, porque a veces las cosas ocurren por un "pequeño incumplimiento individual" o por "la falta de un esfuerzo mínimo que podría haberlas evitado". Agrega que ello conlleva que el Estado no pueda cumplir sus obligaciones con los más necesitados **(33)**.

En cuanto a los pequeños incumplimientos individuales, nos parece que la cuestión *no puede ir más allá de la incidencia causal* que haya tenido en la producción del daño. Sería injusto que por el mero hecho de existir una falta se haga recaer sobre el particular la totalidad del peso de la indemnización, cuando el causante fue el Estado. Respecto a la falta de un esfuerzo para evitar el daño, la cuestión debe ser vista desde el punto de vista de la *carga* **(34)** de prevenir que tiene en este caso el damnificado.

Un caso que puede ilustrar ambos supuestos es aquel en el que se producen inundaciones (que han motivado fallos de la Corte) y el particular no realiza alguna pequeña obra, que no hubiera tenido posibilidad de evitar el daño producido. El Estado no podría valerse de este incumplimiento para liberarse de su responsabilidad.

Un antecedente de este tipo de exigencia causal puede verse en la Ley de Riesgos del Trabajo, que en su art. 6º, apart. 2.b **(35)**, prevé que, además, de las enfermedades incluidas en el listado pertinente, "serán igualmente consideradas enfermedades profesionales aquellas otras que, en cada caso concreto, la Comisión Médica Central determine como provocadas por causa directa e inmediata de la ejecución del trabajo, excluyendo la influencia de los factores atribuibles al trabajador o ajenos al trabajo".

Esta norma llevaría a que en pocas ocasiones sean indemnizables las enfermedades laborales, que habitualmente son producto de diferentes factores. La Corte ha desechado esta interpretación en el fallo "Silva c. Unilever" **(36)**.

Con referencia al Estado, son habituales los supuestos de responsabilidad por actos lícitos cuando agentes de las fuerzas de seguridad causan un daño en cumplimiento de su deber. En estos casos, las incapacidades que sufran las víctimas podrían quedar sin resarcimiento si colabora alguna otra concausa, aunque sea mínima. Lo mismo podría suceder con otros supuestos.

Para Perrino "... tampoco es razonable y puede suscitar situaciones aberrantes de lesión a los derechos de igualdad ante las cargas públicas y de propiedad y al principio *neminem laedere,* que el solo hecho de que medie algún grado de interferencia en el nexo causal baste para relevar al Estado de su responsabilidad, incluso en supuestos en los cuales su participación puede

(31) SAMMARTINO, Patricio M. E., "La relación de causalidad en la responsabilidad del Estado", obra colectiva, Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público, Ed. RAP, Buenos Aires, 2008, p. 438; en el mismo sentido, cita esta definición PERRINO, Pablo E., "La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, e-book disponible en Biblioteca Proview Online, comentario al art. 4º de la Ley de Responsabilidad del Estado.

(32) Ibidem.

(33) ROSATTI, Horacio, "Competencia para legislar sobre responsabilidad del Estado en Argentina", en ROSATTI, Horacio (dir.), Ley 26.944 de responsabilidad del Estado en Argentina - Análisis crítico y exegético, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2014, p. 20.

(34) LO GIÚDICE, Diego A., "Análisis de las conclusiones de las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil sobre prevención del daño", El Derecho, diarios de los días, 16, 17 y 18 de mayo de 2018, ISSN 1666-8987, nros. 14.407, 14.408 y 14.409, Año LVI, ED 277 (segunda y tercera parte, puntos 10 y 11).

(35) Sustituido por art. 2º del dec. 1278/2000, BO 03/01/2001.

(36) CS, 18/12/2007, "Silva, Facundo J. c. Unilever de Argentina SA", Fallos: 330:5435, LA LEY 31/12/2007, 11.

ser la decisiva y relevante para la producción del daño" **(37)**.

Puede suceder, además, que la víctima o un tercero también hayan aportado un aporte causal (lo que es más que habitual), pero esta situación no exime de responder al dañador según los principios de la responsabilidad civil. Tal lo que sucede, por ejemplo, en la asunción de riesgos de la víctima o cuando debe controlarse la actividad de un tercero. Sin embargo, un precepto como el que se analiza dejaría sin responder al Estado.

Por estas razones, la norma nos parece injusta y entendemos que no resiste el test de constitucionalidad.

Inmediata. Si bien el Código Civil y Comercial las define en su art. 1727 como "las consecuencias de un hecho que acostumbran a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas", esta conceptualización no las termina de diferenciar de las mediatas. Es cierto que las consecuencias inmediatas son máximamente previsibles, pero esta situación no quita que las mediatas también deriven del curso natural y ordinario de las cosas. Lo que identifica plenamente a este tipo de consecuencias es que no exista conexión con un hecho distinto **(38)**.

Esta normativa ha sido criticada, en cuanto no es necesario extremar el análisis causal porque la responsabilidad sin antijuridicidad no es excepcional **(39)**.

III.4. Sacrificio especial

Aunque su reconocimiento por la Corte Suprema no es reciente **(40)**, se trata de una cuestión que todavía no tiene límites definidos **(41)**.

Este deber de soportar el daño "puede provenir tanto de una norma expresa como de principios jurídicos diversos, entre ellos y predominantemente, el de solidaridad social" **(42)**.

Es difícil establecer en qué casos hay un sacrificio especial, porque deben considerarse distintos aspectos. Una de las cuestiones más discutidas es si corresponde tomar un criterio cuantitativo o cualitativo.

Cuando el daño recae sobre un individuo o algunos en forma aislada, la cuestión es más sencilla: el actuar del Estado, a pesar de que beneficia al resto de la comunidad, le genera un perjuicio que debe ser resarcido. El análisis es distinto cuando recae sobre un gran número de personas. Aquí deberá valorarse la existencia de un sacrificio especial en el caso concreto **(43)**.

Luego de analizar algunos fallos del Máximo Tribual, Perrino concluye que: a) en ocasiones ha prevalecido un criterio cuantitativo, que considera que el daño es especial cuando afecta a uno o a un número limitado de sujetos **(44)**; b) mientras que en otras ocasiones se ha seguido una concepción de índole cualitativa que toma en consideración la intensidad o gravedad del daño **(45)**, en tanto se exige que el perjuicio exceda la medida de lo que corresponde normal y razonablemente soportar **(46)**.

También la Corte ha sostenido que no basta una simple lesión patrimonial, sino que el damnificado debe demostrar que se encuentra en una situación especial y que su sacrificio lo coloca en una posición de desigualdad. Para que se cumpla esa condición, se ha exigido que el daño se realice en beneficio de la comunidad **(47)**.

---

(37) PERRINO, ob. cit.

(38) PICASSO, Sebastián en LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), Código Civil y Comercial Comentado, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, t. VIII, ps. 422-423, con cita de Orgaz.

(39) PERRINO, ob. cit., con citas de Julio Comadira y Artino.

(40) CS, Fallos: 176:111; 180:107 y 248:79.

(41) PERRINO, ob. cit.

(42) CS, Fallos: 316: 1465.

(43) BIANCHI, Alberto B., "La responsabilidad del Estado por actividad legislativa", en Revista de Derecho de Daños, 2018-2 Responsabilidad del Estado — II, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 295.

(44) CS, Fallos: 316: 397 y 321:3363.

(45) CS, Fallos: 315:1892 y 330:2464.

(46) CS, Fallos: 308: 2626.

(47) CS, 22/12/1975, "Corporación Inversora Los Pinos c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", CS, Fallos: 293:617, LLOnline AR/JUR/232/1975. En el mismo sentido, en el fallo de la CS, 30/03/1993, "Buenos Aires

Asimismo, en algún supuesto entendió que cuando se trataba de actos lícitos la responsabilidad no debía entenderse como objetiva y no bastaría la mera acreditación de la existencia de nexo causal suficiente entre la actividad legítima de los órganos estatales y los perjuicios para generar la obligación de indemnizar. Debe acreditarse el sacrificio especial derivado de consecuencias anormales **(48)**. Como hemos sostenido anteriormente, esto no implica que el factor de atribución sea la culpa.

Sin embargo, no basta con esta prueba: es necesario, además, que el sujeto afectado no tenga el deber jurídico de soportar la conducta estatal válida que lo perjudica. Para Cassagne "en rigor, el factor de atribución, aunque no deja de ser objetivo, en cuanto no depende de la conducta y menos de la culpa del agente estatal autor del acto dañoso, se encuentra configurado por la ausencia del deber de soportar el daño, deber que siempre existe cuando los daños sean generalizados y la ley no prescriba indemnizaciones especiales a título de garantía" **(49)**.

En definitiva, cuando se trata de actos legítimos la responsabilidad objetiva va a surgir del "sacrificio especial" que debió soportar la víctima (el caso más frecuente es la expropiación), a diferencia de lo que sucede con los actos ilegítimos, en los que surge de la "falta de servicio".

IV. Extensión de la responsabilidad por actos lícitos

Esta regulación parece un retroceso en la evolución sobre el tema. A nuestro entender, no hay razones para limitar de esta forma la responsabilidad por actos lícitos del Estado.

A continuación, se analizarán los principales aspectos de la norma.

IV.1. Excepcionalidad

Este carácter ha sido explicado por Sammartino, quien afirma que el principio es que la actividad lícita no resulta indemnizable, lo cual rige tanto en el ámbito privado como en el público. Lo extraordinario y excepcional sería la dispensa a este principio **(50)**.

Esta exigencia no ha sido bien recibida por la mayoría de la doctrina **(51)**.

La Corte no había limitado el resarcimiento a supuestos aislados o fuera de lo común. Por el contrario, realizó una construcción pretoriana que se aplicaba a numerosos supuestos **(52)**. Ya con el hecho de que deba existir un "sacrificio especial", la responsabilidad encuentra un ámbito de aplicación adecuado.

Destaca Andrada que el vocablo "excepcional" fue mencionado en el fallo "Malma Trading SRL" en el voto concurrente del Dr. Lorenzetti, quien no sostiene una posición restrictiva. Entonces, si la intención de la ley ha sido cristalizar la doctrina de la Corte —como expresó en el Mensaje de Elevación—, los jueces deberían seguir tal jurisprudencia, a menos que discrepen de ella con nuevos argumentos que sean serios y fundados **(53)**.

Lo preocupante son las posibles interpretaciones judiciales de este precepto. Para Bian-

Eximport c. Estado Nacional / Ministerio de Economía, Hacienda y Finanzas y otros s/ ordinario", CS, Fallos: 316:406, 1994-I-258, se requirió que el sacrificio responsa a finalidades de interés general o colectivo.

(48) CS, 13/10/1994, "Roman SAC c. Estado Nacional (Ministerio de Educación y Justicia) s/ cobro de pesos", Fallos: 317:1233, JA 1995-I-263.

(49) CASSAGNE, Juan Carlos, "La responsabilidad del Estado (balance y perspectivas)", LA LEY 2009-F, 1226, LLOnline AR/DOC/3651/2009.

(50) SAMMARTINO, Patricio, "Responsabilidad el Estado: características generales del sistema legal vigente en Responsabilidad del Estado: aportes doctrinarios", Ed. Infojus, 2015, p. 228, disponible en internet en www.saij.gob.ar, fecha de consulta: 08/07/2020.

(51) BIANCHI, "La responsabilidad del Estado...", ob. cit., ps. 195, 197 y 199 PERRINO, Pablo E., "La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26.494 comentada", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, ps. 141-142; ANDRADA, Alejandro, "Ley 26.944. Responsabilidad del Estado y sus funcionarios. La situación en las provincias", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2017, 1ª ed., ps. 135-136; y "La responsabilidad del Estado en la Nación, las provincias y la ciudad autónoma", Revista de Derecho de Daños 2018-1, Responsabilidad del Estado-I, ob. cit., p. 215.

(52) ANDRADA, "Responsabilidad del Estado por acto normativo", RCyS, 5-2009, ps. 3 y ss.

(53) ANDRADA, "Ley 26.944...", ob. cit., p. 136, notas 6 y 9.

chi esta mención influirá en forma negativa al momento de delimitar el "sacrificio especial" y por este motivo la ley "... debería haber guardado silencio en este punto, sin establecer como principio el carácter excepcional de esta responsabilidad, pues ello contribuirá a despertar todas las antiguas teorías sobre la irresponsabilidad estatal que ha costado décadas erradicar" **(54)**.

Pese a adherir a la crítica, Andrada explica que mientras se siga la jurisprudencia del Máximo Tribunal los fallos serán previsibles y exhorta a que no influya en las decisiones **(55)**.

Según Perrino, los postulados del Estado de Derecho imponen que el Estado responda por los daños que cause. Por lo tanto, "... lo que debe ser excepcional no es la responsabilidad estatal legítima, sino que las autoridades públicas dañen a las personas obrando válidamente en aras del interés público" **(56)**.

El autor aclara que la Corte se ha referido en realidad a que "los jueces deben actuar con suma prudencia cuando se trata de resarcir los daños ocasionados por la administración en el cumplimiento de sus funciones, verificando si efectivamente se han producido los perjuicios que se reclaman, cuidando de no otorgar reparaciones que puedan derivar en soluciones manifiestamente irrazonables" **(57)**.

IV.2. Resarcimiento del lucro cesante

Cierta doctrina entendía que era improcedente **(58)**.

En un primer momento, la jurisprudencia de la Corte había seguido esta postura **(59)**. Luego fue admitiendo el resarcimiento del lucro cesante y se mostró favorable a la reparación plena de los daños causados por actos lícitos producidos por el Estado **(60)**. En los casos más recientes, si bien se rechazaron los reclamos, se dejó

(54) BIANCHI, "La responsabilidad del Estado...", ob. cit., p. 291.

(55) ANDRADA, "Ley 26.944...", ob. cit., p. 136.

(56) PERRINO, Pablo E., "Responsabilidad por actividad estatal legítima. Proyecto de ley de responsabilidad del Estado y de los agentes públicos", LA LEY, 2014-C, 1078, LLOnline AR/DOC/1303/2014.

(57) Ibidem. La cita del precedente es de CS, Fallos: 317:1225 y 328:2654; en sentido similar CS, Fallos: 308:1049, 310:2824, 312:659, 313:278.

(58) MARIENHOFF, "Responsabilidad del Estado...", ob. cit., p. 720 y "El lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado" ED, t. 114, p. 949; DE ESTRADA, Juan R., "Responsabilidad del Estado por sus actos legislativos y discrecionales (Fundamento y límites de la actividad estatal conforme a derecho)", ED, 102-893; COMADIRA, Julio R., "Improcedencia del lucro cesante en casos de responsabilidad del Estado por obrar administrativo lícito: fuerza expansiva de los principios de la expropiación", en Derecho Administrativo, homenaje a Miguel S. Marienhoff, CASSAGNE, Juan C. (dir.), Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, t. I, p. 421; y CASSAGNE, Juan C., "Derecho administrativo", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006, 8ª ed., t. I, ps. 297-298 (como se verá, este último autor ha modificado su opinión).

(59) CS, 26/02/1943, "Laplacette, Juan (suc.)", Fallos: 195:66, LA LEY 29-697, Colección de Análisis Jurisprudencial Elems. de Derecho Administrativo - Julio Rodolfo Comadira, 1120M; 22/12/1975, "Corporación Inversora Los Pinos c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", Fallos: 293:617, LLOnline AR/JUR/232/1975; 15/05/1979, "Canton, Mario E. c. Nación", Fallos 301:403; y 09/05/1989, "Motor Once SACeI c. MCBA", Fallos 310:943, JA 1989-III-190.

(60) CS, 28/09/1984, "Eduardo Sánchez Granel Obras de Ingeniería c. Dirección Nacional de Vialidad", Fallos: 306:1409, 1986-II-462. En el consid. 6º se fundó la indemnización del lucro cesante en el principio de la reparación plena (incluso antes de precedentes más conocidos como "Santa Coloma" y "Ghunter"). En 1985 la SCBA en la sentencia del 22/10/1985 en autos "Yabra, Mario c. Municipalidad de Vicente López", se apartó del criterio anterior y limitó la responsabilidad al daño emergente. La CS reiteró su criterio en el fallo "Torres c. Provincia de Buenos Aires" de 1985 (CS, Fallos: 307:2399) y en "Crotto de Posse de Daireaux c. Provincia de Buenos Aires" de 1988 (Fallos 311:233, 249). Fue importante el fallo del 23/11/1989, "Jucalan Forestal c. Provincia de Buenos Aires". En este último se expresó: "Como el tribunal ya ha tenido oportunidad de expresarlo, los actos lícitos producidos por el Estado no lo relevan de la obligación de resarcir los perjuicios sufridos por particulares que se hubiesen derivado de aquellos, por lo que no pueden limitarse al daño emergente con exclusión del lucro cesante, esto es, de las ventajas económicas esperadas de acuerdo con probabilidades objetivas debida y estrictamente comprobadas (CS, Fallos: 306:1409, consids. 4º y 5º). Este principio —dijo allí la Corte— se traduce en el derecho a una indemnización plena que solo podría encontrar obstáculo en razones de fuerza mayor, en el eventual marco contractual vinculante, o en una ley específica que dispusiera lo contrario en algún caso singular (consid. 6º)". Por último, reiteró su criterio en los fallos "Cachau c. Provincia de Buenos Aires" de 1993 (Fallos 316:1335) y "Estancias Marré SAIFeI c. Provincia de Córdoba" de

en claro que la postura era en favor de su procedencia **(61)**.

En el fallo "El Jacarandá SA c. Estado Nacional", la Corte sostuvo que "... la extensión del resarcimiento debe atender a las circunstancias particulares de cada situación" y que mientras el daño resarcible satisfaga los requisitos de procedencia no hay razón para limitar la reparación al daño emergente **(62)**. Sin embargo, rechazó el resarcimiento por no encontrarse debidamente acreditado.

En realidad, la extensión del deber de reparar siempre va a ser valorada de acuerdo con las circunstancias del caso. No debe entenderse el razonamiento de la Corte como limitativo, en el sentido de otorgar un lucro cesante demostrado en algunos casos y en otros no. Lo que sí corresponde considerar es si puede tratarse de una interpretación flexible o si se admiten presunciones como ocurre, por ejemplo, con las incapacidades físicas. Los supuestos que ha analizado la Corte no las admitían por sus características.

Ni siquiera debe analizarse de ese modo cuando en el fallo se exige que los daños sean "... consecuencia directa e inmediata del obrar del Estado" **(63)** y que provengan de una "... relación directa, inmediata y exclusiva, de causa a efecto, entre la conducta impugnada y el perjuicio cuya reparación se persigue" **(64)** (considerando 8). Sobre este aspecto nos hemos expedido en el apartado precedente.

Al igual que en el caso anterior, en "Zonas Francas Santa Cruz SA c. Estado Nacional" la Corte rechazó el rubro por no encontrarse debidamente probado, aunque dejó en claro su postura favorable. Además, sostuvo que no puede extenderse la solución contenida en la Ley de Expropiaciones para negar una reparación plena **(65)**.

En el caso "Malma Trading SRL" **(66)** también se rechazó por no encontrarse acreditado el lucro cesante y por no verificarse la condición de "especialidad".

Las III Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil celebradas en 1986 y el Segundo Congreso Internacional de Derecho de Daños, celebrado en Buenos Aires en 1991, consideraron que el resarcimiento debía ser integral.

La norma es clara en cuanto niega la reparación del lucro cesante, la que no procede "en ningún caso". Algunos autores concuerdan con la solución legal **(67)**, aunque esta redacción

1993. Además, en CS, Fallos: 316:1428; 304:674; 310:647; 312:2266; 316:1335.

(61) CS en los casos: 28/07/2005, "El Jacarandá SA c. Nación Argentina, Fallos 328:2654, LA LEY 21/12/2005, 11; 09/06/2009, "Zonas Francas Santa Cruz SA c. Estado Nacional", Fallos: 332:1367, SJA 30/09/2009; "IMSA MICSA c. Estado Nacional", Fallos: 332: 2801, LA LEY 2010-B-342; y 15/05/2014, "Malma Trading SRL c. Estado Nacional - Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos s/ proceso de conocimiento", LL Sup. Dcho. Administrativo 2014 (julio), 78. En el primero de ellos, la Corte sostuvo que "... la extensión del resarcimiento debe atender a las circunstancias particulares de cada situación" y que mientras el daño resarcible satisfaga los requisitos de procedencia no hay razón para limitar la reparación al daño emergente. En realidad, la extensión del deber de reparar siempre va a ser valorada de acuerdo con las circunstancias del caso. No debe entenderse el razonamiento de la Corte como limitativo, en el sentido de otorgar un lucro cesante demostrado en algunos casos y en otros no. Cabe destacar, además, que en casi todos los fallos la Corte rechazó el rubro por no encontrarse debidamente probado (excepto en "IMSA MICSA"), aunque dejó en claro su postura.

(62) CS en fallo citado en nota anterior.

(63) Este criterio es proveniente del fallo de la CS, 01/07/1986, "Bergher, Carlos c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", Fallos: 308:1049. Se advierte que se trataba de un caso de expropiación, por lo que en "Jacarandá SA" también se advierte su fuerza expansiva.

(64) Esta conclusión proviene del fallo de la CS, 31/10/1989, "Ledesma SA Agrícola Industrial c. Estado Nacional (Ministerio de Economía)", Fallos: 312:2022, Ed. La Ley, Colección de Análisis Jurisprudencial Elems. de Derecho Administrativo - Julio Rodolfo Comadira, 1128.

(65) Fallo citado.

(66) Fallo citado.

(67) SILVA TAMAYO, Gustavo E., "El resarcimiento en los supuestos de responsabilidad extracontractual lícita del Estado. Su alcance en la ley 26.944", p. 231; NIELSEN — MARK, "La indemnización en casos de responsabilidad por actividad legítima del Estado. Su alcance en los términos de la ley 26.944", ps. 255 y ss.; ambos en obra colectiva AA.VV., Responsabilidad del Estado, Ed. Infojus, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Buenos Aires, 2015.

ha merecido numerosas críticas por parte de la doctrina nacional.

Para Guastavino no hay fundamento, en principio, para excluir el resarcimiento del rubro cuando se encuentre debidamente comprobado **(68)**.

Retomando el ejemplo de una incapacidad generada por un agente de seguridad, ¿podría considerarse que no es resarcible el lucro cesante? ¿Quedaría una víctima herida de gravedad sin la posibilidad de percibir una indemnización por los daños sufridos?

Para Andrada **(69)** y Perrino **(70)** se trata de una cuestión de política legislativa. A nosotros nos parece que la exclusión es injusta y la norma debe ser declarada inconstitucional cuando prive a los damnificados de parte de su indemnización. La cuestión es más delicada cuando el daño podría estar configurado solamente por lucro cesante (como en casos de incapacidad sobreviniente o negocios frustrados a largo plazo).

IV.3. Daños resarcibles

Según la norma, solo debe resarcirse el valor objetivo del bien **(71)** y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública. Reproduce el art. 10 de la Ley de Expropiaciones.

Al referir a "situaciones de carácter personal" se confiere una gran amplitud. La redacción no parece ser la más adecuada. Debe recordarse que todo daño resarcible es personal y afecta los intereses de un determinado individuo, incluso cuando implique la destrucción o deterioro un bien. Este no vale por sí mismo, sino por el interés humano que satisface. Ahora bien, incluso dejando de lado este razonamiento y buscando una interpretación coherente, al excluir estos supuestos junto con la referencia al "valor objetivo", pareciera que la ley pretende dejar de lado a todos aquellos daños que estén relacionados con otra circunstancia que no sea el valor del bien en el mercado.

El "valor afectivo", en cambio, está relacionado con aquellos casos en que una persona le otorga a un determinado bien una valía mayor, debido a circunstancias particulares (como cuando un individuo tiene especial cariño por un vehículo). Aunque estos supuestos no puedan generar un daño patrimonial mayor, en ciertas ocasiones excepcionales pueden provocar consecuencias extrapatrimoniales.

Marienhoff sostenía con relación al art. 10 de la ley 21.499: "El valor afectivo no se indemniza en estos casos porque no integra el valor 'objetivo' del bien. Constituye un simple valor 'subjetivo' que, para más, por principio general, se mantiene en lo interno de la mente del propietario, sin manifestaciones exteriores permanentes e inequívocas. La exclusión del valor 'afectivo' como rubro a indemnizar es razonable: de ahí su juridicidad" **(72)**.

Señalan los autores que estas limitaciones —junto con la exclusión del lucro cesante— muestran el triunfo de la "fuerza expansiva de la expropiación" **(73)**. Para Bianchi, ello contraría la regla de hermenéutica jurídica que prohíbe aplicar en forma extensiva o analógica los institutos limitativos de derechos **(74)**.

La redacción de esta norma parece impedir el resarcimiento del daño moral porque solamente permite reclamar el "valor objetivo del bien" y excluye "... circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas" (art. 5º, párr. 2º de la ley 26.944).

(68) GUASTAVINO, Elías P., "Indemnizaciones por la actividad lícita lesiva del Estado", ED, 188-213 y 214.

(69) ANDRADA, "Ley 26.944...", ob. cit., p. 162.

(70) PERRINO, "Responsabilidad por actividad estatal legítima...", ob. cit.

(71) La CS lo ha asimilado al "valor de mercado" (CS, Fallos: 207:804; 237:38; 241:73; 242: 150).

(72) MARIENHOFF, "Tratado...", ob. cit., t. IV, p. 252.

(73) Idem, t. IV, p. 134, nota 29; PERRINO, "Responsabilidad por actividad estatal legítima...", ob. cit.; en este mismo sentido considera que es equivocada esta solución PIZARRO, Ramón D., "Responsabilidad del Estado y del funcionario público", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2016, 2ª ed. actualizada y ampliada, t. 1, p. 516.

(74) BIANCHI, "La responsabilidad del Estado...", ob. cit., p. 298. En tal sentido se ha expedido la Corte en el fallo del 23/11/1989, "Jucalan Forestal c. Provincia de Buenos Aires", CS, Fallos: 312:2280.

Debe recordarse que la procedencia del daño moral en los supuestos de responsabilidad estatal fue discutida durante mucho tiempo **(75)**. Sin embargo, a esta altura de las circunstancias no parece ser una cuestión dudosa. Incluso la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió indemnizarlo en distintos casos de responsabilidad lícita **(76)**.

Andrada señala que la ley ha querido excluir el daño moral en los casos de privación de la propiedad o daños a la propiedad privada, extendiendo la solución expropiatoria. Explica que la norma parece partir de la concepción —ya superada— de que la afectación de un bien patrimonial no puede generar un daño de índole extrapatrimonial **(77)**. Por ello, entiende que, una vez acreditados, deben resarcirse **(78)**.

La realidad es que, en todos los casos, la lesión de bienes materiales genera cierta molestia en aquella persona que los detenta, pero no siempre se produce un daño extrapatrimonial. Para que ello ocurra, según Zavala de González debe existir "... un interés moral previo y claramente diferenciable del económico, en lo que atañe a la conservación del bien". Una pauta para determinar cuándo existe puede ser comprobar si el bien es susceptible de ser reemplazado en especie o por su equivalente económico. Si no es posible, existiría un interés de afección independiente del económico. De poder lograrlo, no se configuraría daño moral resarcible **(79)**. Esto sin perjuicio de otras situaciones que puedan darse.

Para Perrino la aparente exclusión del daño moral violaría los derechos de propiedad, de no dañar al otro y de igualdad ante las cargas públicas, en cuanto se le impone un sacrificio especial a quien lo soporta. Por esta razón, entiende que se debe realizar una interpretación amplia de esta parte de la norma y entender que el daño moral es resarcible en cuanto, además, del valor objetivo del bien, se abarcan los daños que sean *consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública* **(80)**.

A pesar de lo expuesto, nos parece que, si bien lo ideal sería lograr una interpretación razonable que permita salvar siempre la constitucionalidad de la norma, el precepto expresa que deben dejarse de lado cuestiones de carácter personal y los valores afectivos. Para el autor antes mencionado, estas situaciones no se identifican con el daño moral, cualquiera sea la definición que se tome **(81)**. Nosotros, por el contrario, consideramos que sí puede abarcarlos.

Por esta razón, entendemos que en aquellos supuestos en los que la norma lleve a excluir del resarcimiento a un daño moral debidamente acreditado debe ser declarada inconstitucional.

V. Conclusión

Los términos de la ley no parecen felices. Antes de obtener una legislación que ofrece tantas dudas y resulta violatoria de los derechos individuales **(82)**, hubiera sido preferible con-

(75) Véase MARIENHOFF, "Tratado...", ob. cit., t. IV, ps. 738-740.

(76) CS, Fallos: 318: 385 y 324:1253.

(77) En este sentido, Aguiar ha sostenido: "La inclinación del ánimo no solamente se dirige a las personas, sino que, en más de una vez, el hombre se aficiona a algunas cosas a las que hace su objeto de su predilección, a las cuales, por motivos que le son propios, atribuye un valor particular, que ha sido llamado valor de afección, y que es puramente moral" (AGUIAR, Henoch, "Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley", Ed. Tea, Buenos Aires, 1951, t. IV, p. 298).

(78) ANDRADA, "Ley 26.944...", ob. cit., p. 160 y nota 88.

(79) ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, "Resarcimiento de daños", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2003, 1ª ed., 3ª reimp., t. 1 Daños a los automotores, ps. 173-174; en este mismo sentido ZANNONI, Eduardo A., "El daño en la responsabilidad civil", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1987, 2ª ed., p. 439.

(80) PERRINO, "Responsabilidad por actividad estatal legítima...", ob. cit.

(81) Ibidem.

(82) Bianchi fue contundente al considerar que el propósito de la ley, identificado en todo su articulado, es "... poner todo tipo de trabas y cortapisas a la responsabilidad del Estado". El autor manifiesta, además, que uno de los ejemplos más claros es su art. 6º, en cuanto exime de responsabilidad —incluso en forma subsidiaria— al Estado por los concesionarios y lo atribuye a los antecedentes en esa temática, como la tragedia de Once (BIANCHI, "La responsabilidad por actividad...", ob. cit., p. 289).

tinuar con los parámetros que había fijado la jurisprudencia. Había previsibilidad y los límites estaban claros, sin una afectación grave de los derechos de los ciudadanos.

La responsabilidad por actos lícitos no se limita a la expropiación y, por lo tanto, deberían haberse creado mecanismos adecuados para regular estos supuestos.

Por último, algunas de sus disposiciones limitan la reparación en forma injusta por lo que permiten planteos de inconstitucionalidad.

Comentarios Jurisprudenciales

RESPONSABILIDAD DEL ODONTÓLOGO

Intervención quirúrgica de liberación de caninos retenidos a una joven de 17 años sin los estudios médicos adecuados. Inexistencia de urgencia. Consentimiento informado "verbal". Procedencia de la demanda de daños.

Con nota de Mariano Gagliardo

1. — El odontólogo demandado debe responder por los daños derivados de la intervención quirúrgica realizada a una joven de 17 años para liberar los caninos retenidos, pues la pericia fue contundente al señalar que el procedimiento no ha sido el correcto, ya que no se le solicitó a la paciente una tomografía axial computada para localizar las piezas retenidas y, al no haberse hecho un diagnóstico por imágenes adecuado, las piezas dentales no fueron ubicadas en forma exacta y la operación se realizó por el labial (vestibular) cuando debía realizarse por el paladar.

2. — No se encontraba el odontólogo tratante frente a una urgencia. Ni siquiera se trataba de un acontecimiento imprevisto, sino de una intervención programada, tal como explica la perito odontóloga, no existiendo argumento alguno que resulte válido para avalar haber realizado la intervención sin contarse con los estudios necesarios. Descartada la urgencia, lo cierto es que una buena práctica profesional en este sentido aconsejaba si no se contaba con todos los elementos necesarios para llevarla a cabo, que efectivamente no fuera realizada.

3. — El carácter de urgencia de una intervención no se relaciona con el sujeto llamado a intervenir, sino que debe determinarse de modo objetivo en virtud del tipo de atención que requiere el paciente. No puede hablarse así de una determinación de la urgencia de tipo subjetivo, que atienda la forma en que el profesional se vincula con el procedimiento que realiza. Mucho menos de una intervención a que el galeno se hubiere encontrado obligado en virtud de ningún mandato legal u obligación de ninguna especie, tal como lo entiende la obra social, al sostener que la participación del demandado resulta equiparable con las primeras atenciones que presta un médico que presencia un accidente de tránsito.

4. — El consentimiento informado resulta obligatorio a tenor de lo dispuesto por los arts. 5° y 6° de la ley 26.529, encontrándose expresamente incluidas las intervenciones quirúrgicas en las excepciones al consentimiento verbal, de conformidad con lo que surge del inc. b) del art. 7° de la normativa citada. En ese marco normativo, la única manera de acreditar en debida forma el cumplimiento de ese requisito legal ineludible era su instrumentación por escrito, lo que le resultaba exigible al demandado, por ser el profesional que llevó adelante la práctica. El hecho de que esa forma de proceder no fuera práctica habitual en el servicio de que se trata, no puede ser atendido, ya que no puede ampararse el galeno en la invocación de una costumbre *contra legem* para avalar ese incumplimiento.

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:

Mala praxis del odontólogo

Componentes del daño:

Daño extrapatrimonial

Daño moral genérico: $40.000.-

Daño patrimonial

Incapacidad sobreviniente: $416.800.-

CNCiv., sala I, 16/10/2020. - G. E. M. c. A. N. L. y otros s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: AR/JUR/48312/2020]

COSTAS

Se imponen las de alzada en un 80% a las accionadas vencidas y en un 20% a la actora.

Expte. N° 11.266/2017

2ª Instancia.- Buenos Aires, octubre 16 de 2020.

¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

A la cuestión propuesta la doctora *Guisado* dijo:

I. La sentencia dictada a fs. 531/548 hizo lugar a la demanda promovida por E. M. G. contra N. L. A. y "O. S. del P de la S A", condenándolos al pago de la suma de Pesos Seiscientos Cuarenta y Tres Mil Doscientos Pesos ($643.200) con más los intereses e hizo extensivo el pronunciamiento a "S. M. SA", en la medida del seguro. Por otro lado, rechazó la pretensión entablada contra "OPSA" y su citada en garantía "SMG C. A. de S. SA". Por último, el sentenciante impuso las costas del juicio a las codemandadas vencidas.

Contra ese fallo se alza el codemandado A., quien expresó agravios el 15 de septiembre de 2020, fundamentos a los que se adhiere "S. M. SA", los que fueron contestados el 25 de septiembre y el 1° de octubre; la "O. S. del P de la S A", hizo lo propio en virtud de los fundamentos esgrimidos el 14 de septiembre, contestados el 21 de septiembre y el 28 de septiembre; y, por último, "O. P. SA" motivó su recurso mediante la presentación del 9 de septiembre, que ameritó la respuesta enviada electrónicamente el 21 de septiembre.

Para un adecuado tratamiento de la cuestión, entiendo necesario hacer un relato pormenorizado de los hechos que conforman la plataforma fáctica por la que aquí se reclama.

Según surge de la narración formulada en el escrito inicial, el 11 de enero de 2013, la Dra. I. G., odontóloga especialista en ortodoncia, atendió a la accionante en los consultorios de la O. S. del P de la S A, ubicados en la calle ... de esta ciudad. En esa oportunidad, le informó que sus caninos superiores 1.3 y 2.3 eran de leche y que los definitivos se encontraban detenidos en el paladar superior, motivo por el que la derivó con el Dr. D., cirujano del mismo consultorio odontológico.

De acuerdo a lo que allí se describe, el 15 del mismo mes y año, realizó una consulta con dicho cirujano, quien que le explicó que debía someterse a una intervención quirúrgica para liberar los caninos retenidos. Este profesional le detalló que ello debía realizarse a través de dos incisiones en el paladar superior, ocasión en la cual colocaría sendos botones en los dientes para que posteriormente se pudieran enganchar los brackets con los cuales serían traccionados los caninos hasta su ubicación regular.

Se narró que luego de autorizar la orden por parte de la O. S. del P de la S A, el 11 de junio se presentó al consultorio a fin de que se realizara la cirugía, pero que una vez allí le informaron que el Dr. D. ya no formaba parte del plantel profesional y que la intervención la realizaría el demandado N. L. A. Según sus propios dichos, este profesional le explicó que la operación consistiría en dos incisiones por debajo del labio superior, en las encías, y que no existían prácticamente riesgos pues era una operación sencilla, por lo que omitió así dar cabal cumplimiento con el consentimiento informado para realizar la cirugía.

Afirmó la Sra. G. que luego de un tiempo prolongado de haber comenzado la cirugía, el demandado solo pudo liberar el canino 1.3 y tuvo que pedir autorización para continuar con la operación pues no había podido liberar el canino 2.3, que se encontraba recubierto por el hueso. La actora sostuvo que el cirujano realizó negligentemente las incisiones y desgaste de la tabla vestibular de dicha zona y, como consecuencia, afectó el primer premolar (2.4), comprometiendo seriamente su vitalidad y permanencia en la boca. Relató que ante el sufrimiento que había padecido, rechazó el pedido de autorización referido, de modo que el cirujano procedió a colocarle cemento quirúrgico, corticoides, antiinflamatorios y antibióticos, dando así por terminada su labor, por lo que la peticionaria se fue a su domicilio, con profundo dolor.

Conforme a su descripción de los hechos, al día siguiente la accionante concurrió nuevamente a los consultorios, donde fue atendida por la Dra. G., quien retiró la pasta quirúrgica y le colocó el botón y la ligadura al arco del canino 1.3 liberado, no pudiendo proceder del mismo modo sobre el canino 2.3, dado el estado en que se encontraba la actora y los riesgos de perder piezas dentales. Por ese motivo, decidió hacer una interconsulta con el Dr. V., que la examinó el 19 de junio del mismo año. Señaló que este intentó suturar la herida que había quedado abierta, pero no pudo hacerlo y, que si bien insistió en continuar con la operación, la accionante se negó ante el dolor y miedo que le había generado con anterioridad el demandado A.

Con posterioridad, el 20 de noviembre del mismo año, refirió haber realizado otra consulta con el Dr. G., director de la clínica "ODEM", perteneciente a "OPSA", quien decidió sacar el bracket y cortar el alambre de ligadura. Agregó que durante el año 2014 continuó el tratamiento en dicha clínica hasta que el 12 de mayo de 2015 el Dr. P. realizó la exodoncia de ambos caninos superiores (1.3 y 2.3) con anestesia general en el Centro Gallego de esta ciudad. Refirió que luego de esta última internación, continuó el tratamiento de ortodoncia con supervisión de la Dra. G., pero expuso que todo lo sufrido provocó que las piezas dentales superiores se torcieran y se deformara su boca, además de haberle generado pérdida de peso y depresión por la situación vivida.

Endilgó al accionar del demandado la pérdida de las piezas dentales 1.3 y 2.3, la movilidad de las piezas dentales 2.4, 5.3 y 6.3 y su pérdida de vitalidad, la movilidad de las piezas 1.2 y 1.1., reabsorción de tejidos duros y blandos con alto grado de posibilidad de pérdida de la pieza dental, la deformación del rostro, su sonrisa y la afectación de la función masticatoria, estética y fonética, como así también de la membrana alveolar y, finalmente, el daño psicológico provocado.

El juez de grado luego de establecer que el obrar culposo del demandado A. debe ser analizado conforme los parámetros previstos en los artículos 512, 902 y 909 del Cód. Civil y de señalar la importancia de la pericia médica en estos casos, se dedicó a un pormenorizado análisis de dicho informe, en el que la experta en odontología designada, concluyó que aquel no

realizó un procedimiento adecuado a los fines de liberar los caninos retenidos, ya que la operación debía realizarse por el paladar y no por el labial (vestibular), tal como hizo aquel, por lo que el abordaje y la técnica empleada no fueron correctos.

El sentenciante hizo hincapié en que la perito señaló que era imprescindible contar con una tomografía axial computada para colocar con exactitud las piezas dentales retenidas y determinar así correctamente el lugar por donde se debía abordar las piezas a extraer y que, sin embargo, el médico solo contaba al momento de la intervención con una placa radiográfica, lo que culminó, en definitiva, con la exodoncia de las piezas cuya reubicación se buscaba.

En la sentencia se destaca que debido al trauma sufrido durante el acto quirúrgico en cuestión y el tiempo transcurrido entre la primera intervención de junio de 2013 y la realizada en mayo de 2015, la actora sufrió una reabsorción ósea y pérdida del ligamento periodontal irreversibles, que provocaron al tiempo del dictamen pericial el riesgo de pérdida de las piezas dentarias que allí se señalan. Por otro lado, agregó el *a quo* que tampoco cumplió el accionado con el consentimiento informado, que resulta de carácter obligatorio por ley 26.529, conforme artículos 5, 6 y 7, tal como también señaló la auxiliar designada.

En virtud de tales elementos y luego de descartar la justificación ensayada por el demandado sustentada en lo inesperado de su intervención, dado que le era exigible que llevara adelante la práctica solo en caso de contar con los estudios necesarios, hizo lugar a la demanda en su contra, como así también contra la obra social, con fundamento, en este caso, en la obligación tácita de seguridad que surge del principio general de buena fé (art. 1198, primer párrafo, del Cód. Civil), por ser aquel profesional dependiente suyo.

Por otro lado, rechazó el reclamo dirigido contra "OPSA" ya que del informe pericial no surgió vinculación causal alguna de las prestaciones brindadas por los profesionales dependientes de esta sociedad demandada con el daño reclamado, como así tampoco obrar médico negligente que les fuera imputable a estos.

Contra esa decisión se alza "O. S. del P de la S A", quien objeta la responsabilidad que se le atribuye y la que se le adjudica a A., como así también que se haya exonerado a "Odontología Personalizada SA". Cuestiona, asimismo, lo resuelto respecto a los rubros que componen la cuenta indemnizatoria.

Por su lado y con algunos argumentos en común y otros distintos, el médico codemandado A. —con adhesión de su aseguradora "S. M. SA"—, critica la responsabilidad que se le endilgó. En su memorial se queja también de que se le hayan impuesto las costas por el rechazo de la demanda contra "OPSA", de la procedencia y cuantía de los rubros admitidos y de la tasa de interés aplicada.

Por último se cuenta con el reproche de "OPSA", en virtud de la imposición a las accionadas vencidas de las costas generadas por su intervención.

II. Ante todo cabe destacar que por imperio del art. 7 del nuevo Código, la normativa aplicable para el tratamiento de las quejas relativas a la responsabilidad resulta aquella vigente al tiempo de la ocurrencia del hecho. Ello es así porque es en esa ocasión en la que se reúnen los presupuestos de la responsabilidad civil, discutidos en esta instancia (conf. Aída Kemelmajer de Carlucci, "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes", ed. Rubinzal Culzoni, doctrina y jurisprudencia allí citada).

III. Comenzaré por abordar las quejas relativas a la responsabilidad, por la incidencia que ello tiene en el tratamiento de los demás agravios.

La "O. S. del P de la S A" critica que el juez de grado no haya valorado adecuadamente lo que resulta de las fichas odontológicas aportadas en autos, ya que se basa en el dictamen de la perito odontóloga, quien no tuvo en cuenta lo que surge de esas constancias. En prieta síntesis, le interesa destacar a la recurrente que el cirujano que debía intervenir en la liberación de los caninos era el Dr. D., quien no era dependiente suyo y que pese a que la Dra. G., encargada de la atención de la paciente, dejó asentada en dos oportunidades la necesidad de realizar una telerradiografía, no se contaba con ese elemento para el momento en que estaba programada la intervención quirúrgica.

Así, enfoca su planteo recursivo en que la intervención del Dr. A. se trató de una urgencia debida a la desvinculación del Dr. D., lo que generó el reclamo airado de la madre de la actora y la colaboración de aquel, lo que se encuentra acreditado, pero no fue debidamente valorado. Ello le sirve para postular la exoneración de este profesional, ya que la planificación de la intervención le fue ajena. Entiende que, en esas circunstancias, no se le puede imputar haber realizado la operación sin los elementos diagnósticos adecuados.

En suma, sostiene que no es posible adjudicar una mala praxis médica por la falta de un estudio que debió ser requerido por los otros profesionales que atendían a la actora y con quienes aquella acordó el tratamiento. Este motivo le sirve también para requerir que se haga "extensiva" la condena a "OPSA", ya

que fue la entidad que tuvo a su cargo la planificación integral del tratamiento y quien programó la cirugía.

Por último, entiende que el abordaje quirúrgico del médico demandado fue el adecuado en virtud de la información con la que contaba, razón por la cual impugnó el informe pericial, que se basó en estudios practicados con posterioridad al hecho, con los que no contaba el médico tratante. Por ello, según su criterio, la pericia resulta injusta, por lo que requiere la intervención del Cuerpo Médico Forense, para que este se expida sobre sus impugnaciones, atento a que la perito mantuvo su criterio "a toda costa" (sic).

Por su parte, el codemandado A. —con adhesión de su aseguradora "S. M. SA"— considera que el sentenciante arribó a una conclusión arbitraria al momento de condenarlo por el hecho debatido, ya que se basó en la pericia, pero no compatibilizó lo que surge de allí con los demás medios probatorios aportados. Argumenta que los daños que se le adjudican en la sentencia son producto de tratamientos e intervenciones llevados adelante con posterioridad y por otros profesionales, lo que se encuentra ampliamente documentado. En virtud de ello, descarta que exista relación causal entre los daños y su intervención.

Reprocha, según su propia terminología, el marco normativo vinculado al consentimiento informado que tuvo en cuenta el juez de grado. Pese a ello, esta queja se vincula en un primer momento, con que el consentimiento informado debió haber sido realizado por los médicos de la paciente, esto es, los Dres. G. y D. Arguye que eran estos quienes debían explicar a la actora los alcances y riesgos de la intervención y señala que incluso se cuenta con la declaración testimonial de la primera, que se expide sobre su cumplimiento. De acuerdo a su postura la instrumentación escrita del consentimiento informado le debió ser requerida al Dr. D. y no a él. Aun así, luego afirma haber explicado verbalmente el procedimiento a la Sra. G. y justifica no haberlo puesto por escrito en que no es habitual hacerlo en ese tipo de intervención odontológica "como norma del servicio". Finaliza este punto invocando doctrina que afirma que la falta de consentimiento informado se trata de un extremo que debe ser probado por quien lo invoca.

Luego, critica la errónea valoración de las pruebas en torno a la indicación quirúrgica, en particular, la pericia médica. Considera que este informe no se encuentra debidamente fundado, lo que se puede verificar a partir de su confrontación con la prueba documental. Sostiene que un correcto análisis de la historia clínica permite descartar la relación de causalidad establecida por la perito y de la que el juez se hizo eco. Concluye que el informe es únicamente una opinión subjetiva de la experta.

Por último, cuestiona el rechazo de la demanda dirigida contra "OPSA" con argumentos similares a los que expuso la Obra Social, consistentes en que esta entidad fue la responsable por el diseño integral del tratamiento al que debía someterse la actora. Entiende que incluso debe ser declarada responsable por la imposibilidad de que D. interviniera en la práctica programada, ya que de ello se derivó que A. debiera ser convocado de urgencia.

Coincide también con la otra recurrente, en requerir la intervención del Cuerpo Médico Forense, solicitando que este tribunal ejerza las facultades para dictar medidas para mejor proveer que le confiere el código de rito.

Ahora bien, por cuanto comparto el encuadre jurídico del caso efectuado por el colega de grado en el pronunciamiento bajo análisis, me remito a lo que de allí surge, a fin de evitar repeticiones innecesarias.

Sentado ello, resulta necesario atender en primer lugar el reproche consistente en la calificación de la intervención del médico demandado A. como una urgencia, por cuanto si nos encontráramos frente a ese supuesto, ello podría modificar —en principio y de acuerdo a las circunstancias concretas del caso— los alcances de los recaudos que le hubieren resultado exigibles al galeno en la oportunidad.

Las recurrentes señalan que el Dr. D. se desvinculó de "OPSA" con anterioridad a la fecha programada para la intervención quirúrgica, lo que motivó el escándalo de la madre de la accionante —del que dan cuenta las declaraciones testimoniales de fs. 475/476 y 479/480—, y que fue por dicho motivo que el médico demandado A. llevó adelante ese proceso, ante el pedido de la jefa de servicio, tal como puede apreciarse de lo que surge de la ficha odontológica obrante a fs. 34, adjuntada también por la "O. S. del P de la S A" a fs. 292.

Pues bien, dados los términos en que la cuestión quedó establecida resulta claro que, en modo alguno, puede considerarse la situación descripta como una urgencia y mucho menos que ello sirva para justificar llevar adelante un procedimiento como el que aquí se evalúa sin contar con todos los estudios que debieran permitir al profesional interviniente contar con las herramientas necesarias para fijar un tratamiento adecuado a la fisonomía de la paciente y explicárselo luego adecuadamente —lo que implica indicar con precisión los riesgos y detalles de la práctica—, de modo que pudiera tomar esta una decisión informada, con un conocimiento de los alcances de someterse a un procedimiento de la especie.

Reitero, no se encontraba el odontólogo tratante frente a una urgencia. Ni siquiera se trataba de un acontecimiento imprevisto, sino de una intervención programada, tal como explica la perito odontóloga (ver fs. 381 vta., respuesta 13 y fs. 435, cuarto párrafo), no existiendo argumento alguno que resulte válido para avalar haber realizado la intervención sin contarse con los estudios necesarios. El carácter de urgencia de la intervención no se relaciona con el sujeto llamado a intervenir, sino que debe determinarse de modo objetivo en virtud del tipo de atención que requiere el paciente. No puede hablarse así de una determinación de la urgencia, tal como pretenden las apelantes, de tipo subjetivo, que atienda la forma en que el profesional se vincula con el procedimiento que realiza. Mucho menos de una intervención a que el galeno se hubiere encontrado obligado en virtud de ningún mandato legal u obligación de ninguna especie, tal como lo entiende la obra social, al sostener que la participación de A. resulta equiparable con las primeras atenciones que presta un médico que presencia un accidente de tránsito.

Pues bien, una vez desechado el particular carácter bajo el cual pretendió resguardarse la intervención del galeno, a fin de justificar la falta de requerimiento de los estudios adecuados, debo señalar que, según mi criterio, la postura procesal adoptada por la obra social, a tenor de los términos de su contestación de demanda (ver fs. 207/212) y de lo que sostuvo en esta instancia, no puede llevar sino a concluir en que se trata de una verdadera admisión de responsabilidad, ya que, en definitiva, se justifica el abordaje quirúrgico en función de la información con la que contaba el médico que, como veremos a continuación, resultó insuficiente.

En este sentido resulta determinante lo que manifiesta la obra social en esta instancia al insistir con la forma en que debe interpretarse la actuación del galeno: "para el Dr. A. si se trató claramente de una urgencia... Sostiene mi parte que no puede evaluarse la actividad de un profesional (especialmente si su intervención debe considerarse de urgencia, como se explicó en el primero de los agravios desarrollados), sobre la base de estudios que no estuvieron a su disposición en el momento de la práctica. Sostuvo mi parte en los pedidos de aclaraciones al perito odontólogo actuante, que el abordaje vestibular elegido por el Dr. A. resultaba el adecuado en función de la información que resultaba del único elemento que le fuera proporcionado: una radiografía panorámica previamente realizada a la paciente".

Ese fundamento resultaría suficiente por sí mismo para desestimar el cuestionamiento de la obra social demandada, pues descartada la urgencia lo cierto es que una buena práctica profesional en este sentido aconsejaba si no se contaba con todos los elementos necesarios para llevarla a cabo, que efectivamente no fuera realizada. Pero, al margen de ello, y con un criterio amplio, me dedicaré en lo que sigue a tratar las objeciones tanto de esa parte como del médico actuante, con sustento en que la intervención de este fue realizada de conformidad con la lex artis de su especialidad.

Como puede verse, lo que resulta dirimente, entonces, para resolver la cuestión traída a conocimiento de este tribunal era si resultaba necesario contar con otros estudios distintos a los que le fueron facilitados al Dr. A. Pues de ser así —como ya dijera—, dada la inexistencia de obligación legal que le hubiere impuesto actuar —tal como quedó sentado precedentemente—, contaba el profesional con la posibilidad de negarse a llevar adelante la operación y resultaría improcedente ampararse en la ausencia de tales elementos para desligarse de responsabilidad.

Con ese objeto resulta necesario dedicarse al estudio de la pericia odontológica practicada por M. A. J. G., llevada a cabo luego de la revisación de la accionante y contando para ello con las fichas odontológicas y con la radiografía panorámica que requirió (fs. 361).

La experta fue contundente al señalar que el procedimiento no ha sido el correcto, ya que no se le solicitó a la paciente una TAC (tomografía axial computada), para localizar las piezas retenidas. Indicó en ese sentido que "es de vital importancia localizar con exactitud la ubicación de las piezas retenidas para determinar el lugar por donde se va a abordar la pieza a extraer (ver fs. 376, quinto párrafo) y que "al no haberse hecho un diagnóstico por imágenes adecuado, conforme lo antes indicado, las piezas dentales retenidas no fueron ubicadas en forma exacta (fs. 376, anteúltimo párrafo) —su informe puede consultarse aquí—.

La experta fue clara, además, al señalar que "ante la detección de la retención, existen básicamente tres actitudes a seguir: abstención, exodoncia o recolocación del diente retenido en la arcada, mediante procedimientos quirúrgicos-ortodóncicos" y que "para decidir el camino a seguir con el diente retenido, se deben evaluar las ventajas y desventajas que producirían cada una de estas actitudes, las que estarán relacionadas principalmente con: la angulación que presente, profundidad en el hueso maxilar, morfología radicular, posibilidad de reabsorción de dientes adyacentes" y que la "recolocación implica una acción ortodóncica-quirúrgica" (fs. 377, primer, segundo y quinto párrafos).

Al ser preguntada por la obra social si la técnica empleada por A. fue correcta, la profesional fue ter-

minante al indicar que "según los estudios tridimensionales las piezas estaban retenidas por palatino. En ese caso el abordaje se debe realizar por el paladar. En el caso de marras el abordaje se realizó por labial (vestibular). Consecuentemente, el abordaje y la técnica empleada no fueron correctos..." (fs. 379, primer a cuarto párrafos), para finalizar señalando, cuando se le requirió que explique las razones que impidieron movilizar adecuadamente el canino de la accionante que "no se realizó un correcto diagnóstico, ni se realizaron los estudios correspondientes que permitieran localizar la retención y así planificar correctamente el acto quirúrgico, y por ende realizar un correcto abordaje de la pieza" (fs. 379, antepenúltimo párrafo), concluyendo que la atención odontológica brindada a la accionante no fue llevada a cabo conforme a la especialidad (fs. 380, respuesta al punto 11).

Las impugnaciones de la Obra Social (fs. 392/395) y del médico demandado (fs. 402/405), fueron correctamente evacuadas por la experta a fs. 418/421 y 434/435, donde aclara con suficiencia argumental las razones por las que la intervención no puede ser considerada una cirugía de urgencia —tal como ya fuera puesto de manifiesto precedentemente— y la necesidad absoluta de contar con una TAC para localizar de manera precisa las piezas retenidas y así efectuar el abordaje correcto. Este aspecto del informe pericial resulta a mi criterio debidamente fundado y no encuentro que quienes lo cuestionaron hayan aportado argumento válido alguno para apartarme de sus conclusiones, por lo que habré de estar a sus términos, de conformidad con lo establecido por el art. 477 del Cód. Procesal.

En ese marco de consideración resulta innecesaria la reapertura del trámite probatorio ante esta alzada a fin de que intervenga el Cuerpo Médico Forense, tal como postulan las apelantes, máxime porque las cuestiones que sirvieron de sustento a sus impugnaciones al dictamen en la instancia de grado, han recibido adecuado tratamiento en este voto.

Ahora bien, sin perjuicio de que entiendo que en el caso no resulta el argumento principal para decidir, no puedo dejar de señalar que, contrariamente a lo que indica el codemandado A., el consentimiento informado resulta obligatorio a tenor de lo dispuesto por los artículos 5 y 6 de la ley 26.529, encontrándose expresamente incluidas las intervenciones quirúrgicas en las excepciones al consentimiento verbal, de conformidad con lo que surge del inc. b del art. 7 de la normativa citada. En ese marco normativo, la única manera de acreditar en debida forma el cumplimiento de ese requisito legal ineludible era su instrumentación por escrito, lo que le resultaba exigible a él, por ser el profesional que llevó adelante la práctica. De más está decir que el hecho de que esa forma de proceder no fuera práctica habitual en el servicio de que se trata, no puede ser atendido, ya que no puede ampararse el galeno en la invocación de una costumbre contra legem para avalar ese incumplimiento.

Por último, deben también descartarse los argumentos que se esgrimen para que se revoque la exoneración de responsabilidad de "OPSA", a quien se endilga la planificación integral y organización del tratamiento brindado a la paciente, ya que esa argumentación no fue introducida por las recurrentes al momento de contestar demanda como una defensa concreta (ver fs. 182/206 —a la que se adhiere su aseguradora a fs. 255 vta.—, punto IV y fs. 207/212), más allá de una escueta referencia de A. y de la Obra Social al contestar el emplazamiento de ley, relativa a que el tratamiento de la actora estaba a cargo de "OPSA" (ver fs. 188 vta., punto a, primer párrafo y 210 vta., punto a). Es que al margen de esa breve alusión, las defensas esgrimidas estuvieron dirigidas, en lo sustancial, a respaldar el abordaje quirúrgico del médico tratante, a hacer foco en que este fue realizado con los estudios que se contaban, y a calificar de urgencia su intervención, de donde se extraía la innecesariedad del consentimiento informado.

Por ello, al no ser una cuestión sometida a debate en la etapa postulatoria, no pueden pretender las apelantes su introducción a esta altura del proceso.

Es que no corresponde apartarse de una directiva esencial del Código de rito ligado estrechamente a las garantías constitucionales de la defensa en juicio y del debido proceso, como es la que expresa que es un deber de los jueces fundar toda sentencia definitiva o interlocutoria bajo pena de nulidad, respetando la garantía de las normas vigentes y el principio de congruencia (art. 34 pto. 4 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación) el que se encuentra conceptualizado en el art. 163 inc. 6 del citado Código al establecer que la sentencia definitiva deberá contener: "la decisión expresa de conformidad con las pretensiones deducidas en el juicio calificadas según corresponda por ley" (conf. CNApel. Civ. y Com. Federal, Sala II, Expte. 4489/99 del 22/11/2008).

De allí también que el juez al dictar sentencia únicamente deba atenerse a las alegaciones de hecho y las peticiones formuladas por las partes en sus postulaciones iniciales, de modo tal que, como consecuencia del principio dispositivo, le está limitada la posibilidad de verificar la existencia de hechos no afirmados por ninguno de los litigantes, así como el esclarecimiento de los hechos afirmados por una de las partes y expresamente admitidos por la contraria (Palacio, Lino Enrique, "Manual de derecho procesal civil", 12° ed. Actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 65).

No cabe más, entonces, que desestimar la defensa aludida, ya que no fue esgrimida en la oportunidad procesal oportuna.

Sentado ello y aunque no resulta estrictamente necesario a esta altura para resolver el entuerto, entiendo necesario realizar dos precisiones. La primera, se relaciona con la imputación a "OPSA" en función de la ausencia del Dr. D. para llevar adelante el procedimiento en cuestión que deriva, de acuerdo a su muy particular interpretación, en su responsabilidad al haber desembocado en la participación del Dr. A. Pues bien, parece aquí confundir la representación letrada del odontólogo demandado lo que resultan las condiciones que forman parte de la cadena causal que termina con un resultado determinado, en este caso, los daños provocados por la intervención a la que fue sometida la Sra. G., con la causa adecuada del hecho sometido a análisis que, en el caso, fue el obrar del propio accionado A. La segunda es la manifiesta improcedencia del intento de la parte actora para que también se condene a "OPSA", lo que puede advertirse cuando se pliega a los argumentos esbozados en ese sentido por las accionadas vencidas, cuando no recurrió la sentencia aquí tratada, por lo que se trata de un intento por suplir esa omisión, que no puede ser admitido.

Por los argumentos expuestos, propongo al Acuerdo confirmar este aspecto de la sentencia y rechazar así los planteos recursivos bajo estudio.

IV. Para indemnizar el reclamo por "incapacidad psicofísica" el colega de grado fijó la suma de Pesos Quinientos Sesenta Mil ($560.000). Lo decidido respecto a este rubro fue cuestionado por ambos demandados vencidos y por la aseguradora del médico que se adhirió a sus agravios.

La Obra Social sostiene que al momento de establecer la relación causal entre el hecho y el daño y adjudicarle la suma en cuestión, no se valoró en la sentencia que la actora no contaba con una dentadura sana, ya que la Dra. G. dejó constancia de la existencia de caries y períodontitis. Esgrime también que la movilidad en el premolar 2.4 era preexistente a la cirugía, tal como surge de lo asentado por la Dra. G. en su ficha odontológica y que las piezas 5.3 y 6.3 que tanto la pericia como el fallo recurrido consideran afectadas por pérdida de soporte óseo y de vitalidad por la cirugía realizada, se trata de los caninos superiores temporarios y, por lo tanto, destinados naturalmente a caerse.

Asimismo, destaca que el juzgador haya considerado que la "movilidad abierta" se trata de un daño a resarcir, cuando ello se trata de un error de tipeo de la perito, ya que aclaró luego que allí quiso referirse a "mordida abierta". En cuanto a esto, de todos modos, indica que se trata de trastornos preexistentes a la cirugía, ya que en el examen odontológico se verificó gingivitis pronunciada y bolsa períodontal con sangrado al sondaje, lo que implicaba grave riesgo de pérdida. Señala, también, que el 40,8% atribuido como incapacidad por la experta, lo es con relación al 20% de la total obrera que se le asigna en el baremo que decidió aplicar.

Por último, objeta que se haya valorado el dolor manifestado por la actora para adjudicar daño psicológico y daño moral, cuando dicho extremo no tiene respaldo documental alguno. Cabe aclarar aquí que lo relativo al "daño moral" será motivo de tratamiento en el apartado siguiente.

Por otro lado, el codemandado A. se adhiere a los fundamentos esgrimidos por aquella. Agrega para cuestionar la procedencia y cuantía del rubro que la cuestión debe abordarse desde una eventual pérdida de chance, ya que no puede garantizarse el éxito de un tratamiento de la especie. Entiende que, en todo caso, resulta necesario discriminar el aporte causal de su conducta al resultado actual de la paciente y cuáles fueron provocados por los demás tratamientos posteriores a su intervención. Insiste aquí con la falta de relación causal entre las piezas dentarias y su actuación.

En su dictamen la perito odontóloga dictaminó que la actora sufrió la pérdida de los Caninos Superiores Derecho e Izquierdo (piezas 1.3 y 2.3), que tiene movilidad en primer premolar superior izquierdo (2.4) y pérdida de vitalidad, por lo cual es muy probable que sufra la pérdida de dicha pieza, que las piezas 5.3 y 6.3 (caninos superiores temporarios), carecen de soporte óseo y de vitalidad por lo cual es muy probable que se pierdan, que las piezas 1.1 y 1.2 (incisivo central superior derecho e incisivo lateral superior derecho), presentan reabsorción radicular y de tejido de soporte, lo cual le da una alta probabilidad de pérdida y que posee mordida abierta lo que ha ocasionado deformidad del labio. Concluyó que las funciones masticatoria, estética y fonética se encuentran disminuidas (ver fs. 375).

Consideró que la reabsorción ósea y la pérdida del ligamento períodontal no son reversibles y fueron ocasionados por el trauma sufrido durante el acto quirúrgico, y por el tiempo transcurrido entre junio de 2013 y mayo de 2015, fecha en la que se realizó la exodoncia de ambos caninos.

Señaló que las siguientes piezas tienen riesgo de pérdida: primer premolar suprior derecho (1.4), canino superior derecho temporario (5.3), incisivo lateral superior derecho (1.2), incisivo central superior derecho (1.1), incisivo central superior izquierdo (2.1), incisivo lateral superior izquierdo (2.2), canino superior

izquierdo temporario (6.3) y primer premolar superior izquierdo (2.4) (ver fs. 374 vta./375).

Asimismo, tal como surge de lo explicado a fs. 372, anteúltimo párrafo por la perito odontóloga y puede verificarse a partir de la constancia obrante a fs. 62, el 12 de mayo de 2015 se realizó finalmente la exodoncia de ambos caninos retenidos, previa realización de una tomografía axial computada, bajo anestesia general en el Centro Gallego. También dejó constancia la experta en su informe que se vio obligada a interrumpir el examen varias veces en virtud del estado de angustia de la actora, que requirió su contención en reiteradas oportunidades.

En suma, la perito resultó contundente al atribuir las secuelas enunciadas precedentemente al trauma sufrido producto de la operación y ningún argumento sólido en sentido contrario se aportó en la etapa probatoria al impugnar la pericia que pueda llevar a sostener lo contrario. Se insiste ante esta alzada con la posibilidad de adjudicar los daños a tratamientos posteriores y se requiere el deslinde del aporte causal de cada profesional a las secuelas en cuestión, pero lo cierto es que no se aportó ningún elemento mínimamente robusto que permita determinar la seriedad de ese cuestionamiento. Tampoco resulta procedente valorar aquí los daños en términos de pérdida de chance, por cuanto lo que aquí se cuestiona es el daño efectivamente causado por la acción del demandado.

Sin embargo, entiendo que hay tres cuestiones en las que asiste razón a los recurrentes. Por un lado, no puede más que coincidirse en no resulta indemnizable la pérdida del canino superior derecho temporario (5.3) y canino superior izquierdo temporario (6.3), por cuanto dichas piezas dentarias están destinadas a desaparecer incluso a una edad mucho más temprana a la que tenía la accionante a la fecha del hecho.

En segundo lugar, en cuanto a la movilidad del primer premolar superior izquierdo (2.4), la odontóloga tratante ya había dejado constancia que esa pieza tenía "algo de movilidad" desde antes de la intervención que aquí se estudia (ver fs. 285), de manera que no hay modo de establecer con claridad la relación causal entre el obrar de A. y ese hecho.

En tercer lugar, debe señalarse que al fijar el porcentaje de incapacidad la perito incurrió en algunas imprecisiones. Véase que luego de explicar que tomó en cuenta el Baremo del Dr. Bertini Pagliera que otorga un 20% de la total obrera por pérdida total de piezas dentarias permanentes y de adjudicar un porcentaje individual por disminución en cada función para establecer el grado de incapacidad sobreviniente, de acuerdo al detalle que explica, concluyó en que esta presenta una incapacidad permanente odontológica del 40,8% de la total obrera, lo que resulta de aplicar la suma de los porcentajes aludidos (que totalizan 204%) y multiplicar ello por el 20% de la incapacidad odontológica. Pues bien, ese porcentaje no solo resulta exagerado, sino que excede el límite marcado por el propio baremo. La explicación ensayada por la experta a fs. 410 vta. no aporta mayor claridad a la cuestión.

En función de ello, teniendo en cuenta que la imprecisión apuntada no puede constituir un escollo para fijar la suma de que aquí se trata y que, en definitiva, los porcentajes indicados por los peritos constituyen una pauta de orientación que debe ser ponderada por la magistrada interviniente teniendo en cuenta la efectiva incidencia de las secuelas de que se trata en la vida de la damnificada y, en este caso en particular, en virtud del rubro bajo estudio, en tanto representen indirectamente un perjuicio patrimonial para la víctima o impliquen una minusvalía que comprometa sus aptitudes laborales y la vida de relación en general y, de ese modo, frustren posibilidades económicas o incrementen sus gastos futuros, se tomará en forma parcial el porcentaje informado en virtud de las secuelas que se excluyen —de acuerdo a lo ya explicado— y considerando, claro está, la proporción que eso debe guardar con las que sí deben valorarse, como así también su relación con el límite del 20% previsto en el baremo en cuestión.

También deben ponderarse en este acápite a fin de analizar la cuantía fijada, los hallazgos de la profesional designada para entender sobre las posibles secuelas de orden psicológico. La licenciada interviniente, luego de llevar a cabo la entrevista y los test de práctica concluyó que la actora padece "síndrome psiquiátrico coherente (trastorno por estrés postraumático), relacionado directamente (deformación dentadura) con el evento de autos, que ha ocasionado una disminución en las aptitudes psíquicas previas (incapacidad) y que está jurídicamente consolidado (fs. 450 *in fine*), por la que adjudicó un 15% de incapacidad de carácter permanente. Ninguna de las impugnaciones efectuadas (ver fs. 481/483 y fs. 485) logró mostrar algún argumento que lograra invalidar el informe, que la experta ratificó al contestarlos (ver fs. 487/491 y 496/498), no encontrando así argumento para apartarme del porcentaje propuesto.

Sentado ello, entiendo adecuado para la fijación de esta partida determinar una suma que represente la disminución de la aptitud de la damnificada para realizar actividades productivas o económicamente valorables como consecuencia del accidente, tal como ya expliqué. En este sentido comparto el criterio que esta Sala viene acudiendo hace tiempo como pauta orientativa a cálculos matemáticos para tal determinación, si bien tomando los valores que arrojaran los mismos como indicativos, sin resignar las facultades

que asisten al órgano judicial para adecuarlos a las circunstancias y condiciones personales de la damnificada, de modo de arribar a una solución que concilie lo mejor posible los intereses en juego.

He descartado por ejemplo multiplicar los ingresos de la víctima por el número de años, con sustento en que tal cálculo soslaya que sumar directamente cada uno de los importes —aún parcialmente— que se devengarían como salarios, importa ignorar que al fijarse la indemnización en una prestación única y actual, tal procedimiento conducirá a un enriquecimiento ilegítimo en beneficio de la víctima que lesiona el principio sentado en el art. 1083 del Cód. Civil (Fallos: 322:2589), esta Sala Expte. 54613/99 del 14/06/1997, entre otros).

Del mismo modo he desechado el temperamento de computar un valor al punto de incapacidad pues ese método se desentiende de las circunstancias de la víctima que sumadas al grado de incapacidad, habrán de determinar la concreta existencia de secuelas y su incidencia tanto en el ámbito de su capacidad productiva como el que corresponde al desenvolvimiento familiar, social, etc. (ver por ejemplo Expte. 41090/2009 del 7 de mayo de 2015; 112748/2006 del 24 de abril de 2012; 60440/2008 del 11 de julio de 2003, entre muchos otros).

Las directrices sobre las que se asienta la nueva normativa en la materia (art. 1745, 1746) a partir de la entrada en vigencia del nuevo Cód. Civ. y Com. de la Nación orientan en tal sentido por lo que parece útil —en sintonía con esos nuevos postulados— explicitar las bases objetivas y variables en juego que se toman en cuenta para arribar a los montos indemnizatorios, más allá de que tal como señalé en el apartado II, el caso debe ser analizado aplicando la normativa de fondo anterior.

En ese orden de ideas estimo adecuado valorar que 1) la Sra. G. tenía al momento del hecho 17 años de edad (cfr. DNI que en copia obra a fs. 19), por lo que este cálculo se efectuará tomando como punto de partida el momento en que adquirió la mayoría de edad (18 años), 2) el Salario Mínimo, Vital y Móvil vigente a la fecha del hecho que ascendía a $2.875 (conf. Res. 2/2012 del Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo, Vital y Móvil), 3) una tasa de descuento que dada la actual coyuntura económica estimo razonable en un 5% anual que representaría el adelanto por las sumas futuras, equivalente a las que se podría obtener de una inversión a largo plazo, 4) como así el período a computarse que estaría dado hasta la edad productiva (75 años) y 5) los porcentajes de incapacidad aludidos, con las salvedades efectuadas precedentemente en cuanto a la incapacidad en la esfera física.

Pues bien, teniendo en cuenta esas variables, entiendo que la suma reclamada en la demanda luce adecuada a los fines de establecer la indemnización por este ítem, por lo que propongo al Acuerdo reducir la fijada en la sentencia a Pesos Cuatrocientos Dieciséis Mil Ocho cientos ($416.800), acogiendo con este alcance los agravios de las accionadas.

V. En concepto de “daño moral” el sentenciante adjudicó Pesos Cuarenta Mil ($40.000), de acuerdo a lo peticionado por la actora en el escrito inaugural.

Los endebles argumentos esgrimidos para cuestionar este rubro por parte de la Obra Social, a los cuales se adhiere al pasar el codemandado A., lo dejan al borde de la deserción. Solo el criterio amplio que aplica este tribunal en pos de resguardar el derecho constitucional de defensa torna procedente el tratamiento de este reproche que solo consiste en la imposibilidad de verificación del dolor que sirvió de fundamento para acoger este rubro, aspecto que ha quedado descartado en el acápite precedente, a tenor de los padecimientos que atravesó la accionante a raíz del hecho de autos y de los que, además, se da cuenta con detalle en el informe psicológico, máxime si se considera la particular época de la vida de la accionante en que se produjeron las consecuencias lesivas por las que se reclama, esto es, cuando estaba cursando su último año del secundario y las molestias de las que fue víctima a raíz del estado de su rostro.

Pero si ello no se considerara suficiente y se insistiera en la tesitura defensiva, lo cierto es que también se cuenta con la declaración testimonial de su odontóloga, I. G., quien manifestó en relación a esta que “antes de realizarse la cirugía presentaba una buena predisposición para los tratamientos odontológicos y el tratamiento de ortodoncia que había comenzado... Luego de la cirugía noté en ella un cambio de actitud con respecto a la predisposición sentía miedo de tener dolor y miedo a las agujas, a la anestesia y miedo de que se le cause un dolor al atenderla” (cfr. fs. 477/478), testimonio que no ha sido objetado y que resulta suficiente para avalar los padecimientos de la actora, por los que se otorgó el monto cuestionado.

Pues bien, dado el alcance con que le incumbe entender a este Tribunal y ante la falta de agravio de la parte accionante que impide su elevación, propongo al Acuerdo desestimar las quejas en cuanto a este rubro se refieren y confirmar la partida indemnizatoria otorgada.

VI. El sentenciante dispuso que los importes fijados devenguen intereses desde la fecha del hecho de autos (11/06/2013) y hasta su efectivo pago, a la tasa que resulta de aplicar las pautas establecidas en el fallo plenario dictado por la Excma. Cámara Nacional

de Apelaciones en lo Civil con fecha 20/04/2009, en autos caratulados "Samudio de Martínez, Ladislaa c. Transporte Doscientos Setenta SA s/ daños y perjuicios", es decir, a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco Nación, con excepción de los correspondientes al tratamiento psicológico, en cuyo caso dispuso que "deberán calcularse desde la fecha de la presentación del dictamen pericial (24/04/2019, v. fs. 453) a la tasa activa antes mencionada" (cfr. fs. 546 vta., segundo párrafo).

El codemandado A. cuestiona, en general, la fecha fijada para el cómputo de intereses y, en particular, lo relativo a ello en cuanto al rubro "gastos de tratamiento psicológico" se refiere. En cuanto al primer punto señalado, sostiene que al tratarse de una relación de índole contractual, los intereses deben correr desde la mora, que en el caso está dada por la fecha de notificación del traslado de la demanda. Respecto al segundo ítem, entiende que por tratarse de un gasto futuro que todavía no ha sido erogado, los intereses deben correr desde que la sentencia quede firme.

Por otro lado cuestiona la tasa de interés en sí. Argumenta que la aplicación de la tasa activa implica un enriquecimiento indebido a favor de la víctima, ya que los montos se fijaron en el pronunciamiento cuestionado a valores actuales. En consecuencia, pide que se fije una tasa pura del 8% desde la notificación de la demanda y hasta la fecha de la sentencia en crisis.

Tal como tuve oportunidad de sostener recientemente (cfr. mi voto en autos "Solari, Laura c. Sánchez Saizar, Pablo M. y otro s/ daños y perjuicios", Expte. N° : 33.020, esta Sala, del 11/08/2020), "en cuanto al comienzo del cómputo de los intereses, tiene dicho esta Sala a partir del precedente "Gómez, Alicia c. Rojas, Francisco R. s/ daños y perjuicios" del 02/09/2008, que los intereses deben computarse desde el momento del hecho causante del daño toda vez que es allí en que se originó el perjuicio y desde el cual nace la obligación de resarcir y así habrá de decidirse en esta causa. Desde esta perspectiva tratándose de un incumplimiento contractual tal como refiere el apelante, no cabe duda que la mora quedo constituida desde el momento en que se llevó a cabo el hecho generador del daño que se reclamó, que no es otro que la oportunidad en que se le realizó el acto quirúrgico a la actora y del cual devinieron todas las consecuencias dañosas para la misma.

Este argumento resulta útil para rechazar las dos pretensiones del recurrente en cuanto al comienzo del devengamiento de los intereses. Sin embargo, y sin perjuicio de dejar a salvo mi opinión al respecto, por cuanto considero que el criterio que indiqué también resulta de aplicación para los gastos por "tratamiento psicológico", la falta de agravio al respecto me impide modificarlo, por lo que no cabe más que confirmar que los accesorios por este rubro deben calcularse desde la fecha de la presentación del dictamen pericial, tal como indicó el juez de grado.

Por último, por cuanto el sentenciante fue claro al establecer que los importes resarcitorios se fijaron a valores correspondientes a la fecha del hecho dañoso que motiva la demanda, no cabe más que concluir que el recurrente partió de una premisa falsa para construir su agravio, sellándose así la suerte adversa de su planteo recursivo.

Sin perjuicio de ello, es dable señalar que si bien el criterio sustentado en la instancia de grado, difiriere del sentado por este Tribunal (conforme autos "Aguirre, Lourdes A. c. Transporte Automotores Lanús Este SA s/ daños y perjuicios" del 17 de marzo de 2009 y sus citas; "Martínez, Eladio F. c. Díaz, Hernán R. s/ daños y perjuicios" del 15 de marzo del año 2013) tal postura resulta de aplicación para los casos en que los montos son establecidos a valores actuales al momento del dictado de la sentencia. Sin embargo, en el caso en examen, el colega de grado decidió —tal como ya referencie— proceder a fijar las sumas en cuestión a valores históricos excluyéndose así posibilidad que se produzca una incorrecta composición del capital adeudado como esgrime el apelante.

Por ende, corresponde en el caso desestimar la queja y confirmar el fallo en este aspecto.

VI. En último término, corresponde analizar las criticas introducidas por "OPSA" por la imposición de costas a los demandados vencidos respecto al rechazo del reclamo dirigido en su contra. De acuerdo a la apelante, puesto que el juez de grado aplicó el criterio objetivo de la derrota sentado por el art. 68 del Cód. Procesal, las costas derivadas de su intervención en este proceso deben ser soportadas por la parte actora. Explica la recurrente que ello motivó el pedido de aclaratoria que fue rechazado por el sentenciante. También el demandado A. requirió, por su parte, que en caso de confirmarse el rechazo de la acción contra aquella, se le impusieran las costas a la parte actora.

En respuesta a esto la accionante sostuvo que actuó sobre la base de una convicción razonable respecto del derecho invocado, derivado de la índole de la cuestión propuesta, su complejidad y las dificultades que ella presenta en los aspectos fácticos que han requerido la dilucidación del caso.

En primer lugar, debo señalar que "OPSA" carece de legitimación para el planteo recursivo intentado, tan pronto como se advierta que el modo en que se fija-

ron las costas por su intervención no le causa agravio alguno. En nada hace a su interés que estas sean soportadas por la parte actora o por las codemandadas vencidas o, al menos, ningún argumento en ese sentido fue aportado, de modo que con ese fundamento no cabe más que desestimar su queja.

Descartado ello, me dedicaré al tratamiento de la crítica que en idéntico sentido formuló el codemandado A. De los términos de las contestaciones de demanda del nombrado y de la Obra Social, surge que esta última se vale para prestar sus servicios de una infraestructura propia y de servicios contratados para la asistencia de sus beneficiarios, explicando que "en la época en que tuvo lugar la atención odontológica por la que se reclama en el presente juicio, tenía contratado los servicios de OPSA red odontológica que cuenta con numerosos consultorios", para luego señalar que "en el Centro Médico que la Obra Social posee en Saavedra 159 de Capital Federal, coexisten dos prestadores de servicios odontológicos: el brindado por profesionales integrantes del staff profesional de OSPSA y el suministrado por profesionales dependientes de la empresa OPSA (OPSA) red odontológica contratada por la Obra Social a tal fin" (cfr. fs. 183 vta. y fs. 208).

Entiendo, entonces, que resulta atendible la argumentación de la parte actora, si se valora en la especie la particular forma en que prestaban servicios ambas sociedades demandadas en tratamientos que se encontraban íntimamente vinculados y que pudieron llevar a confusión en cuanto a la identificación del sujeto contra el que debía dirigirse el reclamo, no siendo procedente que sea la víctima quien cargue con las consecuencias causídicas que ello pudo provocar.

En consecuencia, propongo al Acuerdo confirmar la imposición de costas cuestionada.

Por los argumentos expuestos voto porque 1) se reduzca a Pesos Cuatrocientos Dieciséis Mil Ochocientos ($416.800) la suma destinada para indemnizar la "incapacidad psicofísica", 2) se confirme la sentencia en todo lo demás que fue motivo de no atendibles quejas y 3) en virtud del resultado obtenido en esta instancia se impongan las costas de alzada en un 80% a cargo de las accionadas vencidas y el 20% restante a la parte actora (conf. art. 71 del Código Procesal), con excepción de las generadas por la apelación de "OPSA" que deberán ser soportadas por la recurrente perdidosa, en virtud del principio objetivo de la derrota sentado por el art. 68 del ritual.

Los doctores *Castro* y *Rodríguez* votaron en el mismo sentido y por idénticas razones que las expuestas por la doctora *Guisado*.

Por lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo que antecede, el tribunal resuelve: I. reducir a Pesos Cuatrocientos Dieciséis Mil Ochocientos ($416.800) la suma destinada para indemnizar la "incapacidad psicofísica", II. confirmar la sentencia en todo lo demás que fue motivo de no atendibles quejas, III. en virtud del resultado obtenido en esta instancia se impongan las costas de alzada en un 80% a cargo de las accionadas vencidas y el 20% restante a la parte actora (conf. art. 71 del Cód. Procesal), con excepción de las generadas por la apelación de "OPSA" que deberán ser soportadas por la recurrente perdidosa, en virtud del principio objetivo de la derrota sentado por el art. 68 del ritual y IV. de conformidad con lo dispuesto por el art. 279 del Cód. Procesal y el art. 30 de la ley 27.423, se dejan sin efecto las regulaciones de honorarios practicadas en la sentencia. Liminarmente, corresponde señalar que este colegiado ya ha tenido oportunidad de exponer —por mayoría— los argumentos que sostienen la aplicación de la nueva norma arancelaria a todos los asuntos en que no hubiera regulación de honorarios al tiempo de la modificación legislativa (conf. esta Sala, "Díaz Galaxia, Jésica y otro c. Coria Sebastián E. y otros s/ daños y perjuicios", Expte. N° 46276/2013, del 04/04/2018, ver aquí). De manera tal que se procederá de acuerdo con las disposiciones de la ley 27.423. Dicho ello, se debe ponderar la labor profesional desarrollada conforme su calidad, eficacia y extensión, la naturaleza del asunto, el monto comprometido, las etapas cumplidas, el resultado obtenido y las demás pautas establecidas en los arts. 1, 16, 20, 21, 29 y concordantes de la ley de arancel 27.423. Bajo tales premisas, se regulan los honorarios del abogado de la parte actora, Dr. Alejandro Manuel Bustamante, en la cantidad de ...uma, que al día de la fecha representa la suma de $... Igualmente, se regulan los emolumentos del abogado de la parte citada en garantía "SMG Compañía Argentina de Seguros SA", Dr. Mateo Miguel Miano; en la cantidad de ...uma, que al día de la fecha representa las suma de $... Respecto a los letrados de la codemandada "OPSA", Dres. Sebastián M. Rossi, María Magdalena Franco y Sofía Lavitola, se regulan en ...uma, ...uma y ...uma, respectivamente; que al día de la fecha representan las sumas de $..., $... y $... En cuanto a los letrados del codemandado N. L. A., Dres. Julio Roberto Albamonte y María Gabriela Paredes, se regulan la cantidad de ...uma y ...uma, respectivamente; que al día de la fecha representan las cantidades de $... y $... Respecto al letrado de Obra Social del "Personal de la Sanidad Argentina", Dr. Carlos María Interguglielmo, se regulan ...uma; que al día de la fecha representa la suma de $... Por otro lado, en lo concerniente a los letrados de la citada en garantía, "Seguros Médicos SA.", Dres. Pedro Oscar Bancoff, María Gabriela Paredes y Marco Aurelio Real, se regulan ...uma, en forma conjunta, que al día de la fecha representan la suma de $...; y los del Dr. Ernesto Eudoro Colombres Garmen-

dia en ...uma, que al día de la fecha representan ($...). En cuanto a los expertos, al considerar los trabajos efectuados y las pautas de la ley de arancel precedentemente citada junto con el art. 478 del Cód. Procesal —que permite establecer un estipendio por debajo del mínimo—, se regulan los honorarios de los peritos médico odontóloga Dra. María Alejandra Jurado Gianattasio y los de la perito psicóloga Lic. Enniko Bihar; respectivamente, en las cantidades de ...uma y ...uma, que al día de la fecha representan las sumas de $... y $... Teniendo en cuenta lo establecido en el Decreto 2536/2015 y lo dispuesto en el art. 2°) del anexo III) del Decreto 1467/2011, se fijan los honorarios de la mediadora, Dra. Andrea Lidia Álvarez, en la cantidad de ...uhom, que al día de la fecha representa la suma de $... Por la actuación en segunda instancia, atento el interés debatido en ella y las pautas del art. 30 de la ley 27.423, regúlense los honorarios del Dr. Marco Aurelio Real, en la cantidad de ...uma, que al día de la fecha representa la suma de $51.072; los de la Dr. Sebastián M. Rossi, en la cantidad de ...uma, que al día de la fecha representa las suma de $...; los del Dr. Carlos María Interguglielmo en ...uma que al día de la fecha representan $...; los de la Dra. María Gabriela Paredes en la cantidad de ...uma, que al día de la fecha representan $...; los del Dr. Alejandro Manuel Bustamante en ...uma, que al día de la fecha representan $... y los del Dr. Mateo Miguel Miano en la cantidad de ...uma que al día de la fecha representan $... El presente acuerdo fue celebrado por medios virtuales y la sentencia se suscribe electrónicamente de conformidad con lo dispuesto por los puntos 2, 4 y 5 de la acordada 12/2020 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Regístrese, notifíquese y devuélvase. Se hace constar que la publicación de la presente sentencia se encuentra sometida a lo dispuesto por el artículo 164, 2° párrafo del Cód. Procesal y artículo 64 del Reglamento para la Justicia Nacional, sin perjuicio de lo cual será remitida al Centro de Información Judicial a los fines previstos por las acordadas 15/13 y 24/13 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. — *Paola M. Guisado. — Juan P. Rodríguez. — Patricia E. Castro.*

El perfil de una obligación de resultado

Mariano Gagliardo (*)

Sumario: I. Introducción.— II. El arte de curar.— III. El caso anotado.

I. Introducción

Hoy, el ejercicio de una profesión liberal tiene una variedad de escollos, agravados por esta difícil situación social sanitaria que nos toca vivir desde el 20/03/2020. Los interrogantes son diversos, pues a la pregunta de cuándo volveremos a vivir en normalidad, y si esta será como la concebimos (?), surge otro interrogante: ¿el nivel y grado de capacitación de los profesionales es análogo al de tiempos pretéritos?, ¿o bien, empeoró? Este recurso, impuesto por las circunstancias, que proviene de las relaciones a distancia a través del Zoom, ¿soluciona todas las cuestiones de las carreras universitarias, o bien, además de significar un dispendio de energías, tal como indican los versados, los nuevos graduados tendrán la capacitación y excelencia propias de las clases presenciales? Me temo que son cuestiones que solo el futuro clarificará, mientras que los que deambulamos por ambas márgenes no hay duda de que seremos —y somos— pasibles de esfuerzos otrora impensados.

Y, en el arte de curar, ¿cuál es el estado de situación? En primer lugar, existirá una lógica situación de transición propia de las circunstancias señaladas, en las que habrá que sumar los esfuerzos, denodada y difícil capacitación de los egresados, las dificultades propias del medio, además de otros acontecimientos y contingencias que suelen presentarse. No se duda que

(*) Doctor en Ciencias Jurídicas. Miembro titular de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

muchos profesionales, en hora buena, complementarán sus estudios universitarios en institutos o universidades del exterior.

II. El arte de curar

El médico o profesional en el arte de curar es aquella persona que pone todo su empeño, saber, diligencia y los medios de que disponga para obtener la sanación del enfermo y/o del paciente, sin que pueda garantizar —obligación de resultado y sí, de medios— el logro del objetivo. Esta evidente afirmación no es reparo a que, de manera frecuente —con razón o argumentos—, se sostenga la "mala praxis", lo que conlleva a que la atribución del factor culpa, deba ser probada por quien la alega **(1)**.

Las primeras conclusiones son que: a) la sanación del paciente es un objetivo propio del profesional; b) a dichos fines, deberá utilizar los conocimientos científicos adecuados; y c) deberá proceder con la máxima eficiencia y diligencia propia que imponen las circunstancias propias del caso.

Tal es el criterio que, en líneas generales, ha sustentado la jurisprudencia en el sentido que "la obligación que asume el profesional del arte de curar es poner todo el empeño, en saber su diligencia y los medios de que disponga para obtener la curación del enfermo, sin que pueda garantizar el logro de tal objetivo" **(2)**.

El obrar individual del entonces "médico de cabecera", no solo llamado en consulta, sino que atendía de manera personal e insustituible a los pacientes, corolario de muchas circunstancias, ha sido reemplazado por la prestación médica en establecimientos asistenciales; esta vía ha motivado lo que se da en llamar "medicina prepaga", cuyas bondades o errores no es del caso señalar, si bien posibilitan afrontar tales contingencias las enfermedades humanas y su diversidad de tratamientos. Permiten, asimismo, que los individuos o pacientes accedan a la solución o atenuación de padecimientos que las remuneraciones profesionales y los respectivos paliativos, resultan excesivamente onerosos. Antes, la libertad se sustentaba en la elección del médico; determinación y consenso del referido profesional del lugar de atención; tratamiento a seguir y suministro de medicamentos, etcétera.

Las transformaciones de la modernidad profundizaron las mutaciones. En la actualidad —y esta viene de hace tiempo—, la medicina ha alcanzado un nivel de especialización y elevada complejidad que la convierten en más costosa. El instrumental y máquinas de salud tienen un alto grado de sofisticación, no accesible para toda la población. Alarmante y triste, mas real. Sin embargo, se impone la correspondiente infraestructura. Se produce una inexorable regla de proporcionalidad, insoslayable, al menos, mientras subsistan leyes del mercado que reclaman un cambio: cuanto más dinero reciba la entidad que atiende la salud, mejores serán las posibilidades de suministrar una excelente o adecuada prestación médica y ponderada aparatología técnica.

Es que la complejidad de la actividad médica incide de una u otra manera sobre la evolución de la responsabilidad profesional, en virtud de que el acto médico, esencialmente individual, deviene en un acto colectivo: prestaciones colectivas de integración y de apoyo al mejor servicio del paciente, contribuyente mediante una cuota dineraria mensual de la entidad de salud que integra.

Lo antes expuesto posibilita —corolario de la evolución al obrar médico, sumado a otras circunstancias— un distingo: cuando un paciente es atendido en establecimientos públicos o privados, se suscitan actos de índole hospitalario y de actos médicos. Los primeros consisten en hotelería, prestación de cuidados de enfermería, provisión de medicamentos e instrumental médico. Diversa es la situación respecto de los actos médicos realizados por los que integran el cuerpo médico del establecimiento, a raíz de daños irrogados al paciente sin perjuicio de la acción que le incumbe contra la entidad en motivo del contrato de asistencia que existe entre ellos, lo que puede suscitar variedad en la entidad del reclamo, según los profesionales intervinientes y distribución de la carga probatoria.

(1) HIGHTON de NOLASCO, E., "Prueba del daño por la mala praxis", Revista de Derecho de Daños, N.º 5, La Prueba del daño, II, p. 65.

(2) LA LEY 1985 —C- 548.

III. El caso anotado

La decisión que ilustra estas líneas es realmente valiosa, y el voto que emite la jueza Guisado explicita lo acontecido de manera clara y docente. La cronología de los acontecimientos, complejos, por cierto, dan una idea cabal de los sucesivos periplos que debió afrontar la persona humana afectada. De más está decir que los reclamos por daños y perjuicios son frecuentes en la esfera tribunalicia, corolario de la vida de relación. Lo que no resulta habitual, emergente de una cuestión odontológica, es la consecuencia a la que se arribó, que, en nuestro comentario, asigna relevancia al comportamiento del profesional en el arte de curar. En efecto: en la prestación de sus servicios, el odontólogo —en línea de principios— y ello, de modo muy genérico, contrae una obligación de medios o de conducta.

Debe poner en la atención del enfermo o paciente todo el cuidado y atención que la índole de la afección exija, empleando los procedimientos que el adelanto de la ciencia aconseja, con las precauciones, pruebas y medidas impuestas por el caso. De ello podrá hacérsele cargo, si el fracaso de su atención profesional puede atribuirse a que no obró con la diligencia que el supuesto indicaba, pero ninguna responsabilidad habría de alcanzarle si el paciente tiene otras dolencias, ajenas al tratamiento realizado. Y si el comportamiento profesional fue acorde a las tareas que las circunstancias imponían.

No puede desconocerse que el paciente tiene el interés legítimo de ser curado y espera la tutela jurídica que corresponde a la relación obligacional concluida con el profesional.

Aunque la cura esperada acontezca y resulte computada como objeto de la obligación, el derecho tiene en cuenta su utilidad no por el resultado que se sabe puede lograrse o no, sino pues conviene al acreedor que quiere ser curado y tiene necesidad de curarse **(3)**.

Sin embargo, se admite que la prestación de servicios médicos —extensible a los odontológicos en casos especiales— configurará una prestación de resultado, donde el "deudor se obliga a procurar al acreedor la prestación que ha contratado y espera obtener el interés que lo ha determinado a crear el vínculo obligatorio".

En el pleito comentado, cabe señalar algunas cuestiones relevantes: no es común que todas las entidades de medicina prepaga contemplen en su cartilla la odontología como un servicio a prestar. En esta controversia, la obra social respectiva quedó involucrada con sustento en la obligación tácita de seguridad a raíz del obrar impropio de profesionales de la referida disciplina. Otra nota a la que se le asignó valor fue la ausencia de consentimiento informado del paciente. Y, en un reclamo como el de estos autos, no considerado de urgencia y sí una intervención programada, se impone la necesidad de contar con ciertos estudios imprescindibles —por ejemplo, tomografía axial computada—, cuya ausencia determinó delicadas secuelas en el paciente.

La pragmática y notable sentencia recaída es robustecida con la buena afirmación doctrinaria efectuada.

---

(3) GALLI, Enrique V., "Obligaciones de resultado y obligaciones de medios", Revista Jurídica de Buenos Aires, 1958 —I- p. 15.

JURISPRUDENCIA

ACCIDENTE HÍPICO. ASUNCIÓN DE RIESGOS

Muerte de un vareador en el entrenamiento de un caballo pura sangre de carrera. Responsabilidad del explotador del predio. Rechazo del planteo de asunción de riesgos. Obligación de seguridad.

1. — La explotadora de un predio hípico es responsable por la muerte de un vareador al ser despedido de un caballo pura sangre de carrera tras una colisión a alta velocidad contra una garita de cemento ubicada en el sector de pistas pues el riesgo asumido por quienes participan de una actividad deportiva son los riesgos normales y propios de esa disciplina, y no los ajenos, y en el caso el accidente ocurrió por causas extrañas a las destrezas del jinete o vicisitudes sufridas por el caballo.

2. — La actividad de vareo implica afrontar el riesgo de sufrir un accidente derivado de una rodada o una caída en carrera o velocidad del caballo sangre pura de carrera; y este puede ser considerado el riesgo ordinario que asume el vareador o jinete al abordar su actividad. Es un peligro implícito de su actividad. Sin embargo, una carrera desbocada de un caballo de carrera que inicia su raudo y descontrolado derrotero en sentido contrario de la marcha de los restantes vareadores y sus monturas, y culmina su trayectoria arrojando a su jinete contra una estructura de concreto —cuyo impacto le causó lesiones mortales— implica un riesgo extraordinario que no es posible considerar seriamente asumido por el vareador.

3. — No estimo correcto ensayar, como parece hacer la accionada, que ningún vínculo tiene con el vareador o con el accidente que le ocasionó su muerte, en el predio que explota, en una actividad específica que hace al objeto de su constitución y al cumplimiento del contrato de concesión invocado con el Estado Provincial, en el vareo de un caballo de sangre pura de carrera. Quien se sirve de la actividad de sujetos y animales para el cumplimiento de un contrato por el cual comprometió su deber de realizar una serie de eventos deportivos establece un vínculo también contractual con esos mismos sujetos o personas que realizan actividades dentro y para el cumplimiento de las disposiciones específicas de la ley 8866 de la provincia de Buenos Aires.

4. — El defecto en la organización implica, en su caso, un débito en la obligación de seguridad implicada en la relación jurídica que vincula a la víctima fallecida, en su carácter de vareador de un caballo de sangre pura de carrera en el ámbito de las instalaciones del hipódromo, que explota la asociación demandada.

5. — La explotadora del predio hípico demandada pretende exponer que siendo solo una concesionaria de una actividad estatal provincial, como es la organización de una actividad de juegos y apuestas mutuas vinculadas a las carreras de caballos sangre pura de carrera, que no lucra con esa actividad sino que confluye con ello a la concreción de su objeto asociativo; no realiza pues una actividad que arroje beneficios ni debe soportar las consecuencias dañosas que esa actividad pudiere derivar, pero el argumento cede a poco que se advierta que si es responsable quien obtiene un beneficio respecto de los costos que su actividad genera, tal concepto no necesariamente debe ser vinculado a la utilidad y lucro como parece invocar la quejosa. La existencia de un beneficio no necesariamente debe ser asociado a la idea de lucro del cual la asociación civil, naturalmente, es ajena.

6. — La obligación de seguridad se encuentra presente, aun en el particular contexto de la profesión desplegada por los jinetes (*jockeys* o vareadores) de los caballos de sangre pura de carrera en función de las actividades de monta y trote o galope, sea en competición, vareo o traslado, sin perjuicio de tenerse en especial consideración la asunción del riesgo que involucra su actividad específica.

7. — Si bien el jinete que monta un caballo pura sangre de carrera asume un riesgo cierto y apreciable *a priori*, pues cabalga un animal de un poder de tracción extraordinario y desarrolla velocidades elevadas en una posición de montura que tienen una seguridad y estabilidad relativas en función de la técnica de aquel, el hecho dañoso trasunta el umbral del riesgo que necesariamente asume la persona que desarrolla la actividad, pues el jinete fue arrojado contra una construcción de concreto como es la garita del "tranquerista" allí establecida, en un ámbito (la pista) donde el caballo naturalmente se encuentra franqueado para desplegar su máxima velocidad de carrera.

8. — La valoración de los elementos existentes en autos de acuerdo con el tamiz de la sana crítica, así como las consecuencias luctuosas del evento, indican la poco feliz ubicación de una garita de concreto dentro del sector de la pista, lo cual la emerge como un elemento reñido significativamente con la previsión de seguridad. Existió un defecto en la satisfacción del deber de seguridad que implica la colocación de tal estructura de

material, frente a los efectos de múltiples lesiones sufridas por el jinete. Adviértase que no se encuentra probado en autos que este hubiere generado o colaborado en la causación del evento que terminó en su muerte, sea por negligencia o temeridad en el vareo del animal. Por lo expuesto, no resulta sostenible el argumento vinculado a la asunción de riesgos.

9. — La asunción del riesgo, por otro lado, no implica aceptar los daños, ni predica en ello una eximente autónoma de responsabilidad. La actual redacción del art. 1719 del Cód. Civ. y Com. de la Nación establece expresamente que la exposición voluntaria de la víctima al peligro no justifica el hecho dañoso, ni exime de responsabilidad.

10. — La limitación que trae el art. 1078 del Cód. Civil derogado degrada el derecho a la reparación integral del daño injustamente sufrido que reviste jerarquía constitucional. Pues, la aplicación lisa y llana al caso del derecho positivo vigente conduce al extremo de desconocer el explicable dolor de quien también ha visto zozobrar su patrimonio espiritual, con clara afectación de los valores de paz, seguridad y tranquilidad. No estamos frente a una mera reglamentación razonable de un derecho constitucional a la reparación del daño injustamente sufrido. Hay aquí una grotesca conculcación de la esencia misma de dicho derecho, que torna inconstitucional la solución normativa vigente.

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:

Accidente hípico

Referencias de la víctima:

Sexo: Masculino.

Edad: 37 años.

Observaciones: La damnificada es la conviviente de la víctima.

Componentes del daño:

Daño extrapatrimonial

Daño moral genérico: $250.000.

Daño psicológico: $200.000.

Daño patrimonial

Valor vida: $400.000.-

Daños varios: Tratamiento psicológico $33.600.

CNCiv., sala G, 11/11/2020. - O., Á. c. L., J. A. y otros s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: AR/JUR/55342/2020]

Expte. N° 97.342/2012

2ª Instancia.- Buenos Aires, noviembre 11 de 2020.

¿Es justa la sentencia apelada?

A la cuestión planteada el doctor *Polo Olivera* dijo:

I. a. El día 29 de mayo de 2011, alrededor de las 8,30 hs., el Sr. D. D. D., en oportunidad de hallarse vareando un caballo del Sr. "P." L., en las instalaciones del Jockey Club de San Isidro, el animal comenzó a correr desbocado en sentido contrario a la circulación de los demás vareadores con sus monturas, para dirigirse hacia el portón de acceso a la puerta, momento en el cual el equino detuvo abruptamente su carrera y arrojó despedido a D. Producto del impacto de esa caída sufrió diversas lesiones de gravedad, que le provocaron la muerte en el Hospital donde fue derivado.

La conviviente de D. promovió esta acción indemnizatoria contra J. A. L. y Asociación Civil Jockey Club.

b. L. no contestó la demanda tempestivamente, sin embargo compareció al pleito con ulterioridad.

Asociación Civil Jockey Club contestó la demanda, rechazando la pretensión incoada, estableciendo en su responde que no existiría ningún factor de atribución que comprometiera su responsabilidad en el hecho (fs. 66/73).

Expuso básicamente que su intervención se reduce a poner a disposición de la actividad hípica para la realización de competencias de caballos de Sangre Pura de Carrera, las instalaciones del predio.

c. La sentencia dictada en fs. 551/567 declaró la inconstitucionalidad del artículo 1078 del Cód. Civil en relación con la legitimación de la actora para reclamar la reparación del daño moral, y condenó a José Antonio y a Asociación Civil Jockey Club a abonar la suma de $883.600 con más los intereses y costas que estableció.

d. Ese pronunciamiento fue apelado por la coaccionada Asociación Civil Jockey Club en fs. 568.

Los agravios aparecen formulados en fs. 578/588, los cuales fueron contestados en fs. 590/598.

El Fiscal ante esta Cámara se expidió mediante el dictamen que luce digitalmente en el registro informático del expediente.

II. Preliminarmente, en razón de la entrada en vigencia del Cód. Civ. y Com. de la Nación, evaluaré cuál resulta la ley aplicable a la cuestión traída a decisión judicial.

El Cód. Civ. y Com. de la Nación:7 predica que "a partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo".

Si bien la normativa de incumbencia establece la aplicación inmediata de sus disposiciones con posterioridad al 01/08/2015 (t.o. ley 26.994), esto no implica la retroactividad de la norma, específicamente vedada por la disposición positiva, en análogo sentido a lo dispuesto por el Cód. Civil en su artículo 3, que ha sido su fuente (arg. Kemelmajer de Carlucci, La Aplicación del Cód. Civ. y Comercial a las Relaciones y Situaciones Jurídicas Existentes, p. 16, ed. Rubinzal - Culzoni, año 2015). Introduce sí cierta novedad respecto de las normas protectorias del consumidor, estipulando que cuando las nuevas leyes supletorias sean más favorables al consumidor, las mismas serán aplicables a los contratos en curso de ejecución.

Distinguida doctrina explica que la aplicación inmediata importa que la ley toma a la relación ya constituida o a la situación en el estado en que se encontraba al tiempo en que la ley nueva es sancionada, pasando a regir los tramos de su desarrollo aún no cumplidos. Los cumplidos, en cambio, están regidos por la ley vigente al tiempo en que se desarrollaron. Es decir, las consecuencias producidas están consumadas, pues respecto de ellas existe el llamado consumo jurídico. Por el contrario, las otras caen bajo la nueva ley por aplicación inmediata, sin retroactividad (Kemelmajer de Carlucci, Aída, La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes, ed. Rubinzal Culzoni, ps. 29 y ss.).

En consecuencia, teniendo en cuenta las particularidades del caso traído a decisión judicial, resulta aplicable la normativa vigente con anterioridad al 01/08/2015.

Ello sin perjuicio de las implicancias del nuevo sistema de fuentes que se incorpora al Cód. Civ. y Com. de la Nación, diverso del que imperaba respecto del Cód. Civil de Vélez, y lo dispuesto particularmente por el Cód. Civ. y Com. de la Nación:2 y 3: el nuevo código Civil y Comercial de la Nación ha mutado el sistema de fuentes (con preponderancia de la Constitucional Nacional y normas convencionales), el particularismo aplicativo y del rol de los jueces como concretizadores y ponderadores de derechos que el Código debe garantizar pero no estructurar, dejando pues los magistrados la mera función de meros subsumidores silogísticos de normas (ver Gil Domínguez, El art. 7 del Cód. Civ. y Comercial y los procesos judiciales en trámite. Una mirada desde el sistema de fuentes constitucional y convencional, Revista Código Civil y Comercial, LA LEY, año 1, N° 1, julio 2015, p. 16/18).

Esto sin perjuicio de destacar que el Cód. Civ. y Com. de la Nación resulta, asimismo, una pauta interpretativa extremadamente valiosa respecto de cuestiones sujetas a la normativa derogada. Ello en su carácter de síntesis de rumbos y matices que el Derecho Privado argentino ha ido adquiriendo, aun en la vigencia de los Códigos Civil y Comercial anteriores, en virtud del laborioso enriquecimiento derivado de los pronunciamientos judiciales y del aporte de la Doctrina.

III. Antes de avanzar en el estudio de los agravios y sus respuestas, debe recordarse que el Juzgador no tiene la obligación de ponderar todas las pruebas colectadas en la causa, sino solo aquellas que juzgue, según su criterio, pertinentes y conducentes para resolver el caso (CSJN, Fallos: 274:113; 280:320, entre otros). Asimismo, tampoco tiene el deber de tratar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan solo aquellas que estime posean relevancia para sustentar su decisión (Fallos: 258:304, 262:222; 310:267, entre otros).

i. La responsabilidad.

La apelante ha discriminado en agravios diferentes argumentos respecto de la atribución de la responsabilidad que se le ha atribuido en el fallo en examen.

Así, la Asociación Civil Jockey Club:

i. Arguyó que la colega de la instancia anterior fundó la responsabilidad a su respecto en un incorrecto análisis de la ley 8866 y del Decreto 500/1980.

Dijo que el Jockey Club no obtiene beneficios de las carreras, conforme surgiría expresamente de esas normas, y que si bien la Provincia de Buenos Aires es quien mantiene la explotación del juego de apuestas en su jurisdicción, y que explota directamente otros hipódromos (como el de La Plata), lo cierto es que respecto de San Isidro, mantiene un contrato de concesión de Derecho Público con la asociación demandada.

Refirió que si bien es correcto que el Jockey Club administra, en ese carácter de concesionario del Estado Provincial, las carreras de caballos sangre pura de carrera (SPC) en el Hipódromo de San Isidro y en las pistas de entrenamiento del Campo 2, empero concluyó que "no puede ser responsable por la actividad

de la organización de carreras de caballos sangre pura de carrera, juego de apuestas mutuas de caballos, cuyo titular único y exclusivo es el Estado Provincial.

Arguyó que no es propietario del Hipódromo, sino que es solo nudo propietario, que Jockey Club es una institución civil sin fines de lucro.

ii. Agregó que en ese carácter, y por imperio del mismo decreto 500/1980 referido en la sentencia, la coaccionada no obtiene beneficio económico de las carreras de caballos, sino que el único beneficiario del juego de apuestas mutuas que se realiza en el hipódromo es el Estado Provincial. Refirió así que el club es un "mero administrador" y cobra solo gastos de explotación y administración.

iii. Critica el fallo en cuanto soslayó que el fallecido Sr. D. eligió libremente la profesión de vareador, y que esa actividad contiene un riesgo implícito que es montar un caballo, en el caso de sangre pura de carrera, no castrado, que pesa 500 kg y alcanza una velocidad de 70 km/h., y que en esas condiciones, caer del animal implica un accidente grave.

Explicó que el accidente que culminó con la vida del Sr. D. ocurrió en el marco de un riesgo asumido voluntariamente.

iv. Cuestionó la aplicación del cciv 1113: arguyó al respecto que el "hipódromo" en ningún momento es dueño o guardián el caballo SCP.

v. Asimismo refirió que la figura del deber de seguridad no es aplicable en la especie. Arguyó en este punto que la anterior juzgadora confundió la responsabilidad que podría tener el hipódromo en relación con un espectador accidentado y la situación particular de un jockey accidentado en una carrera.

Sentados sintéticamente los cuestionamientos vertidos respecto de la responsabilidad endilgada en su contra, pasemos pues a su análisis.

Modificaré la secuencia de los planteos efectuados por la quejosa, pero se verá al finalizar la lectura de este voto que los cuestionamientos serán de todas maneras evacuados.

Veamos.

Varear es, según la sexta acepción del diccionario de la Real Academia Española, un término utilizado en la Argentina y la vecina República Oriental del Uruguay, la acción de ejercitar un caballo de competición para conservar su buen estado físico. Vareador es, pues, quien cumple esa función o desarrolla esa actividad.

El vareador en este caso pues, se encuentra vinculado a la preparación del caballo SPC (sangre pura de carrera) para la competición, y si se quiere es complementario de la actividad referida al Turf, pero no es un jockey y no es básicamente quien practica específicamente el deporte.

No resultan elementos controvertidos que el Sr. D. D. D., en fecha 29 de mayo de 2011, aproximadamente a las 8,30 hs., sufrió un grave accidente que le costó su vida, al momento en que el caballo SPC entrenado por el codemandado J. A. L., se desbocó y emprendió una descontrolada y rauda carrera en una pista secundaria del predio de Jockey Club, despidiéndolo de la montura, lo cual le provocó lesiones mortales.

El evento se produjo pues en el marco de una actividad propia de la explotación del club, en sus instalaciones y en preparativos y acondicionamiento de un caballo SPC para competición.

Ello es así, a poco que se advierta que, de acuerdo a lo dispuesto por el decreto provincial 500/1980, prorrogado mediante resolución D-555 del Instituto de juego y casinos provincial en fecha 08/03/2000, la accionada se obligó a afectar las instalaciones del Hipódromo (ubicado entre las calles Avenida Santa Fe, Sir Alexander Fleming, Bernabé Márquez y Dardo Rocha, en el Partido de San Isidro, Provincia de Buenos Aires), así como todas las instalaciones, obras y espacios complementarios existentes o a construirse para realizar competencias de animales sangre pura de carrera, conforme lo dispuesto por la ley 8866 y normas complementarias que rijan la actividad hípica en la Provincia (arg. art. 1).

De acuerdo a la ley 8866, Jockey Club obtuvo la autorización para organizar carreras de caballos de sangre pura en el Hipódromo de San Isidro, así como para aceptar apuestas mutuas de las pruebas a realizarse. Se fijó un porcentaje del 28 % sobre el producto de la venta de tickets o boletos del Hipódromo de San Isidro como gravamen al sport (art. 4), y se estableció la obligación en cabeza de Jockey Club de realizar un mínimo de 30 reuniones hípicas en el curso de cada año.

Así pues, el Jockey Club tiene una obligación contractual de Derecho Público con la Provincia de Buenos Aires, en la realización de carreras hípicas, para lo cual se sirve claramente de la integración y concurrencia de distintas labores y actividades tanto de jockeys, entrenadores, vareadores, animales de sangre pura de carrera, y demás.

Considero pues que quien se sirve de la actividad de sujetos y animales para el cumplimiento de un contrato por el cual comprometió su deber de realizar

una serie de eventos deportivos (no menos de 30 reuniones hípicas, según el art. 7 de la normativa citada), establece un vínculo también contractual con esos mismos sujetos o personas que realizan actividades dentro y para el cumplimiento de las disposiciones específicas de la ley 8866.

La aplicación de la ley 23.184 (modificada por la ley 24.192), en su artículo 1 y 51, en la medida en que no predica una diferenciación expresa entre espectadores o participantes de cualquier otro modo del espectáculo deportivo, conduce también a establecer el análisis de los hechos desde un prisma de responsabilidad objetiva desde la existencia de un contrato de organización, apreciado desde la moderna acepción de un incumplimiento obligacional preexistente (arg. Cód. Civ. y Com. de la Nación:1716 y su doctrina; Compagnucci de Caso, Los alcances de la obligación de seguridad, LA LEY 23/04/2018).

El defecto en esa organización implicará, en su caso, un débito en la obligación de seguridad implicada en la relación jurídica que vincula al fallecido señor D., en su carácter de vareador de un caballo SPC en el ámbito de las instalaciones del Hipódromo de San Isidro, que explota la Asociación Civil Jockey Club.

En efecto, con la organización del evento deportivo asumida por Jockey Club, como son las competencias de caballos de carrera de gran porte, que alcanzan 70 km/h según expuso la misma accionada, implica generar riesgos que, si se concretan en daños resarcibles deben ser pues reparados, en virtud del deber de seguridad que dimana de la recta interpretación del principio de buena fe contemplado en el cciv 1198.

Así, no estimo correcto ensayar, como parece hacer la accionada, que ningún vínculo tiene con el Sr. D. o el accidente que le ocasionó su muerte, en el predio que explota, en una actividad específica que hace al objeto de su constitución y al cumplimiento del contrato de concesión invocado con el Estado Provincial, en el vareo de un caballo de sangre pura de carrera.

También encuentro estéril el argumento vinculado a la remuneración o ingresos y las consecuencias económicas de la organización respecto a daños ocurridos en función de tal actividad.

Parece deslizar que la actividad hípica es organizada gratuitamente, y que siendo la asociación civil una institución sin fines de lucro (arg. cciv 33-1), ello la eximiría de cualquier responsabilidad propia de su actividad hípica.

Debe recordarse que, como ha sostenido autorizada doctrina, la ausencia de lucro es lo que distingue a la asociación civil o comercial, pero esto no quita a las asociaciones la posibilidad de realizar actos dirigidos a obtener ganancias que sirvan para seguir cumpliendo con su finalidad específica (Rivera, Instituciones de Derecho Civil, Parte General, T. II, ed. Lexis Nexis, año 2007, p. 315).

En contraposición a lo sostenido por la apelante, y en coincidencia con lo expuesto al respecto por la señora jueza de grado, considero que la Asociación Civil Jockey Club percibe ingresos que, más allá del "sport", permiten la obtención de un beneficio en favor de la mentada persona jurídica, aunque por su misma condición cuyo objeto es el bien común, no tenga fin de lucro.

En efecto, conforme se desprende del mencionado decreto 500/80 y la ley 8866, la Asociación Civil Jockey Club mantiene la explotación del hipódromo y sus instalaciones anexas vinculadas a carreras de caballos sangre pura de carrera.

Y efectivamente tiene ingresos derivados de esa explotación, al punto tal que la norma excepcionalmente la exime del pago del impuesto a los ingresos brutos, siendo que esta normativa grava estos ingresos derivados del ejercicio de actividades habituales y a título oneroso, derivados de las determinadas en esa norma (arg. Ley Provincial 8712 y sus modificatorias, art. 1).

Nótese que para concesionarios o agentes oficiales del Estado en materia de juegos de azar, la base imponible del gravamen (del que recordemos, Jockey Club aparece exento), es la diferencia entre los ingresos del período y los importes que en el mismo lapso transfieran al Estado por el mismo concepto (ley 8712:4-e).

La accionada pretende exponer que siendo solo una concesionaria de una actividad estatal provincial, como es la organización de una actividad de juegos y apuestas mutuas vinculadas a las carreras de caballos sangre pura de carrera, que no lucra con esa actividad sino que confluye con ello a la concreción de su objeto asociativo; no realiza pues una actividad que arroje beneficios ni debe pues, soportar las consecuencias dañosas que esa actividad pudiere derivar.

Estimo que el argumento cede a poco que se advierta que si es responsable quien obtiene un beneficio respecto de los costos (vgr. Daños) que su actividad genera, tal concepto no necesariamente debe ser vinculado a la utilidad y lucro como parece invocar la quejosa.

El "Beneficio" es un guarismo económico-contable derivado de la detracción de los ingresos los costos operativos.

No hay información plausible en autos (no la hay de ningún tipo en realidad) acerca de la inexistencia de tales beneficios por parte de la accionada en la explotación del Hipódromo de San Isidro, pues toda la plataforma legal invocada en la sentencia y por la misma accionada (arg. ley 8866, decreto 500/1980), parte de la existencia de una actividad superavitaria, sobre la cual se aplica el "sport" del 28 % referido supra.

La existencia de un beneficio no necesariamente debe ser asociado a la idea de lucro del cual la asociación civil, naturalmente, es ajena.

En efecto, beneficio representa un incremento patrimonial acusado en el balance, como resultado de la mayor dimensión del activo en relación al pasivo.

Se ha sostenido en este aspecto, en un fallo bien conocido, que no es razonable participar en los beneficios trasladando las pérdidas. Esta antigua regla jurídica que nace en el derecho romano, es consistente en términos de racionalidad económica, porque este tipo de externalidades negativas deben ser soportadas por quien las genera y no por el resto de la sociedad" (CS, 06/02/2007, Mosca, Hugo A. c. Provincia de Buenos Aires y otros).

Solo agrégase que en materia de la ciencia de la Economía se denomina "externalidad" cuando una persona se dedica a una actividad que influye en el patrimonio o bienestar de un tercero al que no se le compensa por ese daño; si el impacto sobre los expertos es negativo, se conoce como externalidad negativa, si lo beneficia se denomina externalidad positiva (Mankiw, N. Gregory, Principios de Economía, ed. Cengage Learning, 5ª edición, p. 203 y ss.).

Por lo demás, resta decir que si la asociación civil Jockey Club pretendió exponer estas y otras precisiones económicas y contables acerca de la composición de ingresos y gastos, así como sus beneficios derivados de su actividad en la organización hípica, debió probarlo mediante la prueba pericial contable (cpr 377).

Aquella producida en fs. 149/150, llamativamente nada predica al respecto. Siquiera la accionada ha propuesto puntos periciales en este sentido.

Además, la invitación a leer sus estados contables, cursada por la quejosa en su expresión de agravios (fs. 581 vta.) para comprobar esta cuestión, no es posible de aceptar pues los balances no han sido aportados al expediente ni han sido materia de peritaje contable, como fue expuesto más arriba.

Estimo pues establecido el contexto jurídico para encontrar un vínculo contractual innominado del cual se deriva el deber de seguridad que la coaccionada debe prestar a todas aquellas personas que se encuentren involucradas en ocasión de un espectáculo deportivo como lo es el Turf (conf. CNCiv., Sala L, 31/08/2009, AR/JUR/32225/2009, Roldan Olivera, Alejandro Oscar c. Federación Ecuestre Argentina y otros).

Me parece preciso destacar que esa obligación de seguridad se encuentra presente, aun en el particular contexto de la profesión desplegada por los jinetes (jockeys o vareadores) de los caballos de sangre pura de carrera en función de las actividades de monta y trote o galope, sea en competición, vareo o traslado, sin perjuicio de tenerse en especial consideración la asunción del riesgo que involucra su actividad específica.

La actividad necesaria para dar cumplimiento a esa obligación de seguridad se verá abastecida (o no) mediante la adecuada prestación de la organización, sistematización y estructura de la actividad hípica que mantenga la integridad de esas personas, en la medida que se provea un ámbito donde el riesgo sea solamente aquel asumido por la práctica de la actividad, no incrementado por ningún elemento exógeno a ella.

Y en este punto percibo un gran déficit que derivó en este deber accesorio a cargo de la demandada.

Los testigos R., R. y P., dependientes de la accionada Jockey Club, expusieron que las pistas de entrenamiento, donde se efectúa el vareo, reciben un constante cuidado (fs. 283/4, 285 y 289/290).

En particular P., testigo que expuso trabajar en la preparación y mantenimiento de pista, expuso que la pista se encuentra libre para trabajar, para que "la gente entre con los caballos, a los que trabajan para los cuidadores, con el cuidado de la pista de dos parafreneros, uno a los mil metros y otro a los mil ochocientos metros, para que no pase nada en la cancha, para que no pase ningún accidente", y agregó que "también con el cuidado de las ambulancias que tiene a mil metros y mil ochocientos metros" (fs. 289 vta.).

Asimismo, el testigo detalló la ubicación de la pista de entrenamiento: "se entra por Diego Carman 222, haces cien metros para adentro, hay una entrada, que de un lado está la Rosa Negra, que es un Restaurante, que está del lado izquierdo, y el taller mecánico está del lado derecho; y cien metros hacia adentro está la entrada de los mil ochocientos metros que está la pista ahí". Agregó asimismo que "ahí tenemos la pista de césped, la pista de tierra, después tenemos arena de cava, después tenemos arena de río, otra más de arena de río...tenemos cinco pistas" (fs. 289 vta.).

Según surge de las constancias de la causa penal cuya copia luce en fs. 411/506, son contestes las declaraciones del codemandado L. (fs. 495) y del testigo O. (fs. 444 y fs. 475) en que el caballo que montaba en la ocasión de vareo el Sr. D. D. D. comenzó una carrera descontrolada en sentido contrario al que llevaban los restantes vareadores en la ocasión. El animal continuó su alocada carrera hacia la puerta de acceso de la pista, para frenar abruptamente allí su marcha, momento en el cual la energía cinética generada despidió violentamente al jinete hacia la garita de concreto allí situada.

Así, el testigo O. dijo que siendo las 8:30 hs. aproximadamente, se encontraba trabajando en el interior del Jockey Club, sector campo de entrenamiento, sito en la calle Diego Carman N° 222, de este medio, realizando tareas de entrenamientos con el caballo que tiene a su cargo, haciéndolo en la quinta pista, momentos estos en los que observa que el caballo que estaba siendo montado por el ciudadano D. D. D., comenzó a galopar a alta velocidad en sentido contrario al que circulaban los demás vareadores y al llegar a la altura del portón de salida de la pista el caballo se prepara como para saltar el mismo y se frena bruscamente provocando que su jinete salga despedido del mismo, con dirección a una garita de cemento, que se encuentra a unos dos metros aproximadamente del portón, para impactar contra esta...", en relación con el vínculo laboral de D., dijo que al momento del accidente se encontraba realizando changas para el cuidador de caballos P. L. (fs. 444). En su declaración testimonial de fs. 475 explicitó la violencia del impacto, al manifestar que el caballo "lo tiró a D. contra la garita "metiéndolo con el golpe dentro de la garita, lo que le produjo severas lesiones, que estaba todo quebrado, que enseguida vino la ambulancia y luego falleció" (fs. 475).

L. también declaró en sede penal.

En ese momento dijo en su declaración que "en el año 2011 a mediados de mayo, entrenaba un caballo el cual lo tuvo poco tiempo, aproximadamente dos meses. Que así las cosas recuerda que un día del grupo de Jockey galopadores le pidió a uno de ellos —no recordando en este momento mayores datos, dijo— que galopara al caballo mencionado, que esa fue la primera vez que le pidió a este muchacho cree que de apellido D. que lo hiciera porque los que comúnmente le galopan los caballos al dicente no se encontraban en ese momento, y le explicó cómo debía galoparlo..." (fs. 495).

El codemandado, en ese momento también explicó que "los caballos lo hacen en la pista en sentido contrario a las agujas del reloj, esto resulta ser una norma preestablecida ya que los caballos luego corren las carreras en este sentido". Agregó que por motivos que desconoce, el "jockey galopador arriba mencionado lo hizo en sentido inverso en la pista" y que "así las cosas, es que al final llegando al fondo de la recta es que el caballo se asustó y se disparó, que el dicente estaba a unos seiscientos metros no pudiendo especificar los motivos por los cuales el caballo se fue contra (la) garita del tranquerista; desconociendo de esta forma el desencadenamiento del accidente ya que no vio por la distancia en la que se encontraba el momento del mismo" (fs. 495 vta.).

Asimismo adujo, tratando de explicar los motivos de las circunstancias vinculadas al accidente, que a su entender "el haber comenzado el jockey a galopar el caballo en sentido inverso en la pista, cambiándole su costumbre, además del importante número de caballos vareándose en ese momento (entre 20 y 50 caballos) todos trabajando entrenamiento, esto le puede haber causado al caballo una desorientación además de asustarlo al ver venir caballos en otro sentido es que agarró una velocidad al salir de la reca cuando entró al codo de la pista no pudiendo su jockey controlarlo, incluso cuando el caballo dio muestra de que empieza a quererse disparar..." (fs. Íd.).

Consideró que a su entender el jinete (D.) debió haberse tirado del caballo, mas "siguió arriba del caballo pudiendo prever que iba contra algo..."; agregó que luego le contaron que "los que estaban cerca le gritaban 'tirate' porque se veía venir que iba a chocar" (fs. 495 vta.).

Comparto con la quejosa que el jinete que monta un caballo pura sangre de carrera asume un riesgo cierto y apreciable a priori, pues cabalga un animal de un poder de tracción extraordinario y desarrolla velocidades elevadas en una posición de montura que tienen una seguridad y estabilidad relativas en función de la técnica del jinete.

Así, puede concluirse, y creo que concitando cierto consenso general, que la monta de un caballo de tales características en ocasión de un entrenamiento para competición implica un riesgo tan ordinario y propio de la actividad, como cierto y evidente.

Resta pues evaluar si el accidente se produjo por la concreción de un peligro o riesgo ordinario derivado del vareo, o bien se desprendió de un peligro extraordinario.

Considero que el evento trasunta el umbral del riesgo que necesariamente asume la persona que desarrolla la actividad en examen.

Es que considero un dato esencial para evaluar ese riesgo que en la especie, el jinete fue arrojado con-

tra una construcción de concreto como es la garita del "tranquerista" allí establecida, en un ámbito (la pista) donde el caballo naturalmente se encuentra franqueado para desplegar su máxima velocidad de carrera.

No se cuenta en autos con prueba que establezca la normativa específica para la construcción de pistas, medidas ni medios de seguridad (más allá de la disposición de parafreneros y ambulancias, según relató un testigo citado precedentemente), más la valoración de los elementos existentes en autos de acuerdo al tamiz de la sana crítica (arg. cpr 386), así como las consecuencias luctuosas del evento en examen, indican la poco feliz ubicación de una garita de concreto dentro (no fuera) del sector de la pista (ver croquis de fs. 443), lo cual la emerge como un elemento reñido significativamente con la previsión de seguridad.

Esto a poco que se advierta, como se desprende de la historia clínica copiada que en copia luce en autos, que D. ingresó en el sanatorio por el servicio de emergencias con "traumatismo caída de caballo y choque contra pared de cemento" como diagnóstico inicial (fs. 426).

No se me escapa la extrañeza (expresada en sendas declaraciones) que despertó entre los observadores de los hechos su mecánica, teniendo en cuenta que ambos testigos resultan conocedores de la actividad de vareo de caballos de sangre pura de carrera.

Empero, esto no mitiga el defecto en la satisfacción del deber de seguridad que implica la colocación de tal estructura de material, frente a los efectos de múltiples lesiones sufridas por D., conforme surge de la historia clínica de fs. 426 y siguientes y de la autopsia efectuada en sede penal (v. fs. 420/424).

Adviértase que no se encuentra probado en autos que el Sr. D. hubiere generado o colaborado en la causación del evento que terminó en su muerte, sea por negligencia o temeridad en el vareo (arg. cpr 377).

Por lo expuesto, tampoco me resulta sostenible el argumento vinculado a la asunción de riesgos.

En primer lugar cabe recordar que es criterio de nuestro más alto Tribunal que la aceptación del riesgo no es por sí misma una causa de exoneración si no se demuestra una falta de la víctima, es decir que esta ha asumido, con su participación, un rol activo en la producción del siniestro. La intervención de la víctima, de manera normal y regular, no puede constituir una causa ajena al riesgo que libere al organizador de la reparación del daño (CS, 30/05/2006, Cohen, Eleazar c. Pcia. de Río Negro y otros. JA, 29/11/2006).

Véase que la asunción de riesgo importa considerar y aceptar por parte de la víctima el peligro implícito normal y ordinario —o incrementando el riesgo normal ya existente— de determinada actividad, disciplina o conducta.

La asunción del riesgo, por otro lado, no implica aceptar los daños, ni predica en ello una eximente autónoma de responsabilidad. La actual redacción del Cód. Civ. y Com. de la Nación:1719 establece expresamente que la exposición voluntaria de la víctima al peligro, no justifica el hecho dañoso, ni exime de responsabilidad.

Desde esta perspectiva que propongo, la actividad de vareo implica pues afrontar el riesgo de sufrir un accidente derivado de una rodada o una caída en carrera o velocidad del caballo SPC; y este puede ser considerado el riesgo ordinario que asume el vareador o jinete al abordar su actividad. Es un peligro implícito de su actividad.

Sin embargo, una carrera desbocada de un caballo de carrera que inicia su raudo y descontrolado derrotero en sentido contrario de la marcha de los restantes vareadores y sus monturas, y culmina su trayectoria arrojando a su jinete contra una estructura de concreto —cuyo impacto le causó lesiones mortales— implica un riesgo extraordinario que no es posible considerar —desde mi punto de vista— seriamente asumido por el vareador.

Así pues, considero que lo que la doctrina y jurisprudencia señalan como riesgo asumido por quienes participan de una actividad deportiva son los riesgos normales y propios de esa disciplina, y no los ajenos. Por tanto estimo, en coincidencia con la jueza *a quo*, que corresponde la responsabilidad de la coaccionada cuando el accidente ocurrió por causas extrañas a las destrezas del jinete o vicisitudes sufridas por el caballo, como es el caso de una colisión a alta velocidad contra una garita de cemento ubicada en el sector de pistas (arg. conf. SCJ Mendoza, Sala I, 27/02/2006, Molina, Hugo c. Consejo Municipal de Deportes y otros).

Por estas consideraciones, estimo que debe confirmarse la concurrencia de responsabilidad de la coaccionada en el evento de autos, rechazándose pues las críticas en este aspecto.

ii. Rubros indemnizatorios. Su procedencia y cuantía. Valor vida.

Ha sostenido nuestro más alto Tribunal que "la vida humana no tiene valor económico per se, sino en consideración a lo que produce o puede producir. No es dable evitar una honda turbación espiritual cuando

se habla de tasar económicamente una vida humana, reducirla a valores crematísticos, hacer la imposible conmutación de lo inconmutable. Pero la supresión de la vida, aparte del desgarramiento del mundo afectivo en que se produce, ocasiona indudables efectos de orden patrimonial, y lo que se mide en signos económicos no es la vida misma que ha cesado, sino las consecuencias que acarrea la brusca interrupción de una actividad creadora, productora de bienes. En ese orden de ideas, lo que se llama elípticamente la valoración de una vida humana no es otra cosa que la medición de la cuantía del perjuicio que sufren aquellos que eran destinatarios de todos o parte de los bienes económicos que el extinto producía, desde el instante en que esta fuente de ingresos se extingue" (Fallos: 310:2103; 316:912; 317:728 y 1006; 320:536; 323:3614; 325:1156, entre otros; esta Sala "Basualdo, Elsa y otro c. Gómez, Ruperto D. y otros s/ daños y perjuicios" Expte. N° 50.957/2014, 13/05/2019, y sus citas). En definitiva, el núcleo resarcible no es la lesión de afectos, sino la privación de una expectativa de contenido económico (Zavala de González, Tratado... - Perjuicios económicos por muerte, T. 2, p. 55).

Asimismo, que a ese propósito no han de aplicarse fórmulas matemáticas sino que es menester confrontar las circunstancias particulares de la persona fallecida y de los damnificados, edad, grado de parentesco, profesión, posición económica, expectativa de vida, etc. (Fallos:310:2103 y sentencias citadas).

En efecto, "la vida humana, además del valor que representa en su aspecto moral y ético, constituye un bien susceptible de apreciación pecuniaria y en este sentido su pérdida debe ser indemnizada teniendo en cuenta todas las manifestaciones de su actividad que puedan ser debidamente valoradas, tanto actuales como futuras, así como también las circunstancias relativas a quienes reclaman la indemnización" (CNEsp. Civ. y Com., Sala IV, octubre 31-1980, Carbajal de Córdoba, María J. c. Botto, Carlos).

A ello se añade que, a tenor de lo dispuesto por los artículos 1084 y 1085 del Cód. Civil y lo resuelto por la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en pleno, en autos "Fernández, María Cristina c. El Puente SAT y otro s/ sumario", con fecha 4 de abril de 1995 (LA LEY, 1995-C, 642), es procedente la indemnización reclamada por la pérdida del concubino.

En la especie, las constancias emitidas por el Juzgado Civil y Comercial N° 13 del Departamento Judicial de San Isidro agregadas en fs. 4/5 dan cuenta del concubinato de Á. O. y D. D. D.

Por su parte, la testigo M. E. A. dijo conocer a la Sra. O. por ser visitadora social del Barrio La Cava y conoció al Sr. D. por haberlo visto varias veces en la casa de O. por el trabajo que ella efectuaba. Agregó que O. figuraba como amigo de la casa y, posteriormente, como cónyuge de O. (cfr. fs. 207 y 210/211).

B. L. D. señaló que conoció a D. D. D. cuando O. "se puso de novia con él". Agregó que el vínculo que unía a O. y D. D. D. era el de concubinato (cfr. fs. 208 y 212/213).

En su declaración testimonial R. V. O. manifestó conocer a O. por intermedio del esposo D. y fue el testigo quien le avisó a O. "que su marido tuvo un accidente y se murió". Agregó "que en la clínica la señora reconoció que era el cuerpo de su marido" (cfr. fs. 353/355).

Del relato efectuado por O. al momento de la confección del dictamen pericial psicológico, surge que la actora había entablado una relación de pareja con D. la que, posteriormente, continuó con la convivencia común en su domicilio durante dos años y medio. Circunstancias similares a las declaradas en la causa penal (cfr. fs. 467).

De las copias certificadas de la causa penal N° 14-00-004673/11 surge el pedido de O., en su carácter de concubina, de la entrega del cuerpo de quien en vida fuera D. D. D. (cfr. fs. 414, 417, 462 y 463).

En consecuencia, teniendo en cuenta lo que surge de las constancias de autos, ponderando que D. tenía 37 años al momento de su fallecimiento y de profesión vareador, considero que, al haber sido cuestionada únicamente por elevada, corresponde confirmar la suma de pesos cuatrocientos mil ($400.000) fijada en la instancia de grado. Así lo propongo al Acuerdo.

Doble indemnización del daño psicológico y moral.

En este punto, atento al agravio vertido por Jockey Club Asociación Civil vinculado con la autonomía del daño psicológico, debo señalar que está visto que la ponderación autónoma o conjunta de ciertas partidas o rubros indemnizatorios no es pacífica, pues los jueces distribuyen su ubicación o evaluación —ya sea respetando el modo en que se ha manifestado en la pretensión o por disposición propia— dentro o fuera de tal o cual concepto susceptible de reparación en el caso, obedeciendo a una u otra técnica argumentativa de la decisión judicial que se arribe (arg. Cód. Civ. y Com. de la Nación:3). Ello parece una cuestión que no afectará la solución en la medida, claro está, que tales disquisiciones no impliquen una omisión o una duplicación en la indemnización.

En este sentido es pertinente destacar que si el daño psíquico incide en una merma de posibilidades patrimoniales integra la incapacidad y en cuanto a aspectos extrapatrimoniales, el daño moral (conf. esta

Sala, 23/03/2001, Campo Castro, Alfonso c. González, Carlos A. s/ daños y perjuicios).

La reparación de la incapacidad sobreviniente no cubre solo la faz laborativa, sino que por ser integral abarca todos los aspectos de la vida de una persona y por ende todas sus actividades.

Cabe señalar que la incapacidad para ser indemnizable debe ser total o parcial y como consecuencia que cubre todas las erogaciones futuras atendiendo a la índole de la actividad impedida, sea o no productiva, puesto que la reparación no solo comprende el aspecto laborativo, sino también todas las consecuencias que afectan la personalidad del damnificado.

De su lado, el perjuicio psicológico se configura mediante la alteración de la personalidad, la perturbación del equilibrio emocional de la víctima, que debe guardar adecuado nexo causal con el hecho dañoso y, a su vez, debe entrañar una significativa descompensación que perturba su integridad en el medio social.

A su vez, el tratamiento o terapia psicológica, para comprender también un concepto susceptible de reparación, debe tender a estabilizar la psiquis del pretensor o evitar su deterioro, derivado del daño psicológico reconocido (conf. Zavala de González, Matilde, Tratado de daños a las personas, Disminuciones psicofísicas, t° 1, p. 186 y ss., Ed. Astrea).

Se ha dicho que la valoración de la incapacidad sobreviniente queda sujeta al prudente arbitrio judicial previa consideración de las pautas obrantes en el proceso y las condiciones personales de la víctima.

Debe guardar estricta relación con las secuelas subsistentes que la provocasen y a los efectos de la determinación de su cuantía corresponde tener en cuenta la edad de la víctima, su sexo, situación familiar, actividades habituales, por cuanto todo ello confluirá para configurar pecuniariamente el perjuicio (CEsp. Civ.Com., sala III, "Eguino, Marcos c. Guguenheim SAICA y otro s/ sumario", 14/09/1982; íd. "Blanco, Carlos J. c. Aguilar, Néstor s/ sumario", 28/12/1987).

De este modo, sin perjuicio de la valoración que cabe de la existencia y entidad de las lesiones, a la luz de la regla de la sana crítica (conf. cpr 386), la prueba pericial resulta de particular trascendencia, ya que el informe de los expertos no es una mera apreciación sobre la materia del litigio sino un análisis razonado con bases científicas y conocimientos técnicos, motivo por el cual, esta prueba resulta de fundamental importancia.

Es que para la determinación de la procedencia de la indemnización del presente rubro, ha de acreditar el pretensor de manera concluyente, la existencia del daño, siendo imprescindible la intervención de un experto en la materia a los efectos de establecer la existencia, magnitud de la perturbación y su relación causal con el hecho invocado.

En fs. 325/329 se glosó el informe confeccionado por la Lic. O.

La experta indicó que el fallecimiento de D. provocó en O. una afectación psíquica que se encuentra cronificada. En efecto, la perdida de D. trastocó negativamente el plan de vida individual y conyugal de la actora. Estimó la incapacidad de grado moderado en el rango del 18-20% de la T. O. Recomendó la realización de tratamiento terapéutico con una duración de cuarenta y ocho (48) sesiones.

Las conclusiones arribadas por las expertas no fueron cuestionadas por las partes. En este sentido, ellas deben ser admitidas habida cuenta de su concordancia con las reglas de la sana crítica (conf. cpr. 386 y 477) y de las que no hallo motivos para apartarme.

Por lo tanto, al tener en cuenta las constancias de la causa, el porcentual de incapacidad estimado por la experta —considerado como una pauta referencial—, la edad de la actora al momento del hecho —55 años—, que dijo poseer estudios terciarios —magisterio— incompletos, haber efectuado labores de empleada doméstica y mesera (actualmente desocupada) y realizar labores sociales en un comedor en Villa La Cava, ser madre de cinco hijos, y tener a su cargo a tres nietos y convivir también con un bisnieto (cfr. fs. 325 y 329 de las presentes actuaciones y fs. 27 del Expte. N° 97.345/2012 sobre beneficio para litigar sin gastos), al haber sido cuestionada únicamente por escasa la cuantía de pesos doscientos mil ($200.000) estimo que corresponde confirmarla. Así lo propongo al Acuerdo (cpr 165).

A su vez, considero que la suma de pesos treinta tres mil seiscientos ($33.600) fijada por la *a quo* para atender a la terapéutica recomendada resulta reducida de acuerdo a los parámetros que fija esta Sala. Pero, al haber sido cuestionada únicamente por elevada, corresponde confirmarla (cpr. 165). Así lo propongo.

Falta de legitimación para reclamar el rubro daño moral.

Se ha sostenido que "El nuevo art. 1078 del Cód. Civil (reformado por la ley 17.711) determina que la acción por indemnización del daño moral solo competerá al damnificado directo, pero si del hecho hubiera resultado la muerte de la víctima, únicamente

tendrán acción los herederos forzosos; y entre estos se encuentra el o la cónyuge de la víctima, sus hijos y demás descendientes, sus padres y otros ascendientes y su nuera que sea viuda sin descendencia (arts. 3565 y ss.; 3584, 3591 y concs. del Cód. Civil) (CNEC. y C., sala III, "Veliz, Erminda C. c. Langas, Roberto J. s/ sumario-daños y perjuicios", 21/10/1980).

La existencia del daño debe tenerse acreditada por el solo hecho de la acción antijurídica; es una prueba *in re ipsa*, que surge inmediatamente del hecho mismo, como que el cónyuge supérstite o descendientes o sus progenitores no necesitan demostrar que han sufrido dolor por la muerte, ocurrida en un accidente.

La vida humana representa por sí misma un valor apreciable y su pérdida obliga a indemnizar todo el daño moral y material que se ocasione por el hecho ilícito a los deudos. La vida constituye un bien susceptible de valoración: la muerte ocasionada por un hecho ilícito se levanta como un perjuicio irrefutable, en atención a las potencialidades suprimidas, y basta la comprobación de esa realidad, por lo que la falta de otras pruebas no impide reconocer el derecho (Conf. CNCiv., Sala IV, "Ferrari de Oro c. Empresa Lope de Vega SACI y otros s/ sumario", 20/04/1988).

En el daño moral no se trata de compensar el sufrimiento con dinero, para que con este bien fungible el damnificado pueda procurarse satisfacciones o placeres. No interesa que la persona que sufre la pérdida de un ser querido sea sencilla y no tenga aspiraciones o gustos demasiado onerosos, porque justamente lo que importa es fijar una pauta objetiva, porque el sufrimiento por la pérdida de un hijo o del padre es independiente de la condición económico-social de quien lo padece (CNCiv., Sala A, 17/06/1994, "Villa, Juana J. c. Arbizu, Roberto"; JA, 18/10/1995, N° 5955, ps. 48/49).

En este caso en particular, ha reclamado la Sra. Á. O., en su carácter de concubina del Sr. D. D. D., por los daños que dijo haber sufrido como consecuencia del luctuoso siniestro.

Es necesario recalcar que resulta explícito el cciv 1078 en cuanto a que en caso de muerte de la víctima, únicamente tendrían legítima acción sus herederos forzosos, poniendo un valladar a la pretensión de otros sujetos que bajo títulos distintos pretendan un resarcimiento por las lesiones espirituales sufridas.

Es decir que todo aquel que pretenda ser resarcido por el daño moral indirecto se enfrenta a un plexo normativo rígido en función de un precepto de fuente y espíritu sosegado que solo le confiere habilidad para reclamar iure propio a quien posee una ineludible categoría familiar fiscalizada severamente.

Las motivaciones que han conducido a los legisladores de la reforma de la ley 17.711 han sido de diversa índole.

Así, señala Zavala de González, reconoce como fundamento una preocupación práctica y económica: evitar la multiplicidad de demandas que puedan ahogar patrimonialmente al responsable. A la preocupación sobre la "catarata de damnificados", suele adicionarse una supuesta razón de seguridad jurídica. (Tratado de Daños a las Personas. Daño Moral por Muerte, ps. 436/439).

Frente a ello, cuadra señalar que con criterio que comparto se ha dicho que el hecho de afirmar que todo el que haya sufrido un daño extrapatrimonial debe tener derecho a reclamar su reparación no es equivalente a avalar la indemnización de daños ficticios, irrisorios, o cuya relación causal con el hecho generador es más bien difusa. No debe confundirse la cuestión de la legitimación para reclamar la reparación de un daño con otra enteramente distinta, como lo es que el perjuicio invocado debe ser cierto y no meramente hipotético o conjetural, y debe poder imputarse al hecho generador según los parámetros de la causalidad adecuada. Los reclamos superfluos o infundados no tendrían mejor suerte si, por hipótesis, la legitimación para reclamar la reparación del daño moral estuviese equiparada a la del perjuicio patrimonial, pues aun en ese caso los jueces contrarían con toda esa otra serie de herramientas para cerrar el grifo de la tan temida "catarata" (CNCiv., Sala A, "F. J. L. c. B. J. C. y otros. R. 590.675, 11.072013).

Por otro lado, se ha dicho que esta previsión normativa forma parte de una concepción de familia que adoptó el Cód. Civil originariamente y fue sostenida en lo esencial por la reforma del año 1968. Así, al ser modificado el precepto legal del art. 1078 del Cód. Civil no se contempló la posibilidad del reconocimiento del daño moral a la concubina, en razón de que por ese entonces, el concubinato era considerado como una situación de hecho disvaliosa o inmoral (Benavente, María I, Daño moral y damnificados indirectos ¿la limitación del art. 1078 Cód. Civil, es inconstitucional?, JA, 2005 IV-288, Lexis N° 0003/012225).

En este contexto, vale señalar que los nuevos paradigmas en las formas familiares, el reconocimiento social de las uniones de hecho, la aceptada necesidad de su regulación legislativa, al igual que otras formas familiares como las familias ensambladas y las uniparentales, ha modificado la concepción basada principalmente en el matrimonio. Ello se ha reforzado a partir de la reforma constitucional del año 1994 e incorporación de los Tratados internacionales al ordenamiento jurídico argentino (CNCiv., Sala

K, "Botti, Adela E. y otros c. Aguilar, Marcos J. y otro", 23/10/2009).

En sintonía con lo expuesto, debe remarcarse que el contexto actual de la responsabilidad civil ha evolucionado desde una deuda de responsabilidad civil hacia un crédito de indemnización, a la vez que —entre otras particularidades— ha visto ampliados los daños reparables y también el número de legitimados activos con derecho a indemnización (López Mesa, Marcelo J., en Trigo Represas, Félix A. - López Mesa, Marcelo J., ob. cit. ps. 122/123).

En este orden de ideas, es dable señalar que a través del artículo 19 la Constitución Nacional, la Corte Suprema perfila y complementa las bases del derecho a no ser dañado y a obtener una plena y justa reparación que no sería acabada si el daño quedara subsistente en todo o en parte (CSJN, Fallos: 308:213).

Desde esta perspectiva propuesta, es dable advertir que la limitación que trae el art. 1078 del Cód. Civil, degrada el derecho a la reparación integral del daño injustamente sufrido que, como se explicó, reviste jerarquía constitucional. Pues, la aplicación lisa y llana al caso del derecho positivo vigente conduce al extremo de desconocer el explicable dolor de quien [...] también ha visto zozobrar su patrimonio espiritual, con clara afectación de los valores de paz, seguridad y tranquilidad. En palabras del autor citado, no estamos frente a una mera reglamentación razonable de un derecho constitucional a la reparación del daño injustamente sufrido. Hay aquí una grotesca conculcación de la esencia misma de dicho derecho, que torna inconstitucional la solución normativa vigente (Pizarro, Ramón D. - Vallespinos, Carlos G., Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones, T. IV, p. 347, Ed. Hammurabi; en el mismo sentido véase Zavala de González, Tratado de Daños a las personas, Ed. Astrea, 2009, T. 2, ps. 442 y ss.)".

Si el criterio legislativo imperante en nuestro Derecho positivo es el resarcimiento integral de todo quien ha sufrido un daño injusto, ese plexo normativo debe interpretarse integralmente para ofrecer una adecuada respuesta al caso de la pretensión por daño moral de la concubina (TColResp. Extracontractual, SFe N° 1, 26/08/1996, "Responsabilidad Civil y Seguros", 2000-558).

Además el aludido principio de la reparación integral se encuentra tutelado por normativa internacional de rango constitucional. Así, el artículo 21, punto 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) postula que ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, mientras que el artículo 5 del mismo cuerpo legal estipula que toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. También el artículo 63 establece que cuando se decida que hubo violación en un derecho o libertad protegida por la convención, se dispondrá si ello fuera procedente que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

Pero no solo la garantía constitucional de la reparación integral se ve vulnerada en este caso como consecuencia de la aplicación del cciv 1078, sino también la igualdad ante la ley (artículo 16 Constitución Nacional y artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos), ya que se discrimina injustamente a quienes sufren indirectamente en su espíritu, frente a la amplia legitimación de los damnificados indirectos en sus intereses patrimoniales (cciv 1079). Inclusive, los concubinatarios tienen reconocida legitimación para reclamar el daño patrimonial derivado de la muerte de uno de ellos (conf. CNCiv., en pleno 04/04/1995 "F., M. C. c. El Puente SAT y otros", ED, T. 162, p. 650), pero no así injustificadamente el extrapatrimonial, ni producido el fallecimiento de su pareja, ni habiendo sufrido lesiones (CNCiv., Sala C, 19/12/2013, "T., F. A. y otro c. F., L. A. y otro s/ daños y perjuicios").

A mayor abundamiento, cabe destacar que este es el criterio adoptado por los redactores del Proyecto de Cód. Civ. y Com. de la Nación de 2012, cuyo artículo 1741, en su parte pertinente, reza: "Indemnización de las consecuencias no patrimoniales. Está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo. Si del hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquel recibiendo trato familiar ostensible".

En consecuencia, haciendo propios los argumentos expuestos precedentemente, y sin obviar que la declaración de inconstitucionalidad de una norma debe ser la última ratio y que la misma es operativa solamente en casos de extrema gravedad, encuentro reunidos aquí dichos extremos.

Considero, pues, que con relación a este caso concreto, el cciv 1078 resulta contrario a lo que prevén los CN 16 y 19, siendo procedente el resarcimiento del perjuicio moral sufrido por la Sra. O. Por ello, considero que corresponde desoír las quejas esgrimidas y propicio al Acuerdo confirmar en este aspecto —incluso la cuantía fijada— el pronunciamiento apelado.

IV. Las costas deberán ser impuestas a Jockey Club Asociación Civil que resultó vencida (cpr 68).

V. En virtud de las consideraciones precedentemente expuestas, propongo al Acuerdo confirmar el pronunciamiento apelado en todo lo que decidió y fue materia de agravios.

El doctor *Carranza Casares* dijo:

Adhiero en consonancia con la interpretación dada al art. 1078 a partir del Expte. 42.228/2005 del 16/09/2016.

El doctor *Bellucci* votó en el mismo sentido por razones análogas a las expresadas en su voto por el doctor *Polo Olivera*.

Por lo que resulta de la votación de que instruye el acuerdo que antecede, se resuelve: I. Confirmar el pronunciamiento apelado en todo lo que decidió y fue materia de agravios. Con costas de Alzada a cargo de Jockey Club Asociación Civil (arg. Cpr 68 y cc.) II. Regulados que sean los honorarios de primera instancia se procederán a fijar los de Alzada. Vueltos los autos a la instancia de grado el tribunal arbitrará lo conducente al logro del ingreso del faltante tributo de justicia, y se recuerda al personal la responsabilidad que impone la ley 23.898. III. Se deja constancia que la publicación de esta sentencia se encuentra sujeta a lo establecido por el Cpr 164-2. Regístrese, notifíquese a las partes y al Sr. Fiscal de Cámara en sus respectivos domicilios electrónicos, conforme lo dispone la ley 26.685 y Acordadas 31/2011 y 38/2013 de la CSJN, oportunamente cúmplase con la Acordada 24/2013 de la CSJN; luego, devuélvanse. — *Gastón M. Polo Olivera. — Carlos A. Carranza Casares. — Carlos A. Bellucci.*

DERECHOS REALES

Comentarios Jurisprudenciales

PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA ÚNICA

Avanzada edad del deudor. Situación de vulnerabilidad. Trámite de regularización dominial. Extensión analógica de la inembargabilidad e inejecutabilidad.

Con nota de Lorena Muñoz

1. — A tenor de las circunstancias relevantes del caso enjuiciado y, en particular, la falta de tutela expresa de quienes han iniciado la regularización dominial de la ley 24.374, sumada a la protección singular y diferenciada a la que tiene derecho la recurrente —dada su avanzada edad, estado de salud y situación de vulnerabilidad social en su condición de jubilada de magros ingresos—, cabe extender, por analogía, la inembargabilidad e inejecutabilidad que ampara a la "vivienda única" a los derechos posesorios de la señora recurrente sobre su vivienda única y de carácter permanente.

2. — Entre las numerosas excepciones a la regla general de que el patrimonio constituye la garantía común de todos los acreedores, se encuentra la contemplada en el art. 244 del Cód. Civ. y Com. con relación al inmueble destinado a vivienda, que antes de su sanción hallaba protección bajo la ley 14.394. Ambos ordenamientos estructuran un sistema que no es automático y que requiere, para su oponibilidad hacia terceros, la previa afectación e inscripción del bien en el Registro de la Propiedad Inmueble por parte del "titular registral".

3. — La regulación de los aspectos sustanciales de las relaciones entre acreedores y deudores corresponde a la legislación nacional, por lo que no cabe a las provincias dictar leyes incompatibles con lo establecido en los códigos de fondo ya que, al haber delegado en la Nación la facultad de dictarlos, han debido admitir la prevalencia de las leyes del Congreso y la necesaria limitación de no dictar normas que la contradigan.

4. — Pese a su finalidad social, bajo el régimen de la ley 24.374 y su dec. regl. 2815/1996 los derechos posesorios en trámite de regularización no cuentan con una disposición específica que proteja la vivienda única contra la agresión de los acreedores de los beneficiarios **[1].**

C1aCiv. y Com., La Plata, sala II, 20/11/2020. - Tulini, Bruno Juan c. Chávez, César Oscar y otro s/ ejecución prendaria.

[Cita on line: AR/JUR/59993/2020]

CONTEXTO DOCTRINARIO DEL FALLO

[1] BONO, Gustavo, "La protección de la vivienda en relación con los derechos reales y una interpretación extensiva del artículo 245 del Código Civil y Comercial", RDF 80, 71, AR/DOC/3733/2017.

COSTAS

Se imponen al ejecutante vencido.

La Plata, noviembre 20 de 2020.

1ª ¿Es fundado el recurso de apelación contra la resolución de fs. 437/438? A2 ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

1ª cuestión. — La doctora *Hooft* dijo:

I. En lo que interesa destacar del *sub lite*, la Magistrada *a quo* admitió el planteo efectuado por el ejecutante a fs. 429/436 y, en consecuencia, declaró la inconstitucionalidad de la Ley N° 14.432 y desestimó de la coaccionada Sara Astorga enderezado a dejar sin efecto la subasta ordenada en autos y cancelar el embargo trabado sobre sus derechos posesorios sobre el inmueble matrícula 95.381 (55) (v. fs. 424/426 y 437/438).

En apoyo de su decisión, la judicante de grado sostuvo que tanto la Suprema Corte provincial como la Corte Nacional se habían pronunciado en torno a la protección de la vivienda única regulada por la ley nacional 14.394, sistema que con importantes modificaciones acordes a las transformaciones sociales operadas desde su sanción, pero manteniendo un mecanismo de afectación voluntaria, ha sido incorporado por el Cód. Civ. y Comercial. Siendo ello así y resultando aplicable el régimen nacional de afectación voluntaria, juzgó que la inembargabilidad e inejecutabilidad automática consagradas por la ley provincial 14.432 deviene inconstitucional, por tratarse de una materia delegada en los términos del art. 75 inc. 12 de la CN.

II. Contra este pronunciamiento se alza la codemandada mediante la apelación interpuesta a fs. 443 vta. —punto 2—, presentando memorial a fs. 445/447 vta., el que es replicado por el accionante con fecha 30/10/2019.

En su pieza impugnativa, la recurrente recuerda que su planteo de fs. 424/426 se estructuró sobre dos ejes. Uno, con base en lo normado por la ley provincial 14.432 y, el otro, con apoyo en los derechos consagrados en la Convención Interamericana sobre la

Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.

II.1. Con relación al primero, aduce que yerra la judicante al reputar inconstitucional la norma local por regular una materia delegada y diseñar un mecanismo automático de tutela, a diferencia de la nacional que adopta una modalidad voluntaria.

En este sentido, esgrime que el régimen contenido en el art. 244 del Cód. Civ. y Comercial "es parcial" pues, a continuación, el mismo primer párrafo establece que "Esta protección no excluye la concedida por otras disposiciones especiales" y que la prevista en la ley 14.432 no es de aplicación automática en tanto para acceder a sus beneficios es menester no solo invocar, sino probar documentadamente los extremos exigidos por la norma y su decreto reglamentario (v. fs. 445/446).

II.2. En cuanto al segundo, afirma que la resolución apelada omitió tratar su impugnación constitucional, infringiendo de tal modo el principio de congruencia y el debido proceso legal. Insiste en el compromiso asumido por los Estados parte de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, ratificada por la Ley 27.360, de brindar un trato diferenciado y preferencial a las personas mayores (art. 4 inc. c), siendo que con su DNI acreditó que tiene 75 años de edad (nació el 3 de enero de 1944) y, con el certificado médico, que presenta un delicado estado de salud, situación de vulnerabilidad que debe ser atendida y merece protección "por encima del crédito" aquí ejecutado.

III. Liminarmente, merece desestimarse la crítica ensayada contra la declaración de inconstitucionalidad de la ley local 14.432. Me explico.

III.1. Como anticipara (v. pto. I), el fallo en crisis encontró respaldo en la doctrina legal sentada por la Suprema Corte Provincial (causas C. 120.341, sent. del 19/12/2018 y C. 119.623, sent. del 25/09/2018) y el criterio sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en un supuesto análogo al aquí debatido (Fallos: 325:448, sent. del 19/03/2002).

En la citada causa C. 120.341 "Vázquez" —sent. del 19/12/2018—, el Alto Tribunal provincial recordó que la Corte Federal ha declarado —en definiciones que encontraron eco en su doctrina legal— que la regulación de los aspectos sustanciales de las relaciones entre acreedores y deudores corresponde a la legislación nacional, por lo que no cabe a las provincias dictar leyes incompatibles con lo establecido en los códigos de fondo ya que, al haber delegado en la Nación la facultad de dictarlos, han debido admitir la prevalencia de las leyes del Congreso y la necesaria limitación de no dictar normas que la contradigan (Fallos: 311:1795, con sus propias citas; 308:2588; 303:1801; 275:254; 269:373; 235:571 y 226:727; 176:115).

Así —prosiguió— en la causa "Banco del Suquía SA (Fallos: 325:448), la Corte Nacional declaró la inconstitucionalidad del art. 58 *in fine* de la Constitución de la Provincia de Córdoba y su ley reglamentaria por cuanto dichas normas invadieron las facultades expresamente delegadas al Congreso nacional, a la par que señaló que la protección de la vivienda única ya se encontraba regulada por la ley nacional 14.394 —en la actualidad en el art. 244 Cód. Civ. y Comercial. Este criterio fue reiterado *in re* "Banco Nación c. Martín", sentenciada el 27 de mayo de 2004 (Fallos: 327:1484) y "Romero", del 23 de junio de 2009 (Fallos: 332:1488). Siguiendo tales lineamientos, la Corte local juzgó que la legislatura provincial no se encuentra facultada para dictar un precepto como el contenido en la ley 14.432, cuya sanción viola el 75 inc. 12 de la Constitución Nacional.

III.2. Frente a tal base y desarrollos argumentales, la apelante expone los agravios "*ut supra*" reseñados (v. pto. II.1.) enderezados a demostrar que la tutela otorgada por la ley provincial 14.432 no es de aplicación automática, sino que —de modo análogo a la nacional— se encuentra supeditada a la invocación y acreditación de sus requisitos.

Empero, la quejosa guarda absoluto silencio sobre la doctrina legal en que se apoya la decisión censurada y omite justificar cómo, en el caso, se superaría el avasallamiento por parte de la Legislatura Provincial de las competencias delegadas en el Congreso de la Nación (art. 75 inc. 12 CN). La apelante también se desentiende de que, en la causa C. 120.341, la Suprema Corte consideró que tanto el régimen de bien de familia de la ley 14.394 como el consagrado en el Cód. Civ. y Comercial vigente (arts. 244 y ss.), crean un sistema de protección mediante su afectación voluntaria e inscripción, recaudos de los cuales carece la ley provincial que recepta un sistema de "oponibilidad" automática e inmediata, sin inscripción registral previa ni limitación temporal (v. asimismo CSJN, Fallos: 325:448, consid. 8°).

Los déficits apuntados sellan adversamente la suerte de este tramo de la apelación. Conforme establece el art. 260 del Cód. Proc. Civ. y Comercial (art. 246 del Cód. Proc. Civ. y Comercial su doc.), la réplica concreta, directa y razonada de los fundamentos esenciales del fallo comporta un requisito de ineludible cumplimiento para el impugnante. Va de suyo, entonces, que resulta insuficiente el recurso que —como en el caso— parcializa su crítica y deja incólume la decisión controvertida al no cuestionar un fundamento esencial en el que se asienta la decisión y que por sí

solo resulta bastante para su mantenimiento (arts. 260 y 261 su doc. Cód. Proc. Civ. y Comercial).

IV. Efectuado el señalamiento anterior, cabe abordar el restante planteo que fue soslayado en el fallo censurado (v. pto. I.2.), omisión que corresponde sea subsanada por esta Alzada (arts. .34 inc. 4°, 161 inc. 2°, 163 inc. 3° y 6° primer párrafo, 253 su doc. del Cód. Proc. Civ. y Comercial, 168 de la Const. provincial; SCBA, Ac. 90.402, sent. del 08/03/2007; C. 110.634, sent. del 07/08/2013; esta Sala II, causa 254.398, sent. del 07/04/2020).

IV.1. La pretensión de la ejecutada de excluir del poder de agresión de su acreedor los derechos sobre el inmueble que constituye su vivienda única y permanente, invocando entre otras razones su especial situación desventajosa, trasluce un pedido de que se brinde a esos derechos una tutela análoga a la consagrada en la ley 14.394 por entonces vigente, hoy receptada en el art. 244 y siguientes del Cód. Civ. y Comercial o, visto desde otra perspectiva, que se "inaplique" en el caso la regla sentada en el at. 242 del Cód. Civ. y Comercial.

IV.2. El citado art. 242 sienta como regla general que el patrimonio constituye la garantía común de los acreedores, por lo cual el deudor responde por las obligaciones contraídas con el conjunto de bienes que lo conforman, principio que también se desprendía del articulado del derogado Cód. Civil (arts. 505 inc. 3°, 546, 955, 961, 1196, 3474, 3875 a 3938 del Cód. Civil).

Con todo, dicha regla no es absoluta. Diversas previsiones legales contemplan la inembargabilidad de determinados bienes, tal como aclara el citado precepto al decir que el referido principio opera "con excepción de aquellos [supuestos] que este Código o las leyes especiales declaran inembargables o inejecutables."

Entre las numerosas excepciones se encuentra la contemplada en el art. 244 del Cód. Civ. y Comercial con relación al inmueble destinado a vivienda, que antes de su sanción hallaba protección bajo la ley 14.394 (arts. 34 a 50). Ambos ordenamientos estructuran un sistema que no es automático y que requiere, para su oponibilidad hacia terceros, la previa afectación e inscripción del bien en el Registro de la Propiedad Inmueble por parte del "titular registral" (art. 244, 245, 249 del Cód. Civ. y Comercial; 35, 38, 43 ley 14.394).

La mencionada protección no parece alcanzar, al menos de modo expreso, a los derechos posesorios sobre el bien cuya subasta se ordenó a fs. 358 —que materializan la vivienda única y de ocupación permanente de la apelante—, por lo que quedarían sometidos al poder de agresión del acreedor de acuerdo al principio general antes enunciado (art. 242 Cód. Civ. y Comercial).

Ahora bien, a la luz del planteo constitucional postulado por la accionada y las singulares circunstancias del *sub lite*, corresponde analizar si, en vista de la situación de la señora Astorga, la ejecución de sus derechos sobre ese bien resulta compatible con las normas constitucionales e instrumentos internacionales de derechos humanos que rigen la materia (art. 28 y 75 inc. 22, 23 de la CN; arts. 1, 2 y 3 del Cód. Civ. y Comercial). Adelanto que la respuesta es negativa.

IV.3. Para dirimir el asunto debe tenerse en cuenta —de un lado— que la ejecutada invoca una protección constitucional singular y diferenciada, dada su avanzada edad, precaria condición socio-económica y estado de salud y —del otro— que el régimen de tutela de la vivencia única no contempla de modo expreso la protección de hipótesis como la de autos, esto es de quienes se encuentran tramitando la regularización de la situación de su vivienda bajo el sistema edificado por la ley 24.374. Volveré sobre el punto.

IV.3.a. Según ha sostenido la Corte Nacional, "el hombre es el eje y centro de todo el sistema jurídico y, en tanto fin en sí mismo, la inviolabilidad de la persona constituye un valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental" y, a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN), en diversos precedentes ha reafirmado la obligación impostergable del Estado de garantizar esos derechos con acciones positivas (CSJN, Fallos: 343:264, sent. del 30/04/2020).

En lo que aquí interesa, el Alto Tribunal recuerda que la obligación de instrumentar acciones positivas en tutela de los ancianos y las personas con discapacidad fue consagrada por el constituyente en el año 1994, en el art. 75 inc. 23, donde se dispone que corresponde al Congreso Nacional "legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad" (CSJN, Fallos: 343:264, consid. 8°).

La Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (CIPDHPM), adoptada por la Organización de Estados Americanos en la 45° Asamblea General del 15/06/2015, e incorporada a nuestro ordenamiento jurídico por ley 27.360, en su art. 2, define como "Per-

sona mayor" a "aquella de 60 años o más, salvo que la ley interna determine una edad base menor o mayor, siempre que esta no sea superior a los 65 años. Este concepto incluye, entre otros, el de persona adulta mayor".

A su turno, la Suprema Corte de Justicia también ha reparado en la especial vulnerabilidad de los adultos mayores que han alcanzado los 75 años, al encontrar disminuidas su salud y sus posibilidades de acceso a las actividades económicas y sociales, y señaló que a partir de los 80 años constituyen una población con mayor grado de vulnerabilidad (conf. "Situación de los adultos mayores en Argentina", p. 1 y 5, Pub. Red de Desarrollo Cultural de los Adultos Mayores de Iberoamérica, octubre, 2001; cf. voto del doctor Genoud en la causa C. 107.207, sent. de 03/04/2014. V. asimismo, esta Sala II, causa C. 272.308, sent. del 27/08/2020).

La ya citada Convención Interamericana consagra el compromiso de los Estados Parte de adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a sus propias disposiciones, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades mencionados en la Convención si su ejercicio "no estuviese ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter" (art. 1), precisando en su art. 3 los principios generales aplicables, entre ellos: la promoción y defensa de los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor (inc. a); la igualdad y no discriminación (inc. d); el bienestar y cuidado (inc. f); la seguridad física, económica y social (inc. g); la equidad e igualdad de género y enfoque de curso de vida (inc. i); el enfoque diferencial para el goce efectivo de los derechos de la persona mayor (inc. l) y la protección judicial efectiva (inc. n).

Y a fin de cumplir el compromiso asumido, el art. 4 establece la obligación de los Estados Parte de adoptar las medidas afirmativas y realizar los ajustes razonables que sean necesarios para el ejercicio de los derechos establecidos en la Convención y abstenerse de adoptar cualquier medida legislativa que sea incompatible con la misma (inc. b); adoptar y fortalecer "todas las medidas legislativas, administrativas, judiciales, presupuestarias y de cualquier otra índole, incluido un adecuado acceso a la justicia a fin de garantizar a la persona mayor un trato diferenciado y preferencial en todos los ámbitos" (inc. c); y de las medidas necesarias y cuando lo consideren en el marco de la cooperación internacional, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales; sin perjuicio de las obligaciones que sean aplicables de inmediato en virtud del derecho internacional (inc. d).

Entre los derechos reconocidos adquieren relevancia los de: 1) igualdad y no discriminación por razones de edad, debiendo desarrollarse enfoques específicos en relación con la persona mayor en condición de vulnerabilidad (art. 5); 2) derecho a la vida y a la dignidad en la vejez (art. 6); 3) derecho a la seguridad y a una vida sin ningún tipo de violencia —la que comprende—, entre otros, distintos tipos de abuso, incluso el financiero y patrimonial (art. 9); 4) derecho a la propiedad (art. 23); 4) derecho a una vivienda digna y adecuada (art. 24), y 5) acceso efectivo a la justicia en igualdad de condiciones con las demás (art. 31).

En suma, y en palabras de la Corte Nacional, "a partir de la reforma constitucional de 1994, cobra especial énfasis el deber de brindar respuestas especiales y diferenciadas para los sectores vulnerables, con el objeto de asegurarles el goce pleno y efectivo de todos sus derechos. En ese orden, ha señalado que el envejecimiento y la discapacidad son causas predisponentes o determinantes de vulnerabilidad", realidad ante la cual, "el imperativo constitucional es transversal a todo el ordenamiento jurídico" (CJNS, Fallos: 343:264 del 30/04/2020, consid. 9°).

IV.3.b. De las constancias de autos surge la especial situación de vulnerabilidad de la señora Sara Astorga. En efecto, la nombrada resulta poseedora de un único inmueble destinado a su vivienda de ocupación permanente y de características humildes, cuenta a la fecha con 76 años de edad (v. fs. 411), es jubilada con ingresos que, a mayo de 2019, ascendían a $10.098,06 (v. fs. 408) y padece diversos problemas de salud —artritis e hipertensión arterial— (v. fs. 410), circunstancias todas ellas que no fueron desconocidas por el ejecutante (v. escrito de fs. 429/436).

Lo expuesto, impone examinar el caso a la luz de los parámetros explicados —v. pto. IV.3.a—, a los que cabe adunar lo normado por los arts. 14 bis, 16, 75 incs. 22 y 23 de la CN; 7 y 22 de la DUDH; 16 de la DADDH; 17 y 26 de la CADH; 2.2 y 11 del PIDESyC; 26 del PIDCP; 9.1 y 17 del Protocolo Adicional a la CADH en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y arts. 36.6, 36.7 de la Constitución provincial.

IV.3.c. Por su parte, el ejecutante persigue la subasta de los derechos y acciones posesorios que la coejecutada ostenta sobre su vivienda única, a saber el inmueble matrícula (055) 95.381 (v. resolución del 13/09/2017). Ello puesto que, según se resolvió a fs. 320 y fue confirmado a fs. 336/337, a la fecha no se produjo la consolidación del dominio del referido bien en cabeza de la apelante conforme la ley 24.374.

i] La citada norma, conocida como "Ley Pierri", entró en vigencia en el año 1994 e instituyó un mecanismo de excepción que permite sanear la falta de título suficiente, en favor de los adquirentes, por causa lícita, de inmuebles urbanos con destino a vivienda única y permanente, que acrediten la posesión pública, pacífica y continua, durante tres años anteriores al 1° de enero de 1992 (Muñoz, Lorena, Regularización dominial: a más de una década de la Ley 24.374. Estado de la consolidación de dominio en la Provincia de Bs. As. y una posible actualización del Régimen, publ. en: UNLP 2008-38, 409; La Ley online AR/DOC/614/2008).

Un gran porcentaje de estos poseedores, según ha destacado la doctrina, son "personas de escasos recursos económicos, de limitado desarrollo cultural, con situaciones familiares diversas...", donde "... la marginalidad jurídica es manifiesta..." y por lo tanto "... entender que esos ocupantes deben regularizar su situación dominial acudiendo a los estrados judiciales para hacer valer sus derechos, como ordinariamente corresponde, es... más que una ingenuidad, una quimera que evidencia desconocimiento de la situación real que estamos tratando" (Muñoz, ob. cit.; Adrogue, Manuel I., La atribución de la propiedad de la vivienda económica en la Ley 24.374, LA LEY, 1995-B, 936).

La legislación bajo reseña tiene en cuenta la función social de la propiedad (art. 14 bis CN) y la protección de la vivienda familiar (conf. Adrogue, ob. cit.). Y bajo ciertas condiciones brinda tutela a la persona física que no es propietaria ni poseedora de otro inmueble que le permita satisfacer las necesidades de vivienda, derecho que se extiende al cónyuge supérstite y a los sucesores hereditarios del ocupante originario que hayan continuado habitando el inmueble y, también, a las personas (físicas) que, sin ser sucesoras, hubiesen convivido con el ocupante originario, recibiendo trato familiar, por un plazo no menor de dos años anteriores al 01/01/1992 y que hayan continuado con dicha ocupación (Kemelmajer de Carlucci, Aída R., "Protección jurídica de la vivienda familiar", Bs. As., Hammurabi, 1995, p. 454; Morello, Augusto M., "La protección jurídica de la vivienda familiar desde la óptica del modelo del acceso a la justicia", JA, cita online: 0003/001959).

ii] Al amparo de dicho sistema se encuentran los derechos posesorios de la coejecutada. Del segundo testimonio del acta de constatación del cumplimiento de los requisitos formales del régimen de regularización de la ley 24.374 surge que, en el año 1997, la Sra. Sara Astorga y el Sr. César Osvaldo Chávez declararon bajo juramento poseer en forma pública, pacífica, continua y con causa lícita desde el año 1980 el inmueble sito en calle ... de la ciudad y partido de La Plata; que el bien está destinado a su casa habitación única y permanente; que no son titulares de otro inmueble con capacidad para satisfacer sus necesidades de vivienda y que no han solicitado en jurisdicción alguna los beneficios de la Ley 24.374, ni de ningún otro régimen de regularización dominial o plan de vivienda social (v. fs. 291/295).

El informe de dominio glosado a fs. 414/417 da cuenta de la inscripción del acta mencionada con fecha 07/11/1997. No obra, en cambio, la inscripción de la escritura de consolidación, siendo que en el sistema de la ley 24.374 el título definitivo de propiedad está compuesto por estos dos instrumentos que se complementan (art. 8 ley 24.374; art. 21 decreto provincial 2815/96 y art. 6 decreto provincial 181/06; DTR 2/2011).

iii] Pese a su finalidad social (v. pto. IV.3.c ap. i], bajo el régimen de la ley 24.374 y su decreto reglamentario 2815/1996 los derechos posesorios en trámite de regularización no cuentan con una disposición específica que proteja la vivienda única contra la agresión de los acreedores de los beneficiarios.

En el caso de autos, toda vez que el acta de regularización dominial se inscribió el 07/01/1997 (art. 6 de la ley 24.374), recién a partir del 07/01/2007 quedó expedita la posibilidad de sus beneficiarios de acceder a la inscripción de dominio a través de la correspondiente escritura (art. 8 ley 24.374; art. 21 decreto provincial 2815/96 y art. 6 decreto provincial 181/06; DTR 2/2011). Antes de tal consolidación, no estaban habilitados expresamente para acogerse a los beneficios de la ley 14.394, pues la constitución del bien de familia solo podía ser efectuada por el titular de dominio (conf. arts. 35, 43 ley cit.; Bono, Gustavo A., "La protección de la vivienda en relación con los derechos reales y una interpretación extensiva del artículo 245 del Código Civil y Comercial", La Ley online: AR/DOC/3733/2017, con cita de Kemelmajer de Carlucci, ob. cit. p. 79). De modo análogo, el actual art. 245 del nuevo Código legitima al titular registral y, en caso de condominio, a todos los cotitulares conjuntamente, para la afectación al régimen de protección de la "vivienda". Luego, el mismo dispositivo prevé la afectación por actos de última voluntad y por vía judicial ante la atribución de la vivienda en el juicio de divorcio o el que resuelva las cuestiones derivadas del cese de la convivencia (Bono, Gustavo A., ob. cit.). iv] En síntesis, al iniciar en el año 1997 el tránsito de regularización que, con una clara finalidad social, prevé la ley 24.374, no se contemplaba la posibilidad de protección de los derechos sobre la vivienda bajo el régimen de "bien de familia", tutela a la cual, en el mejor de los casos, sus titulares podrían haber accedido en el año 2007. Mas ello no los hubiera precavido de su ejecución por una deuda contraída en el año 2000 como la aquí reclamada, cuya ejecución fue iniciada

en el año 2002. Lo expuesto demuestra que el ordenamiento jurídico no brindaba, al menos de modo expreso, una respuesta adecuada para este singular supuesto (cf. CSJN, Fallos: 325:448 consid. 13°).

IV.4. Al confrontar la especial situación de vulnerabilidad de la coejecutada con el esquema normativo analizado surgen dos alternativas posibles que conllevan a igual resultado favorable para la apelante. Me explico.

IV.4.a. De un lado, siguiendo el razonamiento desplegado por la mayoría de la Corte Nacional en Fallos: 343:264, una respuesta acorde a los principios y derechos constitucionales en juego puede lograrse considerando la situación aquí planteada como un "caso no previsto" que debe ser resuelto por disposiciones análogas.

Así, a tenor de las circunstancias relevantes del caso enjuiciado y, en particular, la falta de tutela expresa de quienes han iniciado la regularización de la ley 24.374, sumada a la protección singular y diferenciada a la que tiene derecho la recurrente —dada su avanzada edad, estado de salud y situación de vulnerabilidad social en su condición de jubilada de magros ingresos—, cabe extender, por analogía, la inembargabilidad e inejecutabilidad que ampara a la "vivienda única" a los derechos posesorios de la señora Astorga sobre su vivienda única y de carácter permanente plasmados en el acta de constatación inscripta en el Registro el 07/11/1997 (art. 6 ley 24.374, v. fs. 414/417).

Una solución contraria, que no permita la integración del régimen de la ley 24.374 con normas análogas que también tienen por finalidad la protección de la vivienda única, máxime cuando se trata de un inmueble de limitado valor (cf. art. 3 del decreto 2815/1996) y en beneficio de una persona que ostenta una particular vulnerabilidad, carecería de razonabilidad (art. 28 CN). Volveré sobre el punto.

IV.4.b. A un resultado equivalente se arriba de apegarnos al texto de la ley en cuanto no prevé de modo expreso este supuesto de inembargabiidad e inejecutabilidad, hipótesis en la cual el camino a seguir es acoger el planteo con base constitucional de la apelante y declarar la inaplicabilidad al caso del poder de agresión consagrado en el art. 242 del Cód. Civ. y Comercial respecto del bien matrícula (055) 95.381.

Como precisara el doctor Soria al fallar la causa C. 92.077 (sent. del 05/09/2007, e.o.), "debatir y expedirse sobre la 'inaplicabilidad' o 'exclusión' de un determinado régimen por juzgar que hacerla regir en un concreto asunto contraría los principios, derechos y garantías consagrados en la Constitución, importa emitir un juicio acerca de su validez constitucional". Desde esta perspectiva, en mérito a los fundamentos *ut supra* desarrollados, considero que la ejecución pretendida no supera el "test de razonabilidad" que impone el art. 28 de la Constitución Nacional.

Según ha sostenido la Corte Nacional, no es competencia de los jueces determinar el modo de realización de los fines de una institución jurídica. Mas esa atribución propia de los poderes políticos debe ser ejercida dentro de los contornos impuestos por la ley y la Constitución, por lo cual queda habilitado el control judicial enderezado, en lo sustancial, a establecer si el ejercicio de las potestades de los restantes poderes del Estado lo es dentro de los límites de la garantía de la razonabilidad y sin avanzar sobre prohibiciones específicas contenidas en la Constitución o, en su caso, en las leyes (cf. CSJN, Fallos: 341:1511 y voto del Dr. Rosenkrantz en Fallos: 341:648). Ese principio de razonabilidad exige, según precisó el Alto Tribunal, que deba cuidarse especialmente que los preceptos mantengan coherencia con las reglas constitucionales durante todo el lapso que dure su vigencia, de suerte que su aplicación no resulte contradictoria con lo establecido por la Constitución Nacional (CSJN, Fallos: 316:3104; 328:566; 340:1480).

Ahora bien, la razonabilidad de un precepto o regla jurídica es predicable en un contexto determinado. Y en tren de efectuar el balance ponderativo que encierra el juicio de razonabilidad, a la luz de las puntuales circunstancias de esta causa, cabe resaltar los siguientes factores: i] que los derechos posesorios cuya ejecución se pretende al amparo de la regla general sentada en el art. 242 del Cód. Civ. y Comercial recaen sobre un inmueble que constituye la vivienda única y de ocupación permanente de la codeudora Astorga; ii] que la mencionada coejecutada ostenta tales derechos en el marco de regularización diseñado por la ley 24.374 que, como viéramos, persigue un evidente fin social y tiene por objeto bienes de un limitado valor económico; iii] que al inicio del tránsito del procedimiento de regularización de la ley 24.374 (a saber, en el año 1997) y hasta el cumplimiento del plazo decenal previsto en el art. 8 de la citada norma (en el caso, en el año 2007), la nombrada careció de una alternativa legal expresa para tutelar o resguardar dicha vivienda de la agresión de eventuales acreedores, entre ellos el aquí ejecutante cuyo crédito data de noviembre de 2000 y, iv] que la coejecutada resulta ser una persona que, al día de hoy, tiene 76 años de edad, posee problemas de salud y cuenta con escasos recursos provenientes de su jubilación, siendo merecedora de un tratamiento singular y diferenciado en orden a los instrumentos constitucionales antes analizados.

Las razones enunciadas patentizan que la aplicación del poder de agresión sobre ese bien en particu-

lar —en rigor, sobre los derechos posesorios sobre el inmueble bajo la ley 24.374 inscriptos en el Registro el 07/11/1997— arroja un resultado jurídicamente incompatible o reprobable a la luz de los principios constitucionales implicados. La consecuencia de semejante poder, en el caso considerado, luce desproporcionada (y por tanto irrazonable), desoyendo los derechos constitucionales de la señora Sara Astorga (arts. 16, 28, 75 inc. 22 y 23 CN).

V. En consecuencia, por los fundamentos vertidos, corresponde acoger la solicitud de la coejecutada y disponer que el inmueble matrícula ... resulta inembargable e inejecutable, dejándose sin efecto la subasta ordenada mediante resolución del 13/09/2017 de los derechos posesorios que, conforme la ley 24.374, ostenta la apelante.

Voto parcialmente por la Afirmativa.

La doctora *Bourimborde*, adhirió al precedente voto por aducir iguales fundamentos.

2ª cuestión. — La doctora *Hooft* dijo:

En atención a los fundamentos brindados corresponde admitir parcialmente el recurso interpuesto por la coejecutada y declarar la inejecutabilidad de los derechos posesorios sobre el inmueble matrícula ... que se encuentran en trámite de regularización de la ley 24.374, dejándose sin efecto la subasta ordenada el 13/09/2017 (CSJN, Fallos: 343:264; arts. 14 bis, 16, 28, 75 incs. 22 y 23 CN; 1, 2, 3, 4, 5, 6, 9, 23, 24, 31 Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores aprob. por ley 27.360; 7 y 22 de la DUDH; 16 de la DADDH; 17 y 26 de la CADH; 2.2 y 11 del PIDESyC; 26 del PIDCP; 9.1 y 17 del Protocolo Adicional a la CADH en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y arts. 36.6, 36.7 y 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; arts. 902, 1198 del Cód. Civil; 35 a 40, 43 ley 14.394; arts. 1, 2, 3, 7, 242, 244, 245, 246, 249, 729, 961, 991, 1725, Cód. Civ. y Comercial; arts. 6 y 8 ley 24.374; 21 decreto 2815/1996, art. 6 decreto 181/2006; 8 decreto 181/2006; DTR 2/2011; arts. 34 inc. 4ª, 161 inc. 2°, 163 inc. 3° y 6°, 253 su doc. Cód. Proc. Civ. y Comercial) —v pto. IV y V—.

Así lo voto.

La doctora *Bourimborde*, adhirió al precedente voto por aducir iguales fundamentos, con lo que se dio por finalizado el Acuerdo, dictándose por el Tribunal la siguiente sentencia: Que corresponde —de un lado— desestimar el tramo de la apelación enderezado a cuestionar la declaración de inconstitucionalidad de la ley provincial 14.432 decidida a fs. 437/438 —v. pto. III— (arts. 75 inc. 12 CN; CSJN, Fallos: 325:448, 327:1484; 332:1488; SCBA C. 120.341 y 119.623 y arts. 246, 260 y 261 su doc. Cód. Proc. Civ. y Comercial) y —del otro— admitir el recurso en cuanto denuncia la omisión de tratamiento del planteo constitucional formulado a fs. 424/426 (arts. 34 inc. 4°, 161 inc. 2°, 163 inc. 3° y 6° primer párrafo, 253 su doc. del Cód. Proc. Civ. y Comercial, 168 de la Const. provincial; SCBA, Ac. 90.402, sent. del 08/03/2007; C. 110.634, sent. del 07/08/2013; esta Sala II, causa 254.398, sent. del 07/04/2020) y declarar la inejecutabilidad de los derechos posesorios sobre el inmueble matrícula ... que se encuentran en trámite de regularización de la ley 24.374, dejándose sin efecto la subasta ordenada el 13/09/2017 —v. ptos. IV y V— (CSJN, Fallos: 343:264; arts. 14 bis, 16, 28, 75 incs. 22 y 23 CN; 1, 2, 3, 4, 5, 6, 9, 23, 24, 31 Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores aprob. por ley 27.360; 7 y 22 de la DUDH; 16 de la DADDH; 17 y 26 de la CADH; 2.2 y 11 del PIDESyC; 26 del PIDCP; 9.1 y 17 del Protocolo Adicional a la CADH en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y arts. 36.6, 36.7 y 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; arts. 902, 1198 del Cód. Civil; 35 a 40, 43 ley 14.394; arts. 1, 2, 3, 7, 242, 244, 245, 246, 249, 729, 961, 991, 1725, Cód. Civ. y Comercial; arts. 6 y 8 ley 24.374; 21 decreto 2815/1996, art. 6 decreto 181/2006; 8 decreto 181/2006; DTR 2/2011).

Por ello: se admite parcialmente el recurso interpuesto por la señora Astorga y, en consecuencia: 1) se confirma la decisión de fs. 437/438 en cuanto declaró la inconstitucionalidad de la ley provincial 14.432 y 2) se hace lugar a la solicitud de fs. 424/426, disponiendo que, en el caso de autos, el inmueble matrícula (055) 95.385 resulta inejecutable, dejándose sin efecto la subasta ordenada el 13/09/2017 (arts. cit.). Y atento el resultado alcanzado las costas de ambas instancias se imponen al ejecutante sustancialmente vencido (art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Comercial). Regístrese, notifíquese electrónicamente (cf. consid. 22 y art. 3 de la Resolución 480/2020 de la SCBA) y devuélvase a la instancia de origen. — *Irene M. C. Hooft.* — *Ana M. Bourimborde.*

Afectación a vivienda en el marco de la regularización dominial de la ley 24.374

Impostergable replanteo de su procedencia

Lorena Muñoz (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Los hechos del caso.— III. Conclusiones: un inevitable replanteo de la situación en la que se encuentran los beneficiarios del régimen de regularización dominial de la ley 24.374 en relación con la protección de su vivienda.

I. Introducción

En una reciente sentencia, dictada en autos "Tulini, Bruno Juan c. Chávez, César Oscar y otro s/ ejecución prendaria", la sala segunda de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial de La Plata se ha pronunciado, en lo que aquí interesa, y sin perjuicio de otras cuestiones que se debatieron en la causa, sobre la protección de la vivienda que entendió procedía en el caso puntual, sobre un inmueble que se encontraba afectado a la ley 24.374, es decir, sobre los derechos que como beneficiaria de la mencionada ley de regularización dominial tenía, quién fuera codemandada, sobre el bien cuya subasta había sido ordenada en autos.

Al amparar con la protección a la vivienda que consagra el art. 244 del Cód. Civ. y Com., al inmueble cuya ejecución había sido decretada, y en relación con el cual la demandada aún no era titular de dominio pleno y perfecto, evita que este sea subastado. Dicho decisorio deja en evidencia la ausencia de tutela que padecen los beneficiarios del régimen de regularización dominial de la ley 24.374, en el período que transcurre, desde la inscripción registral del acta de afectación hasta la concreción de la consolidación de dominio.

Si bien el pronunciamiento judicial encierra un profundo sentido de justicia, gran parte de su sustento radica en las circunstancias de vulnerabilidad que aquejaban a la ejecutada. No obstante, cabe preguntarse, si la situación de desprotección que aqueja a todos aquellos que se encuentran transitando la regularización dominial sin poder proteger su vivienda del poder de agresión de sus acreedores, no reviste una situación especial de injusticia y vulnerabilidad suficiente que habilite la protección que brinda el art. 244 del Cód. Civ. y Com.

Este es el déficit que evidencia el presente fallo. Precisamente, demuestra la situación desventajosa en la que se halla, en el ámbito de la provincia de Buenos Aires, la persona que está tramitando la regularización de su inmueble en el marco de la ley 24.374, con el acta de afectación inscripta en el Registro de la Propiedad Inmueble, pero que aún no ha efectuado la consolidación, es decir no es aún titular de dominio pleno y perfecto. Pareciera que dicho beneficiario es considerado titular registral a los fines de autorizar el embargo y subasta de su hogar, pero no así a los fines de habilitar su posibilidad de

(*) Abogada. Profesora adjunta ordinaria de Derecho Notarial y Registral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP. Subdirectora de la Especialización en Documentación y Registración Inmobiliaria, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP. Docente investigadora categoría V. Docente en la Tecnicatura Superior en Registración y Publicidad Inmobiliaria del Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires.

proteger el inmueble de sus acreedores afectándolo a vivienda.

II. Los hechos del caso

En el supuesto en análisis, la Alzada toma intervención ante el recurso planteado por la coaccionada, frente a la desestimación que efectuara la jueza de grado de su pedido de dejar sin efecto la subasta ordenada en autos y de cancelar el embargo trabado sobre los derechos que le correspondían, sobre el inmueble como beneficiaria de la ley 24.374, declarando asimismo la inconstitucionalidad de la ley 14.432 que esta alegara para evitar la ejecución.

La apelante arguye, por un lado, la protección de la ley provincial 14.432, y por el otro, los derechos consagrados en la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.

En relación con la ley 14.432 **(1)**, la Alzada desestimó su invocación. Recordó que la jueza a quo, sustentó su decisión en la doctrina legal sentada por la Suprema Corte local (causas C. 120.341, sent. del 19/12/2018 y C. 119.623, sent. del 25/09/2018), la que en igual sentido ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en un supuesto análogo al analizado (Fallos 325:448, sent. del 19/03/2002) donde en síntesis la Corte local entiende que la legislatura provincial no se encuentra facultada para dictar un precepto como el contenido en la ley 14.432, cuya sanción viola el art. 75, inc. 12 de la CN.

Y en tal sentido, la Cámara considera que la apelante no justifica cómo, en el caso, se superaría el avasallamiento por parte de la legislatura local de las competencias delegadas en el Congreso Nacional, como así tampoco, lo que se desprende de la doctrina del caso C.120.341, donde el Superior Tribunal local entiende que tanto el régimen de afectación a bien de familia de la ley 14.394, como el actual de afectación a vivienda consagrado en el art. 244 del Cód. Civ. y Com., "crean un sistema de protección mediante su afectación voluntaria e inscripción, recaudos de los cuales carece la ley provincial que recepta un sistema de 'oponibilidad' automática e inmediata, sin inscripción registral previa ni limitación temporal" (cita del fallo en análisis), caratulando insuficiente la pieza recursiva al no cuestionar un fundamento esencial en el que se asienta la decisión.

Con relación al segundo de los planteos, la apelante sostiene que fue omitido su tratamiento por el a quo. La ejecutada pretende excluir del poder de agresión de su acreedor los derechos que, como beneficiaria de la ley 24.374 posee sobre el inmueble que constituye su vivienda única y permanente, invocando entre otras razones su especial situación desventajosa (edad avanzada, delicado estado de salud), trasluciendo a criterio de la Alzada, un pedido de que se brinde a esos derechos (como beneficiaria de la ley 24.374) una tutela análoga a la consagrada en la ley 14.394 vigente al inicio del litigio, hoy receptada en el art. 244, Cód. Civ. y Com., o visto de otro modo, como refiere la Cámara, no se aplique la regla del art. 242, Cód. Civ. y Com. por la cual el patrimonio constituye la garantía común de los acreedores.

Al respecto, la Alzada señala que si bien la regla del art. 242 del Cód. Civ. y Com. no es absoluta y reconoce excepciones como la "afectación a vivienda" del art. 244 del mentado ordenamiento legal, dicha "protección no parece alcanzar, al menos de modo expreso, a los derechos posesorios sobre el bien cuya subasta se ordenó ...".

Sin perjuicio de ello, renglón seguido entiende que corresponder analizar si en vista de las

(1) La ley 14.432 (BO. del 08/01/2013) en lo que aquí interesa, en su artículo segundo determina que "Todo inmueble ubicado en la Provincia de Buenos Aires destinado a vivienda única, y de ocupación permanente, es inembargable e inejecutable, salvo en caso de renuncia expresa del titular conforme los requisitos de la presente Ley". Y en el artículo siguiente establece "A fin de gozar con el beneficio de inembargabilidad e inejecutabilidad, los inmuebles tutelados por la presente Ley deberán constituir el único inmueble del titular destinado a vivienda y de ocupación permanente, y guardar relativa y razonable proporción entre la capacidad habitacional y el grupo familiar, si existiere, conforme los parámetros que determine la reglamentación". De tal modo establecía una protección semejante al "bien de familia" que hasta esa fecha proporcionaba la Ley nacional 14.394, pero en este caso de manera automática, mientras que la protección de la legislación nacional, hoy recogida en el art. 244 del Cód. Civ. y Com. como afectación a vivienda, requiere una solicitud expresa por parte del solicitante sea por vía administrativa ante el propio Registro de la Propiedad Inmueble o por vía notarial mediante escritura pública.

singulares circunstancias del caso, la ejecución de sus derechos sobre ese bien resulta compatible con las normas constitucionales e instrumentos internacionales de derechos humanos que rigen la materia, adelantando su respuesta negativa.

En tal sentido examina, en primer lugar, la protección constitucional de su avanzada edad, precaria condición socioeconómica y estado de salud, refiriendo a tratados internacionales de jerarquía constitucional y doctrina de la Corte Suprema en relación a la operatividad de estos, concluyendo que "a partir de la reforma constitucional de 1994, cobra especial énfasis el deber de brindar respuestas especiales y diferenciadas para los sectores vulnerables, con el objeto de asegurarles el goce pleno y efectivo de todos sus derechos. En ese orden ha señalado que el envejecimiento y la discapacidad son causas predisponentes o determinantes de vulnerabilidad", realidad ante la cual "el imperativo constitucional es transversal a todo el ordenamiento jurídico" (CS, Fallos 343:264 del 30/04/2020, consid. 9º).

Siguiendo este lineamiento, la Alzada repara en la especial situación de vulnerabilidad de la ejecutada, refiriendo que es poseedora de un único inmueble destinado a su vivienda y de características humildes, su edad (76 años), que es jubilada, que padece diversos problemas de salud, agregando que dichas circunstancias no fueron desconocidas por el ejecutante, y por ello considera que corresponde la aplicación de la normativa de jerarquía constitucional que protege especialmente estas situaciones de vulnerabilidad.

Y, en segundo lugar, analiza que el régimen de tutela de la vivienda única (art. 244, Cód. Civ. y Com.) no contempla de modo expreso la protección de situaciones como la que acontece en el caso bajo examen, es decir, de aquellas personas que se encuentran tramitando la regularización de la su vivienda en los términos de la ley 24.374 y aún no han consolidado su dominio. Esta cuestión que deja al descubierto el fallo bajo análisis es la que amerita una reflexión en torno a cómo se arriba a esta situación y las consecuencias que acarrea.

Con relación a este punto, refiere especialmente la sentencia al grupo de personas hacia el cual estuvo destinado este plan masivo de regularización dominial, personas de escasos recursos económicos, y marginados del acceso a los procedimientos judiciales o notariales para el acceso a la titulación formal de sus viviendas, destacando que el mecanismo instaurado por la ley 24.374 tiene en cuenta la función social de la propiedad y la protección de la vivienda familiar.

Resalta que al amparo de dicho sistema se encuentran los derechos posesorios de la coejecutada, en tanto en el año 1997 suscribieron y se inscribió en el Registro de la Propiedad Inmueble, el acta notarial de afectación al régimen de regularización dominial de la ley 24.374, habiendo declarado que el inmueble estaba destinado a su casa habitación única y permanente, y que no eran titulares de otro inmueble con capacidades para satisfacer sus necesidades de vivienda. Y sobre dicha base, la Alzada expresa con acierto: "Pese a su finalidad social…los derechos posesorios en trámite de regularización no cuentan con una disposición específica que proteja la vivienda única contra la agresión de los acreedores de los beneficiarios".

Y aquí es donde la sentencia propone una solución a este supuesto no previsto por la normativa, entendiendo que este debe ser resuelto por disposiciones análogas. Concluye de tal modo, que debe extenderse la inejecutabilidad e inembargabilidad que ampara a la "vivienda única" a los derechos posesorios de la recurrente sobre su vivienda única, así declarada en el acta de afectación al régimen de regularización dominial, proponiendo que debe integrarse el régimen de la ley 24.374 con normas análogas que también tienen por finalidad la protección de la vivienda, máxime en el caso bajo análisis, considerando especialmente la situación del vulnerabilidad de la ejecutada.

Asimismo, la Cámara considera que al mismo resultado se llega si se aplica el principio de razonabilidad que impone el art. 28 de la Constitución Nacional, analizando las circunstancias particulares del caso, destacando que los derechos posesorios cuya ejecución se pretende al amparo de la regla general del art. 242, Cód. Civ. y Com. recaen sobre un inmueble que constitu-

ye la vivienda única y de ocupación permanente de la codeudora; que la ejecutada ostenta tales derechos en el marco de regularización de la ley 24.374 que persigue un evidente fin social y tiene por objeto bienes de un limitado valor; que la ejecutada careció de una alternativa legal expresa para tutelar o resguardar dicha vivienda de la agresión de eventuales acreedores; la edad avanzada, problemas de salud y escasos recursos provenientes de su jubilación. Sobre dicha base entiende que la aplicación del poder de agresión sobre los derechos posesorios sobre un inmueble afectado a la ley 24.374 arroja un resultado jurídicamente incompatible o reprobable a la luz de los principios constitucionales implicados, concluyendo que la consecuencia de semejante poder luce desproporcionada y por lo tanto irrazonable.

Es así como, la Alzada resuelve admitir parcialmente el recurso de la coejecutada. Por un lado, confirma la decisión de grado en cuanto declara la inconstitucionalidad de la ley 14.432, y de otra parte acoge su recurso en cuanto declara inejecutable el inmueble sobre el cual la recurrente tiene los derechos provenientes de la afectación al régimen de la regularización dominial de la ley 24.374 fundado sustancialmente en la finalidad de dicho régimen y la situación especial de vulnerabilidad de la ejecutada.

III. Conclusiones: un inevitable replanteo de la situación en la que se encuentran los beneficiarios del régimen de regularización dominial de la ley 24.374 en relación con la protección de su vivienda

a) Tal como se ha señalado en la introducción, y como se ha resaltado del análisis del fallo en comentario, la situación que deja en evidencia el caso bajo examen, y sobre la cual se pretende enfatizar, es aquella en la que se encuentra la ejecutada de autos, y otros tantos al igual que ella, como beneficiarios del régimen de regularización dominial en el marco de la ley 24.374, con su acta inscripta en el Registro de la Propiedad Inmueble, donde dicho bien ha sido embargado y ordenado subastar en el marco de un proceso judicial. Situación ante la cual no han tenido la posibilidad de tutelar previamente el inmueble que constituye su vivienda única, familiar y permanente, es decir, no han tenido oportunidad de amparase en la protección que brinda el art. 244 y siguientes del Cód. Civ. y Com. para excluirlo del poder de agresión de sus acreedores, protección de la que goza todo titular registral que reúna los recaudos y así lo solicite, lo cual denota una situación desventajosa y hasta injusta.

Recordemos, como bien se ha destacado, que el principio según el cual los bienes del deudor constituyen la garantía de los acreedores, pudiendo embargarlos y ejecutarlos para cobrar sus créditos, no es absoluto. En la actualidad no se concibe que el deudor pueda quedar despojado de aquellos bienes indispensables para su subsistencia y de su familia, y reducido a la indigencia **(2)**.

Al respecto, se ha afirmado que, en la Argentina, el mandato del art. 14 bis de la CN que impone la "defensa del bien de familia" se encontraba instrumentado mediante la ley 14.394 (año 1954). Esta norma, diseñó un marco regulatorio (requisitos de procedencia, legitimados, beneficiarios, efectos y formas de desafectación), con el propósito de proteger el inmueble ocupado por miembros de la familia, de las posibles acciones de terceros o de actos perjudiciales que pueda realizar su titular, sustrayéndolo de las contingencias económicas que pudieran provocar en lo sucesivo, su embargo o enajenación **(3)**.

Entendiendo que ello respondió a un "objetivo económico y otro social". El primero procuraba la conservación de una parte del patrimonio dentro del núcleo familiar; el segundo propendía al mantenimiento del grupo bajo el mismo techo y de este modo, protegía el derecho humano a la vida familiar, ya que, aunque el deudor perdiera todo, podía preservar la unidad de su familia en condiciones de vida dignas **(4)**.

(2) DÍAZ FALOCCO, H. A., "Protección de la vivienda única dentro del proceso de regularización dominial", Centro de Estudios Notariales de la Delegación de Lomas de Zamora del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, Cuaderno 11, septiembre 2014, ps. 11-17.

(3) CZANNONI, E. "Derecho Civil. Derecho de Familia", Astrea, Buenos Aires, 2005, t. I, p. 640.

(4) KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. y MOLINA DE JUAN, M. F., "La protección de la vivienda de niños, niñas y adolescentes en el código civil y comercial", Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 2, febrero 2015, ps.

Ahora bien, volviendo al caso que nos ocupa, la situación actual demuestra que, un inmueble que se encuentra en la primera etapa que establece la ley 24.374, es decir, con su acta de afectación inscripta, cuyo beneficiario aun no reviste la calidad de titular de dominio pleno y perfecto, puede ser embargado o afectado por otra medida cautelar **(5)**, y asimismo puede ser subastado **(6)**. Así descripta la situación, como la acontecida en el caso bajo examen, y seguramente en otras tantas que ocurren a diario, resulta en cierto modo carente de lógica, que no se le permita gozar de la protección que consagra actualmente el 244 del Cód. Civ. y Com. y concordantes, máxime, como señala la sentencia en comentario, cuando los beneficiarios de la ley 24.374, cumplen *a priori* todos los recaudos exigidos para la afectación a vivienda (en tanto dicho régimen ha estado destinado a amparar a los poseedores de inmuebles destinados a vivienda, requiriendo que este sea su único inmueble que tenga por objeto satisfacer sus necesidades habitacionales propias y de su grupo familiar), y a su vez la finalidad social que ha tenido en miras este sistema.

Cabe destacar que, en los orígenes, o en lo que podríamos decir un primer momento del régimen de regularización dominial de la ley 24.374, el Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires no admitía el ingreso de embargos u otras medidas cautelares sobre los derechos de los beneficiarios de la ley 24.374, y tampoco hay evidencia de la subasta de ellos **(7)**. Sin embargo, con el correr del tiempo, los juzgados han ido admitiendo la procedencia de trabas de embargos, y otras medidas cautelares, y el Registro de la Propiedad Inmueble ha ido receptando su inscripción **(8)**. Tal es así, que en la disposición técnico-registral 2 del año 2011, dictada a fin de regular cuestiones registrales atinentes a la etapa de consolidación, en sus arts. 20 **(9)** y 21 **(10)** deja traslucir la posible existencia de medidas cautelares registradas sobre los derechos de los beneficiarios de la ley 24.374 con carácter previo a la consolidación de dominio.

87-114. En esta misma dirección la Dra. KEMELMAJER DE CARLUCCI ha enfatizado que "Ante el hogar deben detenerse los derechos de los acreedores. Si estos pueden invocar la justicia de sus derechos, aún con más fuerza el propio deudor y los miembros de su familia pueden aspirar a preservar de toda injerencia extraña aquellos bienes que les son necesarios para la subsistencia material y para llevar una vida digna, caso contrario volveríamos a los tiempos de roma en que el acreedor podía apoderarse de la persona del deudor bajo el procedimiento de la manus injectio (tomaba prisionero al deudor por sesenta días para que saldara su deuda por si o un tercero, caso contrario podía venderlo como esclavo o matarlo)" en Protección Jurídica de la vivienda Familiar, Hammurabi, Buenos Aires, 1995.

(5) Conforme lo dejan traslucir los arts. 20 y 21 DTR 2/2011.

(6) En la práctica, se subasta dicho inmueble en las condiciones en las que se encuentra, y así se transmite al adquirente en subasta, por ej., si faltan dos años para consolidar el dominio, el adquirente en subasta deberá cumplimentar dicho lapso temporal y luego realizar la consolidación de dominio.

(7) El fundamento radicaba en que la medida cautelar ordenada contra el beneficiario de la ley 24.374 no coincidía con la titularidad registral que constaba en el Registro, a pesar de que, como más adelante se verá, el acta de afectación al régimen de regularización dominial se inscribe en la columna o rubro A, donde se registran los titulares registrales. Si, se han receptado de siempre las medidas cautelares contra el titular registral original del bien. Tengamos presente que cuando referimos a titular registral, nos referimos a quién el Registro de la Propiedad publicita con efectos de oponibilidad hacia terceros interesados y de buena fe (arts. 2 y 20 de la ley 17.801) como "dueño" del inmueble, sin perjuicio que, en virtud de que nuestro sistema registral es declarativo, en la realidad extra registral, en los hechos, el titular de dominio puede diferir, como en el caso de un bien subastado, cuyo cambio de titularidad aún no se ha registrado.

(8) Ello en virtud que, con el transcurso del tiempo y análisis sobre situaciones que ha dado lugar este régimen de regularización dominial, se considera que los derechos de los beneficiarios de la ley 24.374, tienen contenido patrimonial y en consecuencia pueden ser embargados y subastados.

(9) Art. 20 DTR 2/2011 "Si existiera anotada un a medida cautelar contra el titular del dominio, la toma de razón de la Escritura de Consolidación producirá su desplazamiento, debiendo notificarse al juzgado oficiante la variante registral operada en la forma de estilo. Si la medida cautelar, afectara al beneficiario del Acta de Regularización Dominial, deberá ser reconocida por éste, consignándose asimismo dicha circunstancia en la rogatoria de estilo."

(10) Art. 21 DTR 2/2011 "Si la medida cautelar anotada consistiera en una "medida de no innovar" o "prohibición de inscribir", no se procederá a la toma de razón definitiva de la Escritura de Consolidación, procediéndose a su registración provisional".

b) Resulta oportuno recordar que, el régimen de la ley 24.374, mecanismo a través del cual sus beneficiarios **(11)** pueden obtener el título formal de su vivienda, es una ley nacional que ha facultado a las provincias —y a la entonces municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires—, a determinar en sus respectivas jurisdicciones la autoridad de aplicación de dicho régimen, como así también a dictar las normas reglamentarias y procedimientos necesarios para su operatividad **(12)**.

Es así como, en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, el procedimiento, presenta dos etapas diferenciadas, la de acogimiento y la de consolidación, las cuales incluso se encuentran separadas temporalmente **(13)**.

La primera instancia que suele denominarse "etapa de acogimiento", se realiza ante los Registros Notariales de Regularización Dominial (RNRD), donde los interesados se presentan ante el escribano regularizador con la documentación por la cual acreditan los requisitos para ser beneficiarios **(14)**.

Acto seguido, el escribano interviniente solicita un informe de dominio, cédula y plancheta catastral, respecto del inmueble objeto de regularización. Realiza asimismo un relevamiento social (a fin de verificar la efectiva ocupación del inmueble por el beneficiario y su grupo familiar) y técnico (a fin de verificar las características y condiciones del inmueble). Luego procede a citar al titular registral del inmueble, notificándolo al último domicilio conocido, y emplaza, mediante publicación de edicto, a toda persona que se considere con derechos sobre el inmueble, para que deduzcan oposición en el término de 30 días.

Con toda la documentación recolectada, el notario forma un expediente, y da intervención a la autoridad de aplicación para verificar lo obrado en las actuaciones administrativas. Visado favorablemente el expediente, el notario autoriza la escritura pública a que se refiere el art. 6°, inc. e) de la ley, la cual es suscripta por el beneficiario y el representante de la autoridad de aplicación. En rigor de verdad, tal instrumento es un acta de protocolización, denominada "acta-ley 24.374", que contiene una relación de las actuaciones administrativas.

(11) Art. 1º ley 24.374, conforme anclaje temporal establecido por ley 26.493 "Gozarán de los beneficios de esta ley los ocupantes que, con causa lícita, acrediten la posesión pública, pacífica y continua durante tres (3) años con anterioridad al 1° de enero de 2009, respecto de inmuebles edificados urbanos que tengan como destino principal el de casa habitación única y permanente, y reúnan las características previstas en la reglamentación". Cabe agregar que la ley 27.118 BO. del 28/1/2015 titulada "Reparación histórica de la agricultura familiar para la construcción de una nueva ruralidad en la Argentina", introduce el siguiente agregado en relación con inmuebles rurales: "En las mismas condiciones podrán acceder a estos beneficios los agricultores familiares respecto del inmueble rural donde residan y produzcan". Al respecto se puede ampliar en MUÑOZ, L., y BARRIVIERA, N. L., "Regularización dominial de inmuebles rurales para agricultores familiares", Revista Derechos en Acción N.º 15, 2020, p. 390. https://doi.org/10.24215/25251678e390.

(12) En tal sentido la Provincia de Buenos Aires dictó el dec. 3991/1994 (modif. por dec. 2815/1996), reglamentario de la ley 24.374, y el decreto provincial 226/1995 que aprueba el Convenio celebrado entre el Colegio de Escribanos local y el Gobierno Provincial. Cabe aclarar que en pocas jurisdicciones se ha contado con la participación del notariado para llevar adelante dicho procedimiento. De hecho, en la mayoría de las jurisdicciones se realiza de manera íntegra el trámite ante autoridades administrativas estatales.

(13) Se puede ampliar su desarrollo MUÑOZ, L., "Regularización dominial: A más de una década de la ley 24.374. Estado de la consolidación de dominio en la Provincia de Buenos Aires y una posible actualización del régimen", UNLP 2008-38, 409, AR/DOC/614/2008.

(14) Los beneficiarios deberán presentar "una solicitud de acogimiento al presente régimen, con sus datos personales, las características y ubicación del inmueble, especificando las medidas, linderos y superficies, datos dominiales y catastrales si los tuviese, y toda documentación o título que obrase en su poder..." y "... acompañar una declaración jurada en la que conste su carácter de poseedor del inmueble, origen de la posesión, año de la que data la misma, y todo otro requisito que prevea la reglamentación" (conforme lo previsto por el art. 6° inc. a) de la ley 24.374). A fin de acreditar la antigüedad y continuidad de la ocupación en el inmueble con anterioridad al año 2006, puede aportar los siguientes elementos: boleto de compraventa, cesión de derechos, libreta de pagos, títulos antecedentes, recibo de compra del lote, cesión de derechos posesorios documentos de identidad con el domicilio allí radicado, recibos de pagos de tasas municipales e impuestos provinciales, recibos de pagos de servicios del domicilio, planos del inmueble, boletines escolares, facturas de compra de materiales o insumos para el inmueble, certificados de trabajo, siempre que en ellos conste el domicilio del bien a regularizar.

Dicha escritura se inscribe en el Registro de la Propiedad Inmueble correspondiente, a los fines de computar el inicio del plazo de diez años que establece el art. 8° de la ley 24.374, para obtener el dominio perfecto transcurrido dicho plazo.

La norma citada establece que, transcurridos diez años contados a partir de su registración, la inscripción registral "se convertirá de pleno derecho en dominio perfecto". Si bien la expresión de la norma parecería indicar que la consolidación opera de manera automática, esta no sucede de tal modo, sino que requiere de un nuevo trámite, una segunda instancia, que suele denominarse "etapa de consolidación", donde los interesados deberán dirigirse al Registro Notarial de Regularización Dominial (RNRD) correspondiente, y presentar allí la solicitud de consolidación **(15)**.

El notario interviniente deberá peticionar un informe de dominio del inmueble en cuestión, a fin de constatar la correcta inscripción del derecho del beneficiario y la situación jurídica del bien, como así también debe solicitar la cédula y plancheta catastral, a efectos de verificar su situación física e individualizar correctamente el inmueble a consolidar.

Con la documentación e informes solicitados, el notario forma un nuevo expediente administrativo y lo remite a la autoridad de aplicación, para que realice el visado de dichas actuaciones **(16)**.

Con el visado correspondiente, el expediente es devuelto al notario, quien redacta el acta de consolidación, la cual es suscripta por el requirente de la consolidación y el funcionario a cargo de la autoridad de aplicación, autorizada por el notario, y luego llevada al Registro de la Propiedad Inmueble para su registración.

Culminado el mecanismo descripto, el beneficiario obtiene el título formal de su vivienda, conformado por ambos documentos notariales debidamente registrados.

c) Volviendo al supuesto que nos aqueja, cabe señalar que, la doctrina y jurisprudencia no son contestes sobre la naturaleza jurídica de los derechos que corresponden a los beneficiarios en esta primera etapa de afectación previa a la consolidación **(17)**, discusión que el fallo en comentario no aborda.

(15) Dicha solicitud, tendrá carácter de declaración jurada, y deberá presentarla junto con la documentación pertinente que avale su beneficio. Los sujetos facultados a instar el procedimiento de consolidación pueden ser, los beneficiarios de las actas-ley 24.374; los cesionarios por actos entre vivos o a título universal; los herederos; y los terceros involucrados.

(16) Cabe señalar que las instancias de visado de las actuaciones administrativas, tanto en la primera como en la segunda etapa, importan un control que se limita a la legalidad de las formas extrínsecas de las actuaciones y al cumplimiento del procedimiento previsto en la normativa.

(17) "Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se han intentado diversas respuestas a tal situación. Para algunos la mencionada inscripción representa un supuesto de justo título (art. 4010 del Cód. Civil; cfr. MUSTO, Néstor Jorge, "Derechos Reales", Ed. Astrea, 2000, t. I, p. 518). Para otros, el beneficiario solo posee un derecho personal con emplazamiento registral que le confiere una situación de tránsito al derecho real (PAPAÑO-FARINA "¿Un nuevo caso de dominio imperfecto?" LA LEY, 2006-F, 1173 y AREÁN, Beatriz "Derechos Reales", Ed. Hammurabi, 2003, 6ª ed., t. II, p. 419). En un sentido similar, Claudio Kiper considera que el beneficiario sigue siendo titular de un derecho personal, pero con fuerte oponibilidad ante terceros en virtud de su inscripción registral (en KIPER, Claudio, "Juicio de escrituración", Ed. Hammurabi, 1999, ps. 166/7). También hay quienes consideran —haciendo una interpretación a contrario sensu del artículo octavo— que el beneficiario es titular de un dominio imperfecto sobre la cosa (Cám. Civ. y Com. La Matanza, Sala I, "Sánchez, Mirta c. Fernández Gustavo y Otros s/ Reivindicación", LLBA 2005-842 y CNCom. sala C, "Vergili y Cía. SRL s/ Tercería de dominio en Milme c. Tyseyra", LA LEY, 2005-D, 868). Hay quienes opinan, finalmente, que la ley está regulando un nuevo tipo de posesión, intermedia entre la ordinaria y la propiedad, es decir el beneficiario tiene una cuasi-propiedad (SAGARNA, Fernando, "La ley 24.374 de regularización dominial: una fuente de litigio", LA LEY, 1996-D, 985); una variante de esta postura es la de Manuel Adrogué, quien sostiene que se ha creado una situación jurídica sui generis (en "La atribución de la propiedad de la vivienda económica en la ley 24.374", LA LEY, 1995B, 964), o la de Beatriz Areán, que expone que el beneficiario no es más que un poseedor con una escritura que le crea la ilusión de haber devenido en propietario (en "Derechos Reales", Ed. Hammurabi, 2003, t. I, ps. 419/420)" Citado en fallo de la C. Prim. Apelac. Civ. y Com. San Nicolás, "M. A. M. y otros c. B., M. C. s/ reivindicación", 30/09/2014. Siguiendo la síntesis elaborada por PRAT, H. V., "Interpretación jurídica: de los artículos sexto y octavo de la ley 24.374 (de

Sin embargo, la realidad de los hechos nos demuestra que estamos ante una situación que amerita un tratamiento especial, en efecto, pareciera que dichos beneficiarios del régimen de regularización dominial en la etapa previa a la consolidación, son considerados como titulares registrales para ciertos fines y para otros no.

Adviértase, que el fallo en comentario pone de relieve la ausencia de norma expresa que permita a los beneficiarios de la ley 24.374 tutelar los derechos que le caben sobre su inmueble mediante la afectación a vivienda, una vez que el bien ya se encontraba embargado y con orden de subasta.

De tal modo, si se lo considera titular registral a los fines de ser embargado y subastado, resulta al menos consecuente que se lo considere titular registral para gozar de la afectación a la protección de la vivienda.

Al respecto, esta postura ya ha sido esbozada al afirmar que "... es importante advertir que la ley 24.374 y las Disposiciones Técnicas Registrales, dictadas al efecto, han modificado el concepto de titular registral contemplado en el art. 12 de la ley 17.801, inscribiendo al beneficiario del 'Acta de constatación del cumplimiento de los requisitos formales del Régimen de Regularización dominial' en el rubro A de *titularidad del folio real,* ampliando a partir de ahora el concepto de *titular registral*, siendo todo aquel derecho que en virtud de una ley, deba inscribirse en el Registro de la Propiedad en el rubro *titularidad*, sea o no propietario del inmueble. Esta interpretación permitiría hoy en día incorporar al actual régimen de bien de familia a todos aquellos beneficiarios que cumplan con los requisitos previstos por la ley 14.394, como así también encontrarse legitimados a los fines de la ley 14.432 y del nuevo proyecto de Código, atento que es requisito indispensable para acogerse al régimen de la ley 24.374 ser poseedor por causa lícita de un inmueble urbano, con destino a vivienda única y permanente, circunstancias acreditadas ante expediente administrativo ante Subsecretaría de Tierras y no por la sola manifestación en declaración jurada" **(18)**.

Si bien, a la fecha de la mencionada postura, aun no se encontraba vigente el Cód. Civ. y Com., esta refiere al proyecto de nuevo Código y en tal sentido cabe destacar que el art. 245 de la legislación vigente, al mencionar a los sujetos legitimados para solicitar la afectación a vivienda, refiere a "titulares registrales", y los beneficiarios de la ley 24.374 son inscriptos en la columna de la titularidad registral, como bien se ha puesto de relieve.

Entonces, si bien es cierto que no existe disposición expresa que habilite a los beneficiarios a proteger como vivienda el inmueble afectado a la ley 24.374 antes de consolidar el dominio, con el mismo criterio con el cual se habilita la agresión de dicho bien por sus acreedores se podría permitir su protección al considerarlo titular registral a ambos efectos **(19)**.

En tal sentido, me permito traer a colación una postura sobre la naturaleza jurídica de los derechos del beneficiario de la ley 24.374, que si bien no ha tenido gran difusión, entiendo refleja lo que acontece al menos en el caso que se describe en el fallo en comentario. Esta tesis postula, en síntesis, con relación a los derechos del beneficiario del régimen de regularización dominial, que "[e]s dominio frente a toda la sociedad con excepción de su verdadero titular" **(20)**.

regularización dominial)" DJ17/09/2008, 1438 - DJ2008-II, 1438.

(18) DÍAZ FALOCCO, H. A., ob. cit., p. 14.

(19) Cabe tener presente que siempre el acreedor tiene la posibilidad de demostrar que el inmueble no cumple los requisitos para estar afectado a vivienda, y consecuentemente correr dicha protección y lograr la ejecución del bien.

(20) PERALTA MARISCAL, L. L., "Algunas consideraciones en torno a la llamada "Ley de regularización dominial", JA 5931-1995, ps. 17-22. Dicho autor fundamenta su postura señalando que la figura que da a luz la ley 24.374 no es un derecho personal, pues no se presenta el sujeto pasivo y la deuda que caracterizan a todo nexo obligacional, y se pregunta ¿cuál es la verdadera substancia de este derecho?, respondiendo que se trata de un pseudo derecho real de dominio con la paradójica característica de que no resulta oponible al verdadero propietario del inmueble. En tal sentido refiere que parece atinado colocarlo en un eslabón intermedio entre el hecho de la posesión y el derecho de dominio. Y sobre dicha base entiende que la ley 24.374 creó un derecho

A todo lo expuesto cabe agregar, que este mecanismo de regularización dominial importa un régimen de excepcionalidad en términos de un modo de adquisición del dominio que altera las pautas establecidas por la normativa civil, y así lo han caracterizado tanto la doctrina como la jurisprudencia, y por lo tanto sus titulares también se encuentran en una situación excepcional que merece un tratamiento especial.

Al respecto, en el marco del XVI Congreso Nacional de Derecho Registral se manifestó que, habiendo sancionado el Estado una legislación especial que ampara la situación de gran cantidad de personas que viven económica y socialmente marginados, permitiéndoles ingresar al mercado inmobiliario y crediticio, como así también acceder con el tiempo a su ansiado título propiedad; es imprescindible, a fin de no vulnerar el espíritu tuitivo de la ley, que el Estado inste los mecanismos que crea adecuados, para que los beneficiarios de la ley 24.374 protejan el inmueble que habitan, contemplando al régimen Regularización Dominial en las nuevas normas que se dicten de preservación de la vivienda única; a fin de evitar el abuso de situaciones de marginalidad y del contexto social en el que viven muchos de estos conciudadanos **(21)**.

Sumado a ello, no debemos olvidar la gran inversión que realiza el Estado, la sociedad en su conjunto, en definitiva, para solventar este proceso de regularización dominial que lleva ínsita su gratuidad, circunstancia frente a la cual los organismos del Estado, y especialmente la justicia, no pueden estar ajenos al momento de evaluar el amparo o desamparo de estas situaciones para la protección de la vivienda **(22)**.

Por ello, sin perjuicio de la justeza que encierra la decisión para el caso particular, y sin abrir debate sobre su fundamentación jurídica, lo cierto es que más allá de la situación especial de vulnerabilidad que presenta la ejecutada en el fallo en comentario, si se habilita la procedencia de medidas cautelares y subastas sobre los derechos de los beneficiarios de la ley 24.374, correlativamente debería habilitarse la posibilidad a dichos beneficiarios de proteger su inmueble en los términos del art. 244 del Cód. Civ. y Com., cumpliendo los recaudos que establece la normativa y solicitando específicamente dicha protección, es decir, ante su rogación expresa en sede administrativa o notarial **(23)**. Posibilidad que, si bien merecería una norma específica que así lo habilite, no debería ser negada ante la rogación del beneficiario como titular registral en los términos expresados en este trabajo.

---

real de inferior grado que el dominio y mayor jerarquía que el hecho de la posesión. De tal modo llega a su conclusión la que transcribo textualmente "Si se nos permite la licencia terminológica, podemos decir que se trata de un "cuasi-dominio": Es dominio frente a toda la sociedad con excepción de su verdadero titular".

(21) XVI Congreso Nacional de Derecho Registral celebrado en San Salvador de Jujuy, 13 al 15 de junio de 2011. Tema 1.

(22) Tampoco puede dejarse de advertir que quienes adquieren en subasta los derechos de los beneficiarios del régimen de regularización dominial y resultan continuadores de éstos, probablemente no cumplan los recaudos exigidos para quienes fueron los beneficiarios de este, la misma situación acontece en el marco de las cesiones de derechos de la ley 24. 374, lo cual ha sido objeto de serias críticas.

(23) La afectación a vivienda podría realizarse en la misma acta de afectación al régimen. Y para aquellos que ya tienen su acta inscripta podría ser rogada ante el Registro de la Propiedad (vía administrativa) o ante cualquier escribano (vía notarial).

JURISPRUDENCIA

DERECHOS DEL CONDÓMINO

Reclamo de canon locativo. Procedencia. Porcentaje.

1. — Considero acertado el temperamento del sentenciante de grado al fijar el punto de partida para el cálculo de los cánones locativos en el día en que la condómina ingresó a la unidad con posterioridad a conocer la postura de las restantes comuneras **[1].**

2. — El copropietario ocupante de un inmueble en condominio debe abonar a los restantes condóminos el precio equivalente a la parte de la renta que estos obtendrían si el inmueble se diera en locación. De tal modo se regula una suerte de división del uso del inmueble, compensando lo que uno recibe de más en especie con el dinero que este adeuda a los otros.

3. — El silencio debe entenderse como una tácita autorización de la accionante para que su hermana utilice el bien de que se trata. Tal es así que la forma en que se propuso la demanda reconoce tal situación, puesto que se indicó que la demandada ocupaba el inmueble desde el fallecimiento de su padre (ocurrido el 21 de diciembre de 1998), pero solo se le reclamaron los valores locativos de abril, mayo, junio y julio de 2014.

4. — Es cierto que, tal como lo apunta la apelante, los únicos períodos que integraron el presente reclamo son los comprendidos entre abril y julio de 2014. Sin embargo, aunque ello implicaría entender que el marco cognoscitivo de este proceso debería limitarse únicamente a los períodos reclamados, de solo reparar en el elevado grado de conflictividad existente entre las partes, advierto que la solución propuesta por la accionada solo conduciría al inicio de un nuevo proceso para formalizar el reclamo por los períodos no incluidos en este, cuestión que solo significaría un dispendio de esfuerzos jurisdiccionales. Más allá de que lo decidido en la instancia de grado haya excedido el reclamo inicial, razones de economía y concentración de procesos imponen confirmar lo decidido en la instancia de grado.

5. — Al momento de demandar, la accionante era la titular del cincuenta por ciento y en tal carácter podía reclamarle el canon locativo compensatorio del uso exclusivo de la unidad tanto a su hermana como a su sobrina, pero solo en la medida en que cada una de ellas participa en la propiedad. Luego, si optó por accionar únicamente contra una de ellas, el silencio o la pasividad ante la ocupación que efectuó su sobrina importa el consentimiento de uso que hace improcedente el cobro.

CNCiv., sala A, 10/12/2020. - Hambo, Verónica Sara c. Hambo, Débora Raquel s/ fijación y/o cobro de valor locativo.

[Cita on line: AR/JUR/75723/2020]

JURISPRUDENCIA VINCULADA

[1] Ver también: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, 23/08/2016, "Mazza, Leonardo Mitchell c. Asborno, Norberto Oscar s/ cobro de valor locativo", LA LEY 17/02/2017, 6, LA LEY 2017-A, 384, AR/JUR/59856/2016.

Expte. N° 43366/2014 y 4051/2017

2ª Instancia.- Buenos Aires, diciembre 10 de 2020.

¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada?

A la cuestión propuesta el doctor *Li Rosi* dijo:

I. La sentencia del 12 de agosto de 2020 hizo lugar a la demanda entablada en los autos "Hambo, Verónica S. c. Hambo, Débora R. s/ fijación y/o cobro de valor locativo" (Expte. N° 43.366/2014), y condenó a Débora Raquel Hambo a abonarle a la accionante el cincuenta por ciento (50%) de los cánones locativos del inmueble sito en la calle ... de la Ciudad de Buenos Aires, respecto de los períodos comprendidos entre el 18 de mayo de 2015 hasta el 10 de septiembre del mismo año inclusive y desde el 18 de julio del 2019 en adelante y hasta tanto dure el uso del bien por parte de la accionada.

Asimismo, hizo lugar a la demanda entablada en los autos "Hambo, Débora R. y otra c. Hambo, Verónica S. s/ fijación y/o cobro de valor locativo" (Expte. N° 4051/2017) y condenó a Verónica Sara Hambo a abonarle a Muriel Antonella Mazzeo Hambo el veinticinco por ciento (25%) de los respectivos canones locativos del inmueble de la calle ... de la Ciudad de Buenos Aires, que comprenden el período que va desde el 3 de julio de 2017 hasta el 18 de julio del 2019 inclusive. A su vez, la condenó a abonarle a Débora Raquel Hambo el veinticinco por ciento (25%) de los cánones locativos por los períodos que van desde el 10 de septiembre de 2015 hasta el 18 de julio del 2019 inclusive.

Contra este pronunciamiento, el 23 de septiembre presentaron sus agravios Debóra Raquel Hambo y Muriel Antonella Mazzeo Hambo, los cuales fueron

contestados por Verónica Hambo con el escrito del 7 de octubre.

Verónica Hambo presentó sus quejas mediante la pieza electrónica del 4 de octubre, que mereció la réplica de Débora Raquel Hambo introducida el 12 de octubre.

II. Antes de tratar los planteos formulados por los recurrentes, creo necesario recordar que los jueces no están obligados a hacerse cargo de todos y cada uno de los argumentos expuestos por las partes ni a analizar las pruebas producidas en su totalidad, sino tan solo aquellos que sean conducentes para la correcta decisión de la cuestión planteada (conf. arg. art. 386, Cód. Procesal y véase Sala F en causa libre N° 172.752 del 25/04/1996; CS, en RED 18-780, sum. 29; CNCiv., sala D en RED, 20-B-1040, sum. 74; CNFed. Civil y Com., sala I, ED, 115-677 —LA LEY, 1985-B, 263—; CNCom., Sala C en RED, 20-B-1040, sum. 73; SC Buenos Aires en ED, 105-173, esta Sala, en libre N° 93.472/2016 del 16/09/2020 y N° 102219/2012 del 19/10/2020, entre otros).

Por otro lado, corresponde destacar que el art. 265 del Código Procesal exige que la expresión de agravios contenga la crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considera equivocadas. Y en este sentido, el contenido de la impugnación se relaciona con la carga que le incumbe de motivar y fundar su queja, señalando y demostrando, punto por punto, los errores en que se hubiere incurrido en el pronunciamiento, o las causas por las cuales se lo considera contrario a derecho (conf. Fenochietto-Arazi, "Código Procesal Civil y Comercial, Anotado, Comentado y Concordado", T. I, ps. 835/7; CNCiv. esta Sala, libres N° 37.127 del 10/08/1988, N° 33.911 del 21/09/1988, N° 587.801 del 28/12/2011, entre muchos otros).

En este orden de ideas, sin embargo, bien vale destacar que la mera disconformidad con la interpretación judicial sin fundamentar la oposición, ni concretar en forma detallada los errores u omisiones del pronunciamiento apelado no constituye la crítica para la que prescribe la norma (conf. CNCiv., esta Sala, 15/11/1984, LA LEY, 1985-B, 394; íd. Sala D, 18/05/1984, LA LEY, 1985-A, 352; íd. Sala F, 15/02/1968, LA LEY, 131-1022; íd. Sala G, 29/07/1985, LA LEY, 1986-A, 228, entre otros).

Desde esta perspectiva, considero que los pasajes a través de los cuales Verónica Sara Hambo pretende fundar sus recursos logran cumplir con los requisitos referidos.

En base a lo expuesto, y a fin de preservar el derecho de defensa en juicio, de indudable raigambre constitucional, no habré de propiciar la deserción requerida por Debora Raquel Hambo y Muriel Antonella Mazzeo Hambo.

Asimismo, aclaro que no me detendré en los agravios vinculados a las denuncias de parcialidad, arbitrariedad y violación de las reglas de la sana crítica, puesto que la simple lectura del proceso demuestra lo infundado de los planteos.

Igual temperamento adoptaré respecto de las numerosas argumentaciones vinculadas a la prescripción adquisitiva de la unidad, puesto que ello excede el particular marco de conocimiento del proceso.

III. Por razones de orden metodológico de las cuestiones a tratar, realizaré un breve recuento de lo ocurrido en cada uno de los procesos para luego dar respuesta a las quejas vertidas respecto de la sentencia recaída.

1) "Hambo, Verónica S. c. Hambo, Débora R. s/ fijación y/o cobro de valor locativo" (Expte. N° 43.366/2014).

En el marco de este proceso, Verónica Sara Hambo demandó a Débora Raquel Hambo reclamando la fijación y el cobro de los canones locativos de los meses de abril, mayo, junio y julio de 2014. Expuso que desde el fallecimiento del Sr. A. H. (su padre), ocurrido el 21 de diciembre de 1998, su hermana ocupa de manera exclusiva el inmueble de la calle ..., que integra el acervo hereditario del difunto.

Expuso que, en numerosas oportunidades ella y su madre, Nélida Beatriz Mosovich, le habían requerido el pago de una renta mensual por el uso del departamento sin haber obtenido respuesta positiva.

Agregó que, una vez ocurrido el fallecimiento de su madre (el día 19 de abril de 2014), le remitió a su hermana una carta documento requiriéndole el pago del canon por el uso exclusivo de la unidad. Conforme su relato, la misiva fue despachada en la calle ... el 13 de junio de 2014, pero fue devuelta al correo sin notificar (cfr. fs. 20/vta.).

Mediante la presentación de fs. 86/89, se presentó en autos Débora Raquel Hambo y solicitó la nulidad de todo lo actuado en el proceso, argumentando que la dirección a la que le fueron remitidas las cédulas de notificación de la demanda y la carta documento que antecedió al proceso no era su domicilio real, sino que ella se domiciliaba en la calle ...

Con la resolución de fs. 103/104 se hizo lugar al planteo de la accionada y se ordenó correr nuevamente con el traslado de demanda, temperamento que fue confirmado por esta Alzada a fs. 126/127.

Cumplido ello, Débora Raquel Hambo contestó el emplazamiento y se opuso al progreso de la acción. Reconoció que habitó el inmueble de la calle ... desde el fallecimiento de su padre, pero que con posterioridad a la muerte de su madre, en el mes de mayo de 2014, había decidido desocupar el mismo (cfr. 145 vta.).

Producida la prueba ofrecida por las partes, el anterior sentenciante dictó sentencia acogiendo la demanda en los términos expuestos precedentemente.

Contra este pronunciamiento, se alzaron las quejas de la accionante vinculadas con la fecha fijada como punto de partida del reclamo por el uso exclusivo de la unidad, solicitando que se tome en consideración la de la carta documento remitida el 13 de junio de 2014.

De su lado, la parte demandada se agravió por entender que se había incurrido en un fallo extra petita, toda vez que se la había condenado a abonar el pago de canones locativos por períodos que no habían sido reclamados. A su vez, se quejó por la extensión de la condena dispuesta en su contra, argumentando que ella no es titular del cincuenta por ciento (50%) restante de la unidad, sino del veinticinco por ciento (25%), dado que había cedido a su hija la porción restante.

De cara a dar respuesta a las quejas de Verónica Sara Hambo, lo primero que advertiré es que la exposición efectuada en su expresión de agravios contiene graves incongruencias que no permiten otorgarle validez a sus argumentaciones. Mientras en algunos párrafos solicita que se considere como comunicación fehaciente a la carta documento remitida el 13 de junio de 2014 al domicilio de ..., a renglón seguido reconoce que la destinataria de la misiva no se domiciliaba allí desde el mes de mayo de 2014, sino en la calle ...

En otras palabras, su posición se encamina a pretender que se reconozca a la misiva como la primer manifestación de su voluntad de requerir a su hermana el pago de un canon locativo por el uso exclusivo del bien, pero también reconoce que dirigió la carta a una dirección que no era el domicilio real correspondiente.

Indudablemente, lo confuso e incongruente de este argumento solo conlleva al rechazo del agravio.

En suma, parece soslayar lo decidido en estos obrados a fs. 103/104, cuando se resolvió la nulidad de las diligencias de notificación de demanda cursadas al domicilio de la calle ... Si en esa oportunidad se dejó en claro que la demandada no residía en ese domicilio, no existe fundamento alguno para pretender ahora reeditar una discusión que ya fue sellada.

No desconozco que del texto de la carta documento surge la intimación para que su hermana le abone el canon locativo por el uso exclusivo del bien. Pero la exteriorización de la voluntad no se agota simplemente con el envío de una misiva (menos aun si se remite a un domicilio en el que se reconoce expresamente que no vive la demandada), dado que para cumplir sus efectos propios debe llegar a conocimiento de su destinatario, puesto que la comunicación de que se trata es de carácter recepticio. Si bien no se requiere de formalidades especiales, es importante, para atribuirle efectos, contar con la seguridad de que su contenido fue conocido por el interesado, pues lo dudoso debe ser interpretado en favor de la libertad, de la benignidad y del deudor. Sencillamente, connota una voluntad recepticia, de manera que debe llegar a conocimiento del deudor interpelado (conf. CNCiv., Sala H, "Creo, Ricardo y otros c. Creo, Carlos Alberto" del 06/07/2010, Publicado en: DFyP 2011 (marzo), 132, Cita online: AR/JUR/46182/2010).

En consecuencia, coincido con el anterior setenciante en tanto consideró que no existe constancia alguna que indique que la accionada fue intimada al pago de un canon locativo con anterioridad a la cédula del traslado de la demanda, que data del 18 de mayo de 2015 (ver fs. 138 vta.).

Desde allí, recordaré que el copropietario ocupante de un inmueble en condominio debe abonar a los restantes condóminos el precio equivalente a la parte de la renta que estos obtendrían si el inmueble se diera en locación. De tal modo se regula una suerte de división del uso del inmueble, compensando lo que uno recibe de más en especie con el dinero que este adeuda a los otros. Según indica el artículo 2684 del Cód. Civil todo condómino puede usar de la cosa común, pero con dos limitaciones: a) que se ajuste al destino de la cosa y, b) que no la deteriore en su interés particular. Es claro que, como ese derecho de uso y goce corresponde a todos los condóminos, cada uno lo podrá ejercer de modo que no estorbe el derecho igual de los demás, de lo que se sigue que, si la cosa no es susceptible de uso y goce común, o si los condóminos no llegan a un acuerdo sobre el punto, resultarán de aplicación los arts. 2699 y siguientes del mentado cuerpo legal. Por lo demás, si uno solo de los condóminos usa y goza de la totalidad de la cosa sin que los otros formulen observación alguna, no puede posteriormente reclamársele una compensación por ese uso exclusivo desde la fecha en que el mismo comenzó, sino únicamente desde la del requerimiento, pues durante el período anterior se presume un asentimiento tácito con dicha ocupación gratuita (Mariani

de Vidal, Marina, "Curso de Derechos Reales", Zavalia, Buenos Aires, 1990, T. 2, p. 36).

Seguidamente, el silencio debe entenderse como una tácita autorización de la accionante para que su hermana utilice el bien de que se trata.

Tal es así que la forma en que se propuso la demanda reconoce tal situación, puesto que se indicó que Débora Raquel ocupaba el inmueble desde el fallecimiento de su padre (ocurrido el 21 de diciembre de 1998), pero solo se le reclamaron los valores locativos de abril, mayo, junio y julio de 2014.

Lo dicho sella la suerte del planteo, que —a mi criterio— no debe ser atendido.

Me avocaré ahora a dar respuesta a los agravios introducidos por la emplazada.

Es cierto que, tal como lo apunta la apelante, los únicos períodos que integraron el presente reclamo son los comprendidos entre abril y julio de 2014 (ver fs. 21/ vta.). También resulta acertada su puntualización en cuanto a que si bien en la pieza inaugural se efectuó reserva para ampliar el reclamo (ver fs. 21 vta.), la lectura de las actuaciones revela que nunca se ejerció tal prerrogativa.

Sin embargo, aunque ello implicaría entender que el marco cognoscitivo de este proceso debería limitarse únicamente a los períodos reclamados, de solo reparar en el elevado grado de conflictividad existente entre las partes (que surge palmario de los numerosos procesos iniciados), advierto que la solución propuesta por la accionada solo conduciría al inicio de un nuevo proceso para formalizar el reclamo por los períodos no incluidos en este, cuestión que solo significaría un dispendio de esfuerzos jurisdiccionales.

Cuadra aquí resaltar que la demandada no introdujo ninguna manifestación para intentar rebatir el temperamento adoptado en la instancia de grado al considerar los períodos en los cuales hizo uso exclusivo del bien. Solo se limitó a argumentar que lo decidido violentaba su derecho de defensa, cuestión que no se ve reflejada en el trámite de los obrados, puesto que la entidad de cada una de las piezas presentadas por ambas partes deja totalmente a la vista que han podido introducir cuanto argumento consideraron pertinente para fundar su estrategia.

De este modo, más allá de que lo decidido en la instancia de grado haya excedido el reclamo inicial, razones de economía y concentración de procesos imponen confirmar lo decidido en la instancia de grado.

Desde otro enfoque, en lo que hace a la extensión de la condena dispuesta a su respecto, creo conveniente realizar una puntual aclaración.

Como bien lo destacó el anterior sentenciante, surge de los autos sucesorios "H., A. s/ sucesión ab-intestato" (Expte. N° 68.931/2013) y su acumulado "Mosovich, Nélida Beatriz s/ sucesión ab-intestato" (Expte. N° 43.359/2014) que Verónica Sara Hambo, Débora Raquel Hambo y Muriel Antonella Mazzeo Hambo resultan copropietarias de la totalidad del inmueble de la calle ... El cincuenta por ciento (50%) de la unidad se encuentra en cabeza de Verónica Sara Hambo (por efecto de la donación efectuada por A. H. el 1° de septiembre de 1997 y por resultar coheredera de la Sra. Nélida Beatriz Mosovich, quien era titular registral del cincuenta por ciento del inmueble) mientras que Débora Raquel Hambo posee el veinticinco por ciento (25%), como consecuencia de la donación efectuada por A. H., siendo su hija, Muriel Antonella Mazzeo Hambo, titular del veinticinco por ciento (25%) restante, en virtud de la cesión de derechos y acciones hereditarias efectuada en su favor el 26 de noviembre de 2014 (ver fs. 143/4 y fs. 202/3 de los autos "Mosovich, Nélida Beatriz s/ sucesión ab-intestato").

Ahora bien, en este caso en particular, la acción no fue dirigida contra Muriel Antonella Mazzeo Hambo, sino exclusivamente contra Débora Raquel Hambo, por lo que la extensión de la condena debe ser fijada acorde al porcentual que esta última detenta del bien.

Al momento de demandar, Verónica Sara Hambo era la titular del cincuenta por ciento (50%) y en tal carácter podía reclamarle el canon locativo compensatorio del uso exclusivo de la unidad tanto a su hermana como a su sobrina, pero solo en la medida en que cada una de ellas participa en la propiedad. Luego, si optó por accionar únicamente contra una de ellas, el silencio o la pasividad ante la ocupación que efectuó su sobrina importa el consentimiento de uso que hace improcedente el cobro.

En razón de ello, considero que debe modificarse este aspecto de la sentencia apelada, en el sentido que la condena respecto de Débora Raquel Hambo deberá ajustarse al veinticinco por ciento (25%) de los canones locativos, sobre cuyos valores y método de actualización no ha mediado agravio.

2) "Hambo, Débora Raquel y otra c. Hambo, Verónica Sara s/ fijación y/o cobro de valor locativo" (Expte. N° 4051/2017).

En el marco de este proceso, Débora Raquel y Muriel Antonella Mazzeo Hambo demandaron a Verónica Sara Hambo reclamando la fijación y cobro de canon locativo por el uso exclusivo del departamento

de ... Indicaron que la demandada se encontraba en el bien desde el mes de septiembre de 2015, por lo que solicitaron que se la condene a abonarles un canon locativo representativo del porcentual que detentan de la propiedad.

Al contestar el emplazamiento, Verónica Sara Hambo rechazó la procedencia de la acción argumentando que, si bien se encontraba en uso del bien, no lo hacía de manera exclusiva, por cuanto nunca les había prohibido el ingreso a las restantes condóminas.

Producida la prueba, el Sr. Juez de grado se pronunció acogiendo el reclamo en los términos previamente expuestos. Para así decidir, tuvo en consideración que, a partir de la constancia obrante a fs. 307 de los autos sucesorios previamente mencionados, se desprendía que desde el 10 de septiembre de 2015 Verónica Sara Hambo se encontraba en posesión del bien, la cual cesó el 18 de julio de 2019 con la materialización de la restitución ordenada en la sentencia dictada en los autos "Hambo, Débora R. c. Hambo, Verónica Sara s/ interdicto" (N° 7549/2015) (ver fs. 329/330).

A su vez, consideró que, por más que ambas partes contaran con las llaves de la unidad, la conflictividad evidenciada en los numerosos pleitos judiciales existentes hacía suponer que no podían compartir el uso del departamento, por lo que juzgó que quien se encontraba allí estaba haciendo uso exclusivo.

Contra este pronunciamiento se alzaron las quejas de la demandada, dirigidas únicamente a objetar la fecha en la que se habría puesto en conocimiento la oposición a la ocupación exclusiva, peticionando que se la fije en el día de la notificación de la demanda de estas actuaciones.

Sobre el particular, adelanto que considero apropiado el temperamento adoptado por el anterior sentenciante.

El tenor de la demanda promovida en los autos "Hambo, Débora R. c. Hambo, Verónica S. s/ Interdicto" (N° 7549/2015), de la cual la accionada fue notificada el 6 de mayo de 2015, trasluce de manera clara y categórica la voluntad de la accionante de repeler las turbaciones de hecho efectuadas por la demandada, de lo cual se decanta el impedimento a autorizar su uso exclusivo.

Desde allí, y a pesar de conocer la postura de su hermana, Verónica Sara Hambo tomó la decisión de ingresar al bien el 10 de septiembre de 2015 y, una vez allí, estando en uso exclusivo de la vivienda, no abonó canon locativo alguno al que se encontraba obligada, siendo que a partir del traslado de la demanda de los autos de referencia fue puesta en conocimiento de que no contaba con la anuencia de las restantes comuneras.

En base a ello, considero acertado el temperamento del sentenciante de grado al fijar el punto de partida para el cálculo de los cánones locativos en el día en que Verónica Sara Hambro ingresó a la unidad con posterioridad a conocer la postura de las restantes comuneras.

En lo que respecta al único agravio introducido por Muriel Antonella Mazzeo Hambo, la simple lectura de su argumentación me permite advertir que no logra cumplir con los recaudos contenidos en el art. 265 del Código Procesal. Como ya dije, la pauta mencionada exige que la expresión de agravios contenga la crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considera equivocadas. Y, en este sentido, "criticar" es muy distinto de "disentir", pues la crítica debe significar un ataque directo y pertinente de la fundamentación, procurando la demostración de los errores fácticos o jurídicos que pudiere contener, mientras que el disenso es la mera exposición del desacuerdo con lo sentenciado (conf. esta Sala, voto del Dr. Escuti Pizarro en libre n° 414.905 del 15/04/2005).

Desde esta perspectiva, observo que la expresión de agravios carece de un discurso sistemático, y no transita de premisa a conclusión, mediante el examen orgánico de elementos pertinentes y conducentes de convicción incorporados a la causa. Si bien se pretende objetar el momento tomado en consideración para el cálculo de su acreencia, todos los esfuerzos argumentativos se dirigen a exponer cuestiones familiares que nada tienen que ver con el particular marco fáctico del debate.

De este modo, discutir el criterio judicial sin apoyar la oposición en basamento fáctico idóneo o sin dar razones jurídicas a un distinto punto de vista, no permite alcanzar la necesaria idoneidad recursiva (cfr. voto del Dr. Peirano, CNCom., sala A, "Telecal SA c. Protelar SA", del 12/05/2003, Publicado en: LA LEY, 2004-B, 1015, Cita online: AR/JUR/3071/2003).

Por lo expuesto, no cabe sino hacer efectiva la sanción dispuesta por el art. 266 del Código Procesal y tener por desierto este aspecto del recurso.

IV. Voto, en definitiva, para que se modifique la sentencia apelada en lo que hace al alcance de la condena fijada en los autos "Hambo, Verónica S. c. Hambo, Débora R. s/ fijación y/o cobro de valor locativo" (Expte. N° 43.366/2014), que debería limitarse al veinticinco por ciento (25%) que se encuentra a cargo de la demandada, por ser esta la proporción que ella detenta del bien de que se trata. Con dicha salvedad,

debería confirmarse todo lo demás decidido en ambos procesos que fue materia de agravios.

Las costas de Alzada de los autos "Hambo, Verónica S. c. Hambo, Débora R. s/ fijación y/o cobro de valor locativo" (Expte. N° 43.366/2014), deberían imponerse en un veinte por ciento (20%) a cargo de la actora, debiendo cargar la demandada con el ochenta por ciento (80%) restante, atento el resultado obtenido y la importancia económica de las pretensiones (art. 68 y 71 del Código Procesal).

En cuanto a las costas de Alzada de los autos "Hambo, Débora R. y otra c. Hambo, Verónica S. s/ fijación y/o cobro de valor locativo" (Expte. N° 4051/2017), deberían imponerse a la demandada vencida, en virtud del principio objetivo de la derrota (art. 68, primer párrafo, del Código Procesal).

El doctor *Picasso* votó en el mismo sentido por razones análogas a las expresadas en su voto por el doctor *Li Rosi.*

La vocalía N° 2 no interviene por hallarse vacante.

Por lo que resulta del acuerdo que informa el acta que antecede, se resuelve: modificar la sentencia apelada en lo que hace al alcance de la condena fijada en los autos "Hambo, Verónica S. c. Hambo, Débora R. s/ fijación y/o cobro de valor locativo" (Expte. N° 43.366/2014), que se reduce al veinticinco por ciento (25%) en virtud de la proporción que la demandada detenta del bien de que se trata, y se confirma todo lo demás decidido y que fuera materia de agravios. Las costas de Alzada de los autos "Hambo, Verónica S. c. Hambo, Débora R. s/ fijación y/o cobro de valor locativo" (Expte. N° 43.366/2014), se imponen en un veinte por ciento (20%) a cargo de la actora, debiendo cargar la demandada con el ochenta por ciento (80%) restante. En cuanto a las costas de Alzada de los autos "Hambo, Débora R. y otra c. Hambo, Verónica S. s/ fijación y/o cobro de valor locativo" (Expte. N° 4051/2017), se fijan en cabeza de la demandada. Difiérase la regulación de los honorarios profesionales para cuando se haga lo propio en la instancia de grado. Notifíquese en los términos de las Acordadas 31/2011, 38/2013 y concordantes de la CSJN, comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la CSJN en la forma de práctica y devuélvase. — *Ricardo Li Rosi. — Sebastián Picasso.*

IMPLICANCIAS DEL CÓDIGO EN OTRAS MATERIAS

Doctrina

Efectos de la mediación prejudicial obligatoria sobre los plazos de caducidad

Conflicto entre el Código Civil y las legislaciones procesales

Alfredo Ignacio Olego (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Concepto.— III. Diferencias entre prescripción liberatoria y caducidad.— IV. Suspensión e interrupción de la caducidad.— V. La mediación prejudicial obligatoria como hecho impeditivo de la caducidad.

I. Introducción

El antiguo Código Civil no contenía un capítulo que regulara de forma general la caducidad de los derechos como lo hacía con los distintos tipos de prescripción, por lo que la distinción entre ambos institutos en un principio debió ser realizado por la doctrina y la jurisprudencia.

No fue sino hasta bien entrado el siglo XX que distintas reformas fueron introduciendo regulaciones sobre la caducidad en materias particulares, mas no disposiciones generales sobre ella.

Esta situación trajo inconvenientes en distintos ámbitos, dado que el aparente parecido entre ambos institutos ha dado lugar a numerosas confusiones por parte de profesionales en el ejercicio cotidiano de la profesión e incluso de legisladores que con una deficiente técnica legislativa pretendían invocar causales que interrumpan o suspendan la caducidad.

El objeto de este trabajo será tratar las particularidades de este instituto y los efectos de la mediación prejudicial obligatoria sobre sus plazos.

II. Concepto

Siguiendo a Hitters, podemos definir la caducidad como "[u]n fenómeno cuya ocurrencia depende del cumplimiento del término perentorio establecido para ejercer los derechos (o acciones) pertinentes. Su acaecimiento implica el no nacimiento del derecho o la imposibilidad de ejercer la pretensión procesal" **(1)**.

III. Diferencias entre prescripción liberatoria y caducidad

De acuerdo con un primer análisis que pudiera hacerse sobre este instituto, podría erróneamente afirmarse que resulta análogo al de la prescripción liberatoria. Sin embargo, si bien son innegables las similitudes existen diferencias sustanciales, a saber:

- La prescripción es una institución general, afecta toda clase de acciones, salvo que una nor-

(*) Abogado (Universidad Nacional de Rosario). Posgrado "Ley de Riesgos del Trabajo 26.773. Modificación. Aplicación. Aspectos legales, jurisprudenciales y doctrinales" (Universidad Abierta Interamericana). Posgrado "Técnicas en litigación oral" (Escuela de Graduados, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario).

(1) HITTERS, Juan Manuel, "Los plazos de caducidad en el nuevo Código Civil y Comercial. Su diferente naturaleza y la relación con las leyes procesales" RCCyC 2017 (diciembre), 63, AR/DOC/2796/2017.

ma disponga lo contrario, mientras que la caducidad afecta algunos derechos en particular.

- Los plazos de prescripción son de origen exclusivamente legal, mientras que los plazos de caducidad pueden tener origen legal o convencional.

- En materia de obligaciones, la prescripción afecta la acción, mientras que la caducidad extingue el derecho u obligación mismos.

- Los plazos de prescripción son prolongados, mientras que los de caducidad, en general, resultan mucho más breves.

- Advertida la caducidad, puede ser declarada de oficio por el juez en los casos que esta provenga de la ley o afecte derechos indisponibles (art. 2572, Cód. Civ. y Com.), mientras que la prescripción no puede ser declarada de oficio (art. 2552, Cód. Civ. y Com.).

- La prescripción puede interrumpirse o suspenderse, mientras que los plazos de caducidad no se suspenden ni interrumpen salvo disposición legal en contrario (art. 2567, Cód. Civ. y Com.).

IV. Suspensión e interrupción de la caducidad

Durante los años previos a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial se impuso como criterio mayoritario considerar que los plazos de caducidad no resultan pasibles de suspensión ni de interrupción, criterio que ha sido finalmente receptado en el art. 2567 de dicho cuerpo legal: "Suspensión e interrupción. Los plazos de caducidad no se suspenden ni se interrumpen, excepto disposición legal en contrario".

Ahora bien, el término "disposición legal en contrario" resulta vago e impreciso y suscita interminables discrepancias respecto de las normas susceptibles de establecer excepciones al principio general, como la relativa a establecer si las normas dictadas por las legislaturas provinciales encuadran en esa categoría, o bien si solo refiere a leyes dictadas por el Congreso Nacional.

El primer aspecto para tener en cuenta es que al referir esta norma a la caducidad de los derechos se trata de una norma de fondo, cuyo dictado es atribución del Congreso Nacional conforme al art. 75, inc. 12 de nuestra Carta Magna, por lo que en tanto dichas excepciones refieran a cuestiones de derecho sustantivo, consideramos que por "disposición legal en contrario" debe entenderse a las normas que a ese efecto dicte el Congreso Nacional.

En razón de ello, podemos decir que no resultan aplicables las normas que dispongan la suspensión o interrupción de los plazos de caducidad en los casos que estos emanen de cláusulas contractuales o de normas de fondo.

IV.1. Actos impeditivos de la caducidad. Distinción con la suspensión e interrupción

Sin perjuicio de lo expuesto en el punto precedente, el art. 2569 del Cód. Civ. y Com. enumera una serie de actos que impiden la caducidad:

"Actos que impiden la caducidad. Impide la caducidad:

"a) el cumplimiento del acto previsto por la ley o por el acto jurídico;

"b) el reconocimiento del derecho realizado por la persona contra la cual se pretende hacer valer la caducidad prevista en un acto jurídico o en una norma relativa a derechos disponibles".

Esta norma recepta las distintas elaboraciones pretorianas que ante el vacío normativo han definido que si bien —como principio general— no puede interrumpirse, ni suspenderse, la caducidad puede impedirse.

Sin embargo, llamativamente el legislador comete el error de no establecer disposiciones relativas a los efectos de estos actos, máxime cuando la Corte Suprema de Justicia de la Nación los había establecido muchos años antes:

"La caducidad, aunque guarde ciertas semejanzas con la prescripción, es una institución diferente, es un modo de extinción de cierto derecho en razón de la omisión de su ejercicio durante el plazo prefijado por la ley o la voluntad de los particulares. Y es doctrina universalmente admitida que la caducidad no está sujeta

a interrupción ni a suspensión ya que se aplica a pretensiones para cuyo ejercicio se señala un término preciso, por lo que nacen originariamente con esa limitación de tiempo en virtud de la cual no se pueden hacer valer una vez transcurrido el plazo respectivo. Cuando el plazo de caducidad está fijado para el ejercicio de una acción, la promoción de esta podría confundirse a primera vista con el acto interruptivo de la prescripción. Sin embargo, no es así, sino que se trata de lo que se denomina acto impeditivo —y no interruptivo— de la caducidad, es decir, la ejecución dentro del plazo fijado por la ley del acto previsto por ella para impedir que la caducidad se produzca. La diferencia práctica estriba en que la interrupción de la prescripción tiene por consecuencia que comience a correr de nuevo el plazo legal (art. 3998 del Cód. Civil), mientras que el acto impeditivo hace que ya la caducidad no pueda producirse" **(2)**.

En consecuencia, mientras los actos interruptivos o suspensivos reinician o ponen en pausa los plazos que se encuentran corriendo, el acto impeditivo cumplido en un plazo legal "extingue" el peligro de caducidad de forma definitiva, por lo que una vez consumado el acto impeditivo los plazos no vuelven a correr.

V. La mediación prejudicial obligatoria como hecho impeditivo de la caducidad

Como adelantamos anteriormente, la confusión reinante entre prescripción y caducidad trajo aparejado numerosos defectos de técnica legislativa, en particular en las leyes procesales dictadas por las distintas provincias, utilizando a menudo ambos términos como sinónimos, omitiendo referirse a la caducidad o bien estableciendo que los procedimientos de mediación la interrumpen o la suspenden.

No obstante las particularidades de cada legislación provincial, y ya que no es objeto de este trabajo analizarlas, el Cód. Civ. y Com. ha traído una solución superadora que torna ociosa la discusión respecto de si la mediación prejudicial obligatoria suspende o interrumpe la caducidad y si las normas que así lo establecen son constitucionales o no.

En efecto, al establecer el art. 2569 los actos que impiden la caducidad, la cuestión radica en dilucidad si estos procedimientos son susceptibles de impedirla.

Si bien es facultad privativa de cada provincia requerir o no el cumplimiento de la etapa de mediación para acceder a la jurisdicción, resulta indudable que cuando es requerido, estamos ante el "cumplimiento de un acto previsto por la ley" (art. 2569, inc. a) que impide la caducidad, en orden a que la reglamentación del acceso a la justicia es una facultad no delegada por las provincias al gobierno federal.

Sin embargo, queda pendiente que las normativas locales puntualicen sobre ciertas cuestiones relativas a este acto impeditivo en particular, tales como el momento a partir del cual se considera que este se ha consumado, los efectos que la caducidad del procedimiento de mediación acarrearía, etc.

La necesidad de una regulación clara y minuciosa de los efectos de la mediación como acto impeditivo de la caducidad es de vital importancia atento a la brevedad de los plazos —como, por ejemplo, el término para impugnar asambleas establecido en el Cód. Civ. y Com. (30 días) o en la Ley General de Sociedades (90 días)—, ya que interpretaciones distintas podrían considerar consumado el acto al requerirse la mediación o bien al finalizar el procedimiento, poniendo en peligro la subsistencia del derecho en cuestión.

En razón de lo expuesto, podemos afirmar que la mediación prejudicial obligatoria impide definitivamente la caducidad de los derechos por imperio del art. 2569, inc. a) del Cód. Civ. y Com., debiendo las legislaciones locales regular de manera clara y precisa las cuestiones relativas a esta como acto impeditivo.

(2) CS, "Sud América T. y M. Cía. de Seguros c. S. A. S. Scandinavian A. S.", 13/12/1988, La Ley, 1989-B-371 y DJ, 1989-1-1012.

JURISPRUDENCIA

EXTINCIÓN DE DOMINIO

Bienes de propiedad de imputados por enriquecimiento ilícito. Intendente. Admisión parcial de la demanda. Bienes sobre los cuales no existe prueba de su obtención lícita. Garantía del derecho de propiedad. Alcance. Proceso civil que no viola las garantías penales de los imputados. Validez del DNU 62/2019. Evaluación de la necesidad y urgencia en el dictado. Ley en trámite parlamentario. Silencio de la Comisión bicameral frente a los dictámenes presentados en relación con el DNU.

1. — La acción de extinción de dominio es parcialmente procedente respecto de tres bienes inmuebles de propiedad de los imputados por el delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público, ya que los demandados han acreditado solo parcialmente el origen lícito de los bienes objeto de la acción. Todos sus esfuerzos defensivos estuvieron orientados a la declaración de inconstitucionalidad del DNU 62/2019, omitiendo explicar el origen de los bienes objeto de este proceso y sin ofrecer más prueba que el expediente penal mencionado, más allá de la argumentación extemporánea realizada en sus alegatos que no corresponde analizar en esta resolución.

2. — La garantía constitucional de protección a la propiedad privada no opera frente a bienes obtenidos mediante la comisión de delitos.

3. — No puede sostenerse en abstracto que el DNU 62/2019 vulnere el derecho de propiedad por cuanto el demandado tiene la posibilidad de acreditar en el juicio, con todas las garantías del debido proceso, que los bienes identificados en la demanda han sido adquiridos en virtud de su trabajo o actividad lícita y de eso justamente depende la suerte de la acción.

4. — El hecho de que aún no se ha llegado a sentencia en la causa penal, de ninguna manera constituye obstáculo para el dictado de la sentencia civil ya que no resulta afectada la firmeza y ejecutoriedad de esta.

5. — Dado que la acción civil de extinción de dominio no se orienta a establecer la responsabilidad penal del demandado ni a imponer sanciones de ningún tipo, no resulta violatoria de la presunción de inocencia establecida en los arts. 18 de la CN y 1º, tanto del Cód. Proc. Penal de la Nación como del Cód. Proc. Penal de Mendoza.

6. — El régimen de extinción de dominio no está confiriendo efecto retroactivo a sanciones penales, por lo que de ningún modo se viola el principio de legalidad, respecto de los demandados, imputados por el delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público; pues no anula la incorporación de un bien a un patrimonio desde su adquisición, sino que declara la extinción del dominio a partir del dictado de la sentencia y con efectos hacia el futuro.

7. — Por aplicación directa del art. 7°, Cód. Civ. y Com., tanto la acción de extinción de dominio como cualquier otra norma que regule régimen jurídico patrimonial, están llamadas a ser aplicada sobre todas las situaciones jurídicas preexistentes y las que en el futuro se verifiquen, es decir, sobre los bienes que tanto con anterioridad como con posterioridad a la sanción del DNU 62/19, se incorporen al patrimonio del demandado, produciendo sus efectos hacia el futuro.

8. — Las únicas afectaciones al derecho de propiedad que resultarán admisibles en el proceso de extinción de dominio son las que se determinen por sentencia fundada en el art. 1907 del Cód. Civ. y Com., dictada en el marco establecido por las normas procedimentales respectivas, que garantizan el debido proceso y el derecho de defensa para demostrar que sus bienes no han sido mal habidos.

9. — Al determinar tanto el DNU 62/2019 como la ley 9151 que son competentes los jueces civiles de la Provincia y no constituyendo una sanción de tipo penal, la garantía del juez natural queda totalmente resguardada.

10. — No cualquier sentencia de sobreseimiento o absolución da lugar a la restitución del bien o la entrega de un valor equivalente, sino únicamente aquellas que se fundan en la inexistencia del hecho o su atipicidad, lo que se justifica como causal de revisión toda vez que representaría un hecho nuevo que desacreditaría la verosimilitud respecto de la vinculación del bien a un delito, circunstancia que da origen al proceso civil de extinción de dominio y justifica la carga dinámica de la prueba.

11. — A efectos de la validez de un DNU, lo que se debe verificar es que la necesidad y urgencia no sea la del Poder Ejecutivo en imponer su agenda —de origen político circunstancial— sustituyendo al Congreso de la Nación; por ello, se sostiene la validez del DNU 62/2019, ya que no hay duda de que en nuestro país y en la provincia tanto la lucha contra el crimen organizado como contra la corrupción configuran grave-

dad institucional, en tanto excede el interés de las partes y atañe al de la comunidad, y la sociedad toda exige del Estado acciones concretas tendientes a tal fin.

12. — La necesidad y urgencia invocadas para el dictado del DNU 62/19, fueron evaluadas por el Congreso e implícitamente convalidadas —conforme a la ley 26.122—. El Congreso no ha manifestado posición (art. 82, ley 26.122) habiendo transcurrido dos años desde su dictado.

13. — Si bien lo ideal hubiera sido que los representantes del Poder Legislativo aunaran esfuerzos para tratar y sancionar —con las modificaciones que creyeran necesarias para lograr el consenso— el proyecto de ley de extinción de dominio, al no ocurrir ello, se encontraba el Poder Ejecutivo de la Nación habilitado para el dictado del DNU cuestionado, dado que la lucha contra la corrupción y el crimen organizado (razones invocadas en los considerandos del DNU 62/19) encuadran dentro de la excepcionalidad prevista por el art. 99, inc. 3°, tercer párrafo, de la Constitución Nacional.

TGestión Asociada, Nro. 1 Mendoza, 05/02/2021. - M. P. F. c. L., L. A. y S., C. V. s/ conocimiento.

[Cita on line: AR/JUR/107/2021]

COSTAS

En el orden causado.

Autos N° 264.105,

Mendoza, febrero 5 de 2021.

Resulta:

I. A fs. 3/7 los Sres. Fiscales de la Unidad Fiscal Civil de la 1° CJ, en representación del Ministerio Público Fiscal de la Provincia de Mendoza, inician demanda de extinción de dominio contra los Sres. L. A. L. y C. V. S..

Requieren se declare la extinción de dominio respecto de los siguientes bienes: a) un inmueble anotado en la matrícula N° ..., Guaymallén, Dto. El Sauce, ubicado en pasillo comunero con salida a calle ..., superficie 1666,06 m2, de titularidad de L. A. L., DNI ..., por adquisición de fecha 17/11/2008; b) un inmueble anotado en la matrícula N° ..., Unidad 2, Planta Baja, Villa Nueva, Guaymallén, con frente a calle ..., superficie cubierta propia 69,13 m2, de titularidad de C. V. S., DNI ..., por adquisición de fecha 12/10/2011; c) un automotor pick up, marca Volkswagen, modelo Amarok 2.0 TDI, dominio ..., modelo 2011, de cotitularidad de los Sres. L. A. L. y C. V. S., por adquisición de fecha 06/05/2011; d) un automotor Sedan 5 puertas, marca Peugeot, modelo 308 Feline 2.0, dominio ..., modelo 2012, de cotitularidad de los Sres. L. A. L. y C. V. S., por adquisición de fecha 30/10/2012 y e) un cuatriciclo marca Can-Am, modelo Outlander Max 800 R, dominio ..., de cotitularidad de los Sres. L. A. L. y C. V. S., por adquisición de fecha 11/01/2013.

Refieren los fiscales que el día 10 de agosto de 2017 los demandados fueron imputados por el delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público, previsto y sancionado por el art. 268 (2) del CP. Afirman que en la causa se determinó los bienes que adquirieron cada uno de los demandados entre el 1 de octubre del año 2003 y el 26 de noviembre del año 2015 —para la Sra. S.— y entre el 28 de noviembre de 2003 y el 26 de noviembre de 2015 —para el Sr. L.— y que respecto de tales bienes el 15 de junio de 2017, Fiscalía de Estado de la Provincia los intimó a que justificaran su procedencia, emplazamiento este que no fue contestado por ninguno de los demandados.

Explican que, en razón de lo expuesto, el 14 de junio de 2019, la Sra. Fiscal de Delitos Económicos dispuso la formación de pieza incidental N° 32419/19, y solicitó la traba de embargo de los bienes objeto de esta acción, como así también el secuestro de los automotores referidos.

Entienden que la presente causa resulta procedente, por cuanto los bienes objeto de la misma han sido incorporados al patrimonio de los demandados con posterioridad a la fecha de presunta comisión del delito investigado y no corresponden a los ingresos de su titular, o representan un incremento patrimonial injustificado, por lo que puede razonablemente presumirse que provienen directa o indirectamente de la comisión del delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público, previsto y penado por el art. 268 (2) del CP (artículo 5 del Régimen Procesal de la Acción Civil de Extinción de Dominio - Anexo I del Decreto de Necesidad y Urgencia 62/2019 y artículo 1 de la Ley Provincial 9151).

Ofrecen prueba y fundan en derecho.

II. A fs. 43/44 el Ministerio Público Fiscal, por medio de sus representantes amplía la presente demanda, respecto del inmueble anotado en el Asiento A-27, matrícula nro. 167166/4, pasillo comunero de indivisión forzosa, calle ..., Guaymallén, Mendoza, en el porcentaje del 5% que resulta de titularidad del Sr. L.

Expresan que en los autos P-32419/19, "Incidente autos N° P - 130105/14...", por las mismas circunstancias que generaron el embargo del inmueble anotado

en la matrícula N° ... del Registro Público y Archivo Judicial, se embargó en sede penal el 5 % de titularidad del demandado, del pasillo comunero de indivisión forzosa sito en calle ..., El Sauce, Guaymallén, anotado en la matrícula ..., lo que motiva la presente ampliación.

Exponen que el inmueble señalado también fue incorporado —tal como los individualizados en el escrito inicial— al patrimonio del demandado con posterioridad a la fecha de presunta comisión del delito investigado y tampoco se corresponde con los ingresos de su titular o representa un incremento patrimonial injustificado, lo que permite presumir que proviene directa o indirectamente de la comisión del delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público, previsto y penado por el art. 268 (2) del CP (artículo 5 del Régimen Procesal de la Acción Civil de Extinción de Dominio - Anexo I del Decreto de Necesidad y Urgencia 62/2019 y artículo 1 de la Ley Provincial 9151).

Ofrecen prueba.

III. A fs. 73 la parte actora amplía nuevamente la demanda, denunciando la existencia de otras imputaciones y/o condenas respecto de los demandados, provenientes de la Unidad Fiscal de Delitos Económicos, referidos a ilícitos contemplados en el art. 1 de la ley 9151.

Denuncian los expedientes y las imputaciones realizadas en cada uno de ellos y ofrecen prueba.

IV. A fs. 88/ 112 se presenta el Dr. Pedro Fernando Luquez, por los demandados, y contesta demanda, solicitando se rechace la misma, por las razones que alude, con costas.

Plantea la inconstitucionalidad del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 62/2019 y de la ley provincial N° 9151, conforme los argumentos que expone.

En primer lugar, se refiere al decreto de necesidad y urgencia N° 62/2019, esgrimiendo que no se configuran, en el caso, los requisitos para justificar el estado de necesidad y urgencia indispensable para dictar el DNU en cuestión.

Afirma que el art. 99 apartado 3° de la Constitución Nacional solo autoriza el dictado de este tipo de decreto en los casos en que circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos en la Carta Magna y que tales circunstancias no se encuentran acreditadas en los presentes, siquiera invocada en los considerandos del mentado Decreto.

Al respecto, cita parte de los considerandos, de la que surge que las circunstancias excepcionales que conllevan la imposibilidad de seguir los trámites ordinarios para la sanción de las leyes radican, en el caso, en el hecho de que trámite legislativo en cuestión lleva —a la fecha del dictado del decreto— dos años sin resolución y que se avecina el período de receso legislativo, por lo que se impone el dictado del decreto, a efectos de otorgar a la Justicia herramientas eficaces para desfinanciar a las organizaciones criminales y resguardar el patrimonio estatal.

Entiende que la imposibilidad alegada no es tal, por cuanto el proyecto se encontraba en el Congreso, siguiendo los "trámites normales" para su sanción, sumado a que la caducidad del plazo para ser tratado acaecería recién el 29 de febrero de 2020; es decir, que al momento de incoar la presente el proyecto aún podía ser tratado, por lo que no existía impedimento alguno para continuar con el trámite normal del dictado de la ley.

Destaca que la Comisión Bicameral Permanente de trámite legislativo, prevista en el art. 99 inc. 3 de la CN, en el orden del día N° 992, declaró la invalidez del decreto 62/2019 por no darse los presupuestos constitucionales respecto a la imposibilidad de seguir con los trámites ordinarios para la sanción de una ley.

Por otra parte, denuncia que el Decreto atacado viola la división de poderes, en cuanto legisla sobre materia penal. Afirma al respecto que, aun cuando pretende darse a la presente apariencia civil, su naturaleza es penal o, en el mejor de los casos, mixta.

Afirma que el la Comisión Bicameral permanente también se ha pronunciado al respecto, dictaminando que el decreto cuestionado abona una materia expresamente vedada por la CN, como es la materia penal.

Respecto de la ley provincial N° 9151 aduce que no es más que la regulación de forma del DNU de referencia; por lo que su vigencia depende de la validez del DNU. En consecuencia, cuestiona que la ley provincial haya regulado el instituto en el marco del fuero civil, reiterando que se trata de una consecuencia punitiva accesoria a un delito, por lo que su naturaleza es netamente penal, y debiera haberse regulado dentro del mismo.

Entiende que el Derecho Argentino contaba ya con una institución acorde y constitucional para lograr el objetivo del DNU, que es la figura del decomiso, regulada en el art. 23 del CP, por lo que califica a la extinción de dominio como una figura inventada con el objeto de buscar una vía alternativa —civil— cuyo fin es privar a la persona de sus bienes en el menor tiempo posible y sin sentencia condenatoria, violando las garantías constitucionales y los derechos fundamen-

tales y con la vedada finalidad de captar votos en el año electoral.

Plantea entonces también la inconstitucionalidad de la ley provincial N° 9151, que incorpora el instituto al procedimiento reglado por los arts. 210 y cc. del CPCCT.

Esgrime, a su respecto, que viola el principio constitucional de inocencia puesto que presume que la persona imputada e investigada por los delitos que establece es culpable, dando por hecho que los bienes que tal individuo posee provienen de la comisión de tales hechos investigados, sin que sea necesario, para la procedencia de la extinción de dominio, que se haya dictado sentencia respecto del presunto delito y que la misma se encuentre firme, es decir, presume que dichos bienes provienen de la comisión de hechos punibles que todavía no han sido acreditados en un juicio penal.

De otro lado, cuestiona que tal procedimiento se de en el marco de un proceso civil y ante un Juez de dicho fuero y que se faculte a tal magistrado a dictar una pena accesoria patrimonial a una persona por un hecho delictivo que aún no se encuentra acreditado.

Entiende que ello solo sería posible para los casos en los que ya se haya dictado sentencia penal, que acredite la culpabilidad de los titulares de los bienes y que los mismos han sido adquiridos por medio de la comisión de un delito.

Concluye que estamos, en el caso, ante una ley violatoria de las garantías procesales y penales, que consolida el despojo y la aplicación de penas sin el debido proceso previo.

Objeta también que en este tipo de proceso se invierte la carga de la prueba, puesto que no es el Estado (MPF) quien debe derribar el estado de inocencia y probar que una persona es culpable, sino que el demandado debe probar su inocencia, acreditando el origen lícito de sus bienes, pues se presume que provienen de actividades delictivas, de conformidad con lo dispuesto por el art. 210 apartado V.- del CPCCT. Concluye que el legislador ha contrapuesto la inversión de la carga de la prueba con la presunción de inocencia.

Agrega que podría darse el caso de sentencias contradictorias y que no puede desconocerse las consecuencias patrimoniales que ello puede generar para la persona que ya ha sido absuelta y para el Estado mismo.

Por otra parte, se refiere al escenario que espera a los demandados en caso de hacer lugar a la presente, puesto que llegarían al juicio penal habiendo sido ya condenado en el proceso civil.

Entiende que la norma en análisis excluye la prejudicialidad prevista en materia de responsabilidad por daños en el art. 1.775 del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

Cita los postulados de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, adoptados en la Convención de Nueva York del año 2003 y aprobada por el Congreso de la Nación en el año 2006 y concluye que las normas atacadas riñen lo dispuesto por la Carta Magna y con los instrumentos internacionales en la materia.

Expone que la ley 9151 implica una confiscación sin proceso, vulnerando los derechos de propiedad y del debido proceso, reconocidos en los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional, agregando que se afecta la garantía del Juez Natural, dispuesta en el art. 18 de la CN, puesto que el decomiso debía tramitarse una vez que el Tribunal Penal de Juicio ha emitido sentencia condenatoria.

Alega, de otro lado, que la ley cuestionada viola el principio de legalidad, puesto que, en su artículo 12, permite la aplicación retroactiva de la misma en perjuicio de los imputados.

Entiende que, por ser la naturaleza de esta acción de carácter penal, no puede en forma alguna, aplicarse retroactivamente, puesto que ello violaría directamente lo dispuesto por el art. 18 de la ley fundamental.

Aduce que aún cuando se entendiera que la norma es de carácter mixto o de naturaleza civil, debe aplicarse los mismos derechos y garantías dispuestos para el derecho penal.

Explica que, en estos autos, se demanda la extinción de dominio de los bienes de propiedad de los demandados que ingresaran a su patrimonio entre el 1 de octubre de 2000 y el 23 de noviembre de 2015 para el caso de la Sra. S., siendo "presuntamente" considerado de origen ilícito la suma de $1.018.837; y entre el 28 de noviembre de 2003 y el 26 de noviembre de 2015 para el Sr. L., siendo "presuntamente" considerado de origen ilícito la suma de $3.923.099.

En consecuencia, habiendo entrado en vigencia ambas normas aquí cuestionadas en el año 2019, no puede pretenderse con base en las mismas desapoderar los mentados bienes, adquiridos con anterioridad a su vigencia, sin violar flagrantemente lo dispuesto por el art. 18, ya mentado.

Por todo lo expuesto, solicita se declare la inconstitucionalidad del art. 21 del DNU 62/2019 y del art. 12 de la ley Provincial N° 9151, por violación de los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional, arts. 9 de la CADH y 9 del PIDCP y art. 25 de la Constitución de la provincia de Mendoza.

Esgrime que el derecho constitucional afectado es el derecho de propiedad, previsto en el art. 14 y 17 de la Constitución Nacional y en el art. 16 de la Constitución Provincial, por cuanto, ambos artículos expresan que la propiedad privada es inviolable, que no puede ser confiscada, y que para el caso de expropiación corresponde la sanción de una ley que así lo disponga y el pago de una indemnización como reparación al daño que dicha ley causa.

Entiende que, en el caso, se pretende una pena anticipada, por un delito cuya existencia y autoría no se encuentra, aún, determinada.

Denuncia que las normas impugnadas crearon una forma de confiscación prohibida por la CN, puesto que desapoderan al titular de los bienes sin que haya una sentencia firme respecto del hecho que lo motiva, pues basta el dictado de un mero auto de procesamiento y, a veces, ni siquiera imputación (ver art. 4° Decreto 62/2019); aunque la ley mendocina sí lo requiere en su art. 210 ap. III.

Cuestiona también la inversión de la carga de la prueba, por cuanto recae sobre el demandado la carga de la inexistencia del hecho constitutivo de la norma, es decir, el origen lícito del bien. Concluye que se desvirtúa así el principio de inocencia de los demandados, puesto que son ellos quienes deben acreditar la licitud del origen de los bienes; es decir, que consagra un estado de presunción de ilegitimidad de adquisición de bienes, en flagrante contradicción con la norma constitucional que sienta que la inviolabilidad de la propiedad hasta tanto el Estado acredite que esta es ilícita.

Finalmente, para el caso de que no se admitan las inconstitucionalidades planteadas, contesta demanda.

Explica que, pese al intento de dar a la presente acción el carácter de civil, no hay dudas en cuanto a que su naturaleza es penal; por lo que, aplicando los principios de dicho derecho, sus representados no están obligados a declarar contra sí mismos.

Expone que las imputaciones obrantes en autos N° P.-130.105/14, autos P-19.702/15, P-19701/15, de la Unidad Fiscal de Delitos Económicos y P-5041/16, del Tribunal Penal Colegiado N° 2, no cuentan con sentencia firme, en virtud del recurso de casación incoado ante la SCJM. En razón de ello, niega los delitos atribuidos a sus mandantes y, por tanto, aduce que es el Ministerio Público Fiscal el que deberá acreditar la responsabilidad penal de los mismos, negando su parte los hechos sobre los cuales se han efectuado las imputaciones en los autos referidos.

Concretamente, niega el origen ilícito de cada uno de los bienes que son objeto de la presente extinción de dominio.

Refiere que los bienes pretendidos en la presente acción han sido obtenidos por fondos lícitamente incorporados al patrimonio de sus mandantes y que, en virtud del principio de inocencia sentado en la CN, así deberá considerarse hasta tanto la parte actora acredite la pretendida ilicitud de los mismos, aún pese a lo establecido respecto de ello por el DNU 62/1209 y ley provincial 9151.

Ofrece prueba y funda en derecho.

V. A fs. 133/176 el Ministerio Público Fiscal replica el traslado de contestación de demanda, ratificando y reiterando lo expuesto en la pieza inicial.

Rechazan lo expuesto por la demandada en su libelo y el derecho invocado.

Finalmente, solicitan se rechacen los planteos de inconstitucionalidad por las razones que alude y doy aquí por reproducidas en honor a la brevedad.

VI. En fecha 28 de mayo del 2020, atento la situación de pandemia existente, se celebra en forma remota la audiencia inicial, cuyo resultado es el dictado del auto de sustanciación, en el que se ordena la producción de la prueba admitida.

VII. Rendida la misma, y no existiendo prueba oral que producir, a fs. 230 se pone los autos en la oficina para alegar en forma escrita.

Con los alegatos de las partes y lo expuesto por el Procurador de la Corte de la Provincia respecto del control de legalidad en el caso, se llama autos para sentencia y, ante la firmeza de tal llamamiento, se dicta la presente resolución.

Considerando:

Ingresando ya en el concreto análisis de la causa, considero conveniente aclarar que los jueces no se encuentran obligados a ponderar una a una exhaustivamente todas las cuestiones planteadas por las partes ni las pruebas agregadas a la causa, sino solo aquellas que consideren conducentes para fundar sus conclusiones, analizando solo los argumentos utilizados, que a su juicio son decisivos. (Conf. CC3ª, Exp-

te. N° 122.215, "Ochoa - Jurado p/daños y perjuicios", 19/11/1990, LS 066 - 020; CC5ª, 17/12/1999, Expte. N° 4290, "Rodríguez, Manuel y ot. c. Liliana Cilia y ot. p/ daños y perjuicios", LS 013 - 385).

En palabras de la Corte Provincial: "el juez es soberano para decidir y definir cuáles elementos de juicio apoyan la decisión, no está obligado a considerar todos los medios rendidos, sino solo los elementales para fundar apropiadamente la decisión, según el principio de la sana crítica racional y el juego de las libres convicciones. Solo le está vedado apoyarse en las íntimas convicciones. Existe omisión de prueba decisiva, cuando se ha ignorado, olvidado o preterido un medio de prueba y que ese olvido o no consideración tenga tal entidad, que de haberlo evaluado, la decisión hubiese sido sustancialmente diferente en la solución del conflicto". (Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala I, 30/10/2.007, Expte. N° 89.253, "Civelli, Néstor H. en J° 109.529/38.442 Civelli, Néstor H. c. Bragagnolo, Adrián p/daños y perjuicios s/ inc.", LS 382 - 241).

En ese entendimiento, advierto inicialmente que, por haberse planteado la inconstitucionalidad de las normas en las cuales se basa la presente demanda, de conformidad con lo dispuesto por el art. 17 apartado II.- del CPCCT y por los arts. 1, 27 apartado 1) y 2) de la ley 8008, debiera haber dictaminado respecto de ellas el Ministerio Público Fiscal.

Ahora bien, en el caso traído a sentencia, tal organismo intervino como parte actora, por lo que en forma previa a dictar sentencia el Tribunal confirió vista al Procurador de la Provincia de Mendoza, quien manifestó que por haber actuado el Ministerio Público Fiscal en su carácter de parte autónoma, originaria, principal o primaria, ejercitando su función principal, con titularidad del poder de acción y legitimación sustancial activa conferida legalmente, debe excluirse su participación promiscua en estos autos, como garante de la legalidad y el orden público, y considerando que el control de legalidad debe ser ejercido por la Juez de la causa.

Siendo ello así, y habiendo consentido los interesados el trámite conferido a fs. 254 y el dictamen reseñado (art. 94 apartado II.- del CPCCT), comparto lo sostenido por el Sr. Procurador y tengo para mí que no existe obstáculo alguno para el dictado de la presente.

Así las cosas, juzgo procedente efectuar algunas consideraciones generales acerca de la extinción de dominio y su normativa vigente.

Como primera aproximación diré que, si bien no hay aun antecedentes locales ni nacionales de sentencias de este tipo, no se trata de una figura exclusiva de nuestro país, sino que en el marco jurídico internacional encontramos distintas legislaciones que la prevén, con particularidades propias en cada caso.

En ese entendimiento, haré una brevísima reseña de las normas que regulan el instituto en el Derecho comparado y en las Convenciones Internacionales que a ella se refieren para luego, ya en los especifico del caso, ingresar primero en el análisis de las normas nacional y provincial y, finalmente, en el planteo de inconstitucionalidad incoado por los demandados y, en base a ello, en la solución que entiendo cabe dar al caso de marras.

I. La extinción de dominio en el Derecho comparado:

Como acabo de adelantar, la figura de extinción de dominio no es novedosa ni mucho menos exclusiva de nuestro país. Por el contrario, surgió en el derecho anglosajón y se ha extendido en muchos sistemas del Common Law como Estados Unidos, Irlanda, el Reino Unido, algunos Estados australianos y otros canadienses. En América Latina, el país precursor fue Colombia y le siguieron México, Perú, Costa Rica, Honduras, Guatemala y Ecuador.

Por citar solo algunos ejemplos, traigo a colación el caso colombiano que fue el primer país latinoamericano en incursionar en esta figura en 1996. A través de la ley 333 se extinguieron algunos de los bienes de Pablo Escobar que habían sido incautados desde 1989.

Aún así, la ley se modificó en 2002 a través de un decreto que estuvo vigente hasta 2014, cuando se reformó bajo el modelo de reglamentación propuesto por Naciones Unidas. En esta oportunidad se incorporó el código de extinción 1708, por fuera tanto del Cód. Civil como del Penal, pero con el mismo rango constitucional.

En esa tónica, la Constitución de Colombia expresa en el artículo 34 que se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación. Empero, señala el artículo 58 de dicha Constitución que "No obstante. Por sentencia judicial se declara extinguido el dominio sobre bienes adquiridos en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social".

Informa la doctrina que, cuando la Corte Suprema de Colombia efectuó un análisis de la figura, concluyó que: 1) No se trata de una pena pues, en estos supuestos, se habría conformado una verdadera confiscación; 2) No se trata de un proceso de carácter penal; 3) Es una acción de índole patrimonial; 4) Implica una acción cuyo objeto es el bien mismo. (Caruso, Horacio F. "Extinción de Dominio", Artículo publicado en La Ley Online, cita Online AR/DOC/1195/2015).

En el caso de México, la Extinción de Dominio cuenta con un régimen jurídico federal y local, está reconocida en la Constitución General, en la Ley reglamentaria del art. 22 constitucional, así como, en las Constituciones y leyes locales de la materia en las Entidades Federativas.

El art. 22, párrafos segundo, tercero y cuarto de la Constitución establece que: "Artículo 22…." La acción de extinción de dominio se ejercitará por el Ministerio Público a través de un procedimiento jurisdiccional de naturaleza civil y autónomo del penal…" y "… Será procedente sobre bienes de carácter patrimonial cuya legítima procedencia no pueda acreditarse y se encuentren relacionados con las investigaciones derivadas de hechos de corrupción, encubrimiento, delitos cometidos por servidores públicos, delincuencia organizada, robo de vehículos, recursos de procedencia ilícita, delitos contra la salud, secuestro, extorsión, trata de personas y delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos y petroquímicos" (Anguiano Espinosa, G. (2020). "La extinción de dominio en México: Reflexiones sobre la reforma de 2019", Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, 23, 1-26. https://doi.org/10.17979/afdudc.2019.23.0.6006).

En Perú, el proceso de Extinción de Dominio se encuentra regulado por el Decreto Legislativo N° 1373 de fecha 04/08/2018 y su reglamento el Decreto Supremo N° 0007-2019-JUS publicado el 01/02/2019; cuerpos legales de orden procesal que permite declarar a favor del Estado Peruano, la titularidad de los bienes patrimoniales que constituyen objetos, instrumentos, efectos o ganancias provenientes de las actividades ilícitas estipulados en el artículo I de Título Preliminar del citado Decreto Legislativo, y de otras con capacidad de generar dinero, bienes o ganancias de origen ilícito o actividades vinculadas a la criminalidad organizada.

El artículo III, numeral 3.1. del Título Preliminar del acotado Decreto Legislativo, establece que la extinción de dominio es una "consecuencia jurídico patrimonial que traslada a la esfera del Estado la titularidad de los bienes que constituyen objeto, instrumento o efecto o ganancia de actividades ilícitas, mediante sentencia emitida respetando del debido proceso, sin indemnización ni contraprestación alguna a favor del Estado. Este proceso especial constituye una restricción legítima del derecho de propiedad por haber sido ejercido contraviniendo el ordenamiento jurídico o por haber sido adquirido transgrediendo los parámetros legales, independientemente de quien los tenga en su poder (Ver: Poder Judicial de Perú, "Extinción de dominio. Compendio normativo. 2019", publicado en https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/09/Extincion-de-dominio-LP.pdf).

En el Common Law también se ha receptado esta figura.

Actualmente, en el Reino Unido se regula la figura del "comiso civil" en la Proceeds of Crime Act (POCA) de 2002, donde se establece que el comiso civil se dirige contra el bien y no contra la persona, de forma independiente a los procesos penales, por lo que la absolución del imputado en el proceso penal no impide la iniciación del proceso de comiso civil. Según dicha normativa, todos los bienes procedentes de conductas ilícitas, salvo el dinero en efectivo, pueden ser objeto de comiso civil, con independencia del tipo de actividad (ver: Blanco Cordero, I., "El decomiso sin condena en la Unión Europea. Análisis de la propuesta de Directiva sobre el embargo preventivo y el decomiso de los productos de la delincuencia", publicado en AA.VV., Crisis financiera y Derecho penal económico, B de F, Montevideo, 2014, p. 164).

En Estados Unidos se estatuye un sistema de decomiso civil en paralelo con su similar de decomiso penal. Ello, con sustento en raíces históricas y culturales. Actualmente, en los Estados Unidos es posible iniciar un proceso de comiso civil contra aquellos bienes que puedan estar relacionados con el lavado de dinero y activos, ya sea vía administrativa o judicial, dependiendo del monto involucrado, del tipo de propiedad y de si se responde a la demanda de comiso (Ver: Jorge, Guillermo, "El decomiso del producto del delito", publicado en "Recuperación de activos de la corrupción", Editores del Puerto, Buenos Aires, 2008, p. 91).

Como bien ha explicado un autor: "Para clarificar, Estados Unidos ha optado una solución civil que, a diferencia de la penal, va contra el bien y no contra una persona que cometió un delito y se benefició patrimonialmente del mismo. Esto provoca que se invierta la carga de la prueba y que el titular del bien deba probar la posesión legal y legítima del mismo." (Ver: Reynaga, Juan Carlos, "Decomiso y Extinción de dominio", Ediciones Alveroni, Córdoba, 2019, p. 60).

II. La extinción de dominio en el marco jurídico internacional. Convenciones Internacionales y Ley modelo UNODC

Como bien señala la doctrina que sigo, la cooperación internacional es un elemento determinante en la búsqueda de respuestas eficaces, puesto que es preciso entender que las organizaciones criminales, sus actividades y beneficios, exceden los límites territoriales y políticos del mundo moderno. Por ello es importante asignar la jerarquía debida a los pactos y convenios que logran aunar voluntades político-estatales en este ámbito y la figura de la extinción de dominio cumple actualmente un rol fundamental en la cooperación internacional, ya que representa un

verdadero cambio de paradigma en la lucha contra el crimen organizado. (Conf. Reynaga, Juan Carlos, op. cit., ps. 73/74).

En ese contexto y tal como expresa el propio decreto ley N° 62/2019, la República Argentina, mediante la Ley N° 25.632, aprobó la Convención Internacional Contra La Delincuencia Organizada Transnacional, (Convención de Palermo). Firmada en Palermo, Italia, en diciembre del año 2000, por ciento veintiún Estados, el propósito de la Convención, según su art. 1 es "promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional".

Específicamente el art. 12 de la Convención de Palermo hace referencia al decomiso e incautación de bienes, disponiendo que los Estados parte deben establecer las medidas que fueran necesarias para autorizar el decomiso del producto de los delitos comprendidos en esa Convención o de bienes cuyo valor corresponda al de dicho producto y de los bienes, equipo u otros instrumentos utilizados o destinados a ser utilizados en la comisión de dichos delitos. Los arts. 12.3 y 12.4 de la Convención de Palermo se refieren a la transformación y mezcla del producto del delito con el fin de darle apariencia de licitud y establece que sobre estos bienes también procedería el comiso. Estas figuras han sido retomadas por la mayoría de legislaciones en materia de extinción de dominio.

Por otra parte, la Convención Interamericana Contra El Terrorismo aprobada por la Ley N° 26.023, establece que cada Estado Parte adoptará las medidas necesarias para identificar, congelar, embargar y, en su caso, proceder al decomiso de los fondos u otros bienes que constituyan el producto de la comisión o tengan como propósito financiar o hayan facilitado o financiado la comisión de cualquiera de los delitos vinculados al terrorismo.

Asimismo, la República Argentina, mediante la Ley N° 26.097, aprobó la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003, instrumento en el que los Estados Parte manifiestan su preocupación por los problemas y amenazas que plantea la corrupción para la estabilidad y seguridad de las sociedades, socavando los valores de la democracia.

Conocida también como Convención de Mérida, que, si bien reproduce las recomendaciones que se realizan en las convenciones de Viena de 1988 y Palermo de 2000, presenta un importante aporte a la evolución de la figura, pues es el primer instrumento internacional que se ocupa en recomendar la adopción de institutos de decomiso sin condena, de la cual, la extinción de dominio es una de sus modalidades más representativas. Para tal efecto, el numeral primero del artículo 54 de la Convención en su literal c recomienda: 1. Cada Estado Parte, a fin de prestar asistencia judicial recíproca conforme a lo dispuesto en el artículo 55 de la presente Convención con respecto a bienes adquiridos mediante la comisión de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención o relacionados con ese delito, de conformidad con su derecho interno: (...) c) Considerará la posibilidad de adoptar las medidas que sean necesarias para permitir el decomiso de esos bienes sin que medie una condena, en casos en que el delincuente no pueda ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga o ausencia, o en otros casos apropiados.

De igual modo, la Convención Interamericana Contra La Corrupción, aprobada por la Ley N° 24.759, establece que de acuerdo con las legislaciones nacionales aplicables y los tratados pertinentes u otros acuerdos que puedan estar en vigencia entre ellos, los Estados Partes se prestarán mutuamente la más amplia asistencia posible en la identificación, el rastreo, la inmovilización, la confiscación y el decomiso de bienes obtenidos o derivados de la comisión de los delitos tipificados de conformidad con la citada Convención, de los bienes utilizados en dicha comisión o del producto de dichos bienes.

Finalmente, y a pesar de que no se trata de un instrumento que forme parte del Derecho positivo internacional, considero relevante traer a colación la Ley Modelo sobre Extinción de Dominio de 2011, elaborada por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, específicamente dentro del Programa de Asistencia Legal para América Latina y el Caribe, debido a que esta ley modelo ha servido de base para la mayoría de legislaciones nacionales que han adoptado esta figura dentro de su ordenamiento jurídico (Ver: "UNODC" https://www.unodc.org/ documents/legaltools/Ley_Modelo_Sobre_Extincion_de_Dominio.pdf, con acceso al 12/04/2018).

En su parte introductoria afirma que dicho modelo es regional "por cuanto fue diseñada siguiendo la tradición civil de los países hispanohablantes de Latinoamérica que pudieran acoger la iniciativa. Por la misma razón, se adoptó el nombre de 'extinción de dominio' por tratarse de la denominación más común en la región y no, por ejemplo, por 'decomiso sin condena' término utilizado en otros ámbitos internacionales". Menciona, además, que "el concepto de extinción de dominio como una 'consecuencia patrimonial' es sui generis y que el procedimiento es 'autónomo' e 'independiente' de cualquier otro juicio o proceso. En síntesis, se requiere de un procedimiento especial, sin el cual los países tardarían mucho en poder llegar a una aplicación efectiva y eficiente del mecanismo".

III. La extinción de dominio en Argentina. DNU 62/2019

En nuestro país, el proyecto de ley de extinción de dominio surgió en el año 2016 y obtuvo media sanción de la Cámara de Diputados. En 2018 el Senado lo aprobó, pero con diversas modificaciones con respecto al original de Diputados, el cual había tomado como ejemplo a la Ley Modelo de la Unidad de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (Unodc) recién referida.

A diferencia del proyecto de Diputados, el que fue aprobado por el Senado y volvió a la Cámara Baja para su segunda revisión, asociaba la ley al proceso penal y exigía una sentencia en primera instancia y no avanzó en Diputados.

Finalmente, la extinción de dominio fue incorporada al ordenamiento jurídico argentino mediante el Decreto de Necesidad y Urgencia 62/2019, que está vigente desde su publicación el 22 de enero de 2019.

En esa fecha, es decir hace ya dos años, se publicó en el Boletín Oficial de la Nación el decreto 62/2019, de necesidad y urgencia (DNU), dictado por el Poder Ejecutivo Nacional, mediante el cual se puso en vigencia el "Régimen Procesal de la Acción Civil de Extinción de Dominio".

Entre sus motivos, el propio decreto define "que la corrupción y los delitos contra la Administración Pública, el narcotráfico, la trata de personas, el terrorismo y demás delitos graves afectan el normal funcionamiento de las instituciones democráticas y republicanas, causando enormes pérdidas para el Estado, en todas sus dimensiones, que, en definitiva, resultan en mayores costos para los ciudadanos", enumerando los deberes que emergen de la multiplicidad de convenios suscriptos por la Nación Argentina en materia de lucha contra la corrupción, el terrorismo y la llamada delincuencia organizada.

También se plantean los siguientes objetivos: "i) quitar a los responsables, los bienes obtenidos a consecuencia de delitos como la corrupción, los delitos contra la Administración Pública, el narcotráfico, la trata de personas, el terrorismo y demás que afectan el normal funcionamiento de las instituciones democráticas y republicanas; ii) la elaboración de un nuevo sistema procesal civil más eficiente, que procure promover la inmediación y la concentración como garantías de la transparencia de los procesos, que se adapte a los nuevos paradigmas sociales y culturales, que privilegie la economía procesal, la oralidad efectiva y la celeridad; iii) la necesidad de modernizar los procesos es una exigencia que demanda la sociedad y el inicio de un cambio de paradigma, iv) dotar al sistema de Justicia de nuevas herramientas que otorguen al sistema civil agilidad, celeridad y eficacia para dar respuestas a la sociedad, sean de carácter civil o penal".

En lo fundamental, la normativa en trato arranca en su artículo primero con la aprobación del "Régimen Procesal de la Acción Civil de Extinción de Dominio" que, como Anexo I, forma parte integrante del DNU.

En su artículo 2°, sustituye el artículo 1907 del Cód. Civ. y Comercial que queda redactado de la siguiente forma: "Extinción. Sin perjuicio de los medios de extinción de todos los derechos patrimoniales y de los especiales de los derechos reales, estos se extinguen, por la destrucción total de la cosa si la ley no autoriza su reconstrucción, por su abandono por la consolidación en los derechos reales sobre cosa ajena y por sentencia judicial que así lo disponga en un proceso de extinción de dominio".

Asimismo, en el artículo 3° del DNU se incorpora como inciso 4° del artículo 21 de la ley 24.522 y modificatorias (ley de Concursos) el que reza "Los procesos de extinción de dominio." y como último párrafo del artículo 5° de la ley 27.148 y su modificatoria "La legitimación activa del Ministerio Público Fiscal de la Nación (en adelante MPF) en el régimen de extinción de dominio a favor del Estado Nacional (en adelante EN) queda incluida entre sus funciones."

El artículo 5° del DNU 62/2019 incorpora como inciso h) del primer párrafo del artículo 22 de la ley 27.148 "Procuraduría de extinción de dominio a favor del EN."

De la lectura del Anexo I se destaca que la acción civil de extinción de dominio procede respecto de cualquier derecho, principal o accesorio, sobre los bienes descriptos en el presente régimen. La extinción de dominio se declara a través de un procedimiento autónomo e independiente de cualquier otro proceso judicial, no pudiendo acumularse a ninguna pretensión (art. 1 del anexo).

En cuanto a las partes del proceso, se señala que "En la oportunidad prevista en el artículo 8° del presente régimen, el Ministerio Público Fiscal podrá demandar a cualquier persona, humana o jurídica, que ostente la tenencia, posesión, titularidad o cualquier otro derecho sobre un bien objeto de la acción de extinción de dominio, se encuentre o no imputada en la investigación penal. Deberá impulsar la citación como tercero de intervención obligada en los términos de los artículos 90 y 94 del Código Procesal Civil Y Comercial De La Nación, a la Procuración del Tesoro de la Nación y a toda otra persona que ostente un derecho sobre los bienes objeto de la demanda que

pudiera ser afectado por la acción de extinción de dominio".

Se determina seguidamente que "Estarán sujetos al presente régimen aquellos bienes incorporados al patrimonio del demandado con posterioridad a la fecha de presunta comisión del delito investigado que, por no corresponder razonablemente a los ingresos de su tenedor, poseedor o titular, o representar un incremento patrimonial injustificado, permitan considerar que provienen directa o indirectamente de uno de los delitos enunciados en el artículo siguiente. Quedarán abarcados: a. Todo bien susceptible de valoración económica, mueble o inmueble, tangible o intangible, registrable o no, los documentos o instrumentos jurídicos que acrediten la propiedad u otros derechos sobre los bienes mencionados, o cualquier otro activo susceptible de apreciación pecuniaria; b. La transformación o conversión parcial o total, física o jurídica, de los bienes previstos en el inciso anterior; c. Los ingresos, rentas, frutos, ganancias y otros beneficios derivados de los bienes previstos en cualquiera de los incisos anteriores".

El artículo 6 del Anexo enumera taxativamente los delitos que dan lugar a la acción: a) Los previstos en los artículos 5°, 6°, 7°, 8°, 10°, 23, 24 y 29 bis de la Ley N° 23.737 y sus modificatorias; b) Los previstos en los artículos 866 y 867 del Código Aduanero, aprobado por la Ley N° 22.415 y sus modificatorias; c) Los delitos agravados por el artículo 41 del Cód. Penal de la Nación; d) Los previstos en los artículos 125, 125 bis, 126, 127, 128 primer párrafo, 142 bis, 145 bis, 145 ter, 146 y 170 del Cód. Penal de la Nación; e) El previsto en el artículo 174, inciso 5° del Cód. Penal de la Nación, siempre y cuando la investigación impute a un funcionario público que tenía a su cargo el cuidado y/o manejo de bienes públicos; f) Los previstos en los artículos 256 a 261, 263 cuando los bienes no pertenezcan a particulares, 264 a 268 (2), 269, y 277 a 279 del Cód. Penal de la Nación; g) Los previstos en los artículos 300 bis, 303, 304 y 306 del Cód. Penal de la Nación, siempre que el hecho ilícito penal precedente fuera alguno de los enumerados en este artículo; h) Los previstos en los artículos 210 y 210 bis del Cód. Penal de la Nación, siempre y cuando los delitos que se le atribuyan a la asociación sean alguno o varios de los detallados precedentemente".

Luego se señala el procedimiento que debe seguirse y los requisitos que debe contener la sentencia, estableciendo también que la sentencia firme hará cosa juzgada respecto de los bienes o derechos involucrados, con independencia del resultado de cualquier otra acción judicial. La sentencia firme de sobreseimiento o absolución dictada en sede penal, fundadas en la inexistencia del hecho investigado o en que dicho hecho no encuadra en una figura legal, obligará al Estado Nacional a restituir el bien o derecho a su anterior poseedor o titular o, de resultar imposible, entregarle un valor equivalente en dinero.

IV. La ley provincial N° 9151:

Tomando como base el decreto ley referido, la Legislatura Provincial dictó en Mendoza la ley 9151, publicada en el Boletín Oficial de la Provincia el día 08 de abril de 2019.

En el primer artículo, la normativa provincial enumera cuáles son los delitos respecto de los cuales puede ejercerse la acción de extinción de dominio en concordancia con el anexo del decreto ley nacional.

Se incorpora, además, la figura de la extinción de dominio al Capítulo II del Título II del Libro Segundo del Código Procesal Civil, Comercial y Tributario de la Provincia, Ley N° 9001, que paso a llamarse "Prescripción Adquisitiva y Extinción de Dominio" y el inciso V) del artículo 209 de la Ley N° 9001 que regula los puntos que debe establecer la sentencia que declara adquirido el dominio.

Se estableció la competencia de la justicia provincial, determinándose que la acción se rige por las reglas del proceso de conocimiento con ciertas particularidades.

Así como lo señala el DNU, la sentencia firme hará cosa juzgada respecto de los bienes o derechos involucrados, con independencia del resultado de cualquier otra acción judicial. De igual manera, la sentencia firme de sobreseimiento o absolución dictada en sede penal, fundadas en la inexistencia del hecho investigado o en que dicho hecho no encuadra en una figura legal, obligará al Estado Provincial a restituir el bien o derecho a su anterior poseedor o titular o, de resultar imposible, entregarle un valor equivalente en dinero.

Se determinó además la legitimación activa del Ministerio Público Fiscal en el proceso y las funciones y atribuciones en orden a ello.

V. La demanda de marras y su contestación. Planteo de Inconstitucionalidad de la parte demandada:

Llegado este punto, es el turno de ingresar en el concreto análisis de la demanda de marras.

Sobre la base de la normativa referida, el Ministerio Publico Fiscal interpuso la presente demanda contra los Sres. L. A. L. y C. V. S., persiguiendo se declare la extinción de dominio respecto de los siguientes bienes: a) un inmueble anotado en la matrícula N° ..., Guaymallén, Dto. El Sauce, ubicado en pasillo comunero con salida a calle ..., superficie 1666,06 m2, de ti-

tularidad de L. A. L., DNI ..., por adquisición de fecha 17/11/2008; b) un inmueble anotado en la matrícula N° ..., Unidad 2, Planta Baja, Villa Nueva, Guaymallén, con frente a calle ..., superficie cubierta propia 69,13 m2, de titularidad de C. V. S., DNI ..., por adquisición de fecha 12/10/2011; c) un automotor pick up, marca Volkswagen, modelo Amarok 2.0 TDI, dominio ..., modelo 2011, de cotitularidad de los Sres. L. A. L. y C. V. S., por adquisición de fecha 06/05/2011; d) un automotor Sedan 5 puertas, marca Peugeot, modelo 308 Feline 2.0, dominio ..., modelo 2012, de cotitularidad de los Sres. L. A. L. y C. V. S., por adquisición de fecha 30/10/2012, e) un cuatriciclo marca Can-Am, modelo Outlander Max 800 R, dominio ..., de cotitularidad de los Sres. L. A. L. y C. V. S., por adquisición de fecha 11/01/2013 y f) un inmueble anotado en el Asiento A-27, matrícula N° ..., pasillo comunero de indivisión forzosa, calle ..., Guaymallén, Mendoza, en el porcentaje del 5% que resulta de titularidad del Sr. L..

A su turno, contestaron demanda, planteando la inconstitucionalidad del DNU 62/2019 y de la ley provincial 9151 en base a los argumentos que expusieron en su contestación entendiendo que la ley provincial N° 9151 no es más que la regulación de forma del DNU de referencia; por lo que su vigencia depende de la validez del DNU.

Considero oportuno entonces analizar tales planteos en forma conjunta, por cuanto de la respuesta a los mismos depende la necesidad de ingresar —o no— en el análisis de la procedencia de la acción respecto de los Sres. L. y S.

En esa tarea, me permito recordar que es criterio reiterado que la declaración de inconstitucionalidad de una norma es un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como última ratio del orden jurídico y como una atribución que solo debe utilizarse cuando la repugnancia con la cláusula constitucional sea manifiesta y la incompatibilidad inconciliable (conf. CSJN, en LA LEY 1981-A, 94; Fallos: 247:121, 294:383, 300:241, 307:531, entre muchos otros).

Constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia y configura un acto de suma gravedad institucional (conf. CSJN, Fallos: 300:1088, 302:1149, 303:1709 y 315:923). Por ello, no cabe formularla sino cuando un acabado examen del precepto conduce a la convicción cierta de que su aplicación conculca el derecho o la garantía constitucional invocada (conf. CSJN, Fallos: 315:923, entre otros).

Tal pronunciamiento requiere que la incompatibilidad entre la norma atacada y la Constitución sea manifiesta e inconciliable, que destruya la sustancia del derecho constitucional (conf. CSJN, Fallos: 209:337, 234:229, 235:548, 247:73, 244:309, entre otros), debiendo resolverse cualquier duda a favor de la constitucionalidad de la norma impugnada.

Es sabido que el ordenamiento normativo no reconoce derechos "absolutos" (art. 14 CN), sino limitados por las leyes reglamentarias en la forma y extensión que el Congreso, en uso de su atribución legislativa, lo estime conveniente a fin de asegurar el bienestar general.

Sin embargo, las normas inferiores que los reglamenten deben reunir la condición de "razonables", no deben alterar la substancia de aquellos y tienen que respetar los límites impuestos por preceptos de superior jerarquía (CSJN, Fallos: 249:252; 257:275; 262:205; 296:372; 300:700; 310:1045; 311:1132; 316:188).

Esto significa que los medios elegidos deben ser proporcionados y adecuados para alcanzar los objetivos proclamados (conf. arts. 14 y 28 de la Constitución Nacional, y Fallos: 248:800; 243:449; 334:516 y 335:452; también conf. CSJN, 01/12/2015, "Sindicato de Obreros de Estaciones de Servicios, Garages y Playas de Estacionamiento del Chaco c. Estado Nacional (ANSSAL) s/ acción de amparo y medida cautelar").

Esta reglamentación a los derechos reconocidos por la Constitución Nacional importa una limitación y ello no la transforma automáticamente en inconstitucional.

De allí que se ha entendido que corresponde a quien alega la inconstitucionalidad de una norma demostrar de qué manera esta contraría la Constitución Nacional, causándole de ese modo un gravamen, y para ello es menester que precise y pruebe fehacientemente en el expediente el perjuicio que le origina la aplicación que tacha de inconstitucional (conf. CSJN, Fallos: 265:602, 258:255, 316:188, 1718 y 2624, 319:3148, 321:441 y 1888, 322:842 y 919, 324:920, 325:1922, 330:855 y 333:447, entre muchos otros).

En la especie, el planteo de los demandados se sustenta en dos argumentos principales:

a. No se encontraban configuradas la necesidad y urgencia para justificar el dictado de un DNU.

b. El DNU legisla sobre materia penal, expresamente excluida de su ámbito por la Constitución Nacional.

A partir de esta segunda premisa, se derivan otros cuestionamientos: violación a la división de poderes; violación a la garantía del juez natural, violación a la presunción de inocencia; exclusión de la prejudicialidad penal (art. 1775 Cód. Civ. y Com. de la Nación);

aplicación retroactiva de ley perjudicial y violación al derecho de propiedad.

Ahora bien, el art. 1 del CPCCT sienta en su apartado II.-, que cuando una norma jurídica resulte en el caso manifiestamente contraria a las normas superiores en la jerarquía establecida por el primer apartado de la ley de rito, los Jueces podrán, previo dar oportunidad a las partes de ser oídas e intervención del Ministerio Público Fiscal, declarar de oficio o a pedido de parte, su inconstitucionalidad.

El artículo establece también el criterio por el que se rige tal declaración, que es restrictivo, puesto que la facultad del magistrado debe ejercerse con suma prudencia y, en caso de duda, debe estarse a la constitucionalidad de la norma.

En ese marco, ingresaré ahora en el análisis de los cuestionamientos enunciados a fin de establecer si corresponde —o no— admitir la pretensión de inconstitucionalidad interpuesta.

V.a) El decreto de necesidad y urgencia a la luz del Art. 99 de la Constitución. La doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación:

En primer lugar, la parte demandada denuncia que no se configuran, en el caso, los requisitos para justificar el estado de necesidad y urgencia necesario para dictar el DNU en cuestión, de conformidad al art. 99 apartado 3° de la Constitución Nacional.

Al respecto, los considerandos del DNU señalan que las circunstancias excepcionales que conllevan la imposibilidad de seguir los trámites ordinarios para la sanción de las leyes radican, en el caso, en el hecho de que trámite legislativo en cuestión llevaba —a la fecha del dictado del decreto— dos años sin resolución, por lo que se imponía el dictado del decreto, a efectos de otorgar a la Justicia herramientas eficaces para desfinanciar a las organizaciones criminales y resguardar el patrimonio estatal.

La parte demandada entiende que la imposibilidad alegada no es tal, por cuanto el proyecto se encontraba en el Congreso, siguiendo los "trámites normales" para su sanción, sumado a que la caducidad del plazo para ser tratado acaecería recién el 29 de febrero de 2020; es decir, que al momento de incoar la presente el proyecto aún podía ser tratado, por lo que no existía impedimento alguno para continuar con el trámite normal del dictado de la ley.

Debo decir que no comparto esta tesitura.

En primer lugar, cabe destacar que, a partir de la reforma de 1994, la Constitución Nacional (CN) otorga al Poder Ejecutivo Nacional (PEN), en los términos y con los limitados alcances del art. 99, inc. 3°, la atribución de dictar disposiciones de carácter legislativo (Decretos de necesidad y urgencia - DNU).

En ese sentido, el DNU cuestionado cumple con los requisitos formales exigidos por el art. 99, inc. 3, de la CN: fue decidido y refrendado en acuerdo general de ministros el 21/01/2019, así como remitido por el Jefe de Gabinete de Ministros al Congreso dentro de los 10 días para su control (mensaje del 29/01/2019).

Respecto de los requisitos sustanciales y la revisión judicial de la validez de los DNU —que es lo que aquí nos atañe— la Corte Suprema en el precedente "Verrocchi" sentó el carácter excepcional de los decretos de necesidad y urgencia, y la función de contralor constitucional por parte de la Corte Suprema de Justicia de los actos de gobierno.

En breve síntesis, estableció allí nuestra Corte Nacional que para que el PEN pueda ejercer facultades legislativas a través de un DNU, es necesaria la concurrencia de alguna de estas dos circunstancias: "la imposibilidad de dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución o que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes" (la negrita me pertenece. Ver: CSJN, "Verrocchi, Ezio D. c. PEN - Administración Nacional de Aduanas s/ acción de amparo", 19/08/1999)".

Luego, en la causa "Risolía de Ocampo" (CSJN, 02/08/2000; la ley 2000-D-593), la Corte ejerció un control amplio de los decretos de necesidad y urgencia, en especial en cuanto a su constitucionalidad y dejó sentada la jurisprudencia que tal control no debe limitarse únicamente a aspectos formales, sino que debe analizar aspectos que hacen al mérito.

Allí, el Más Alto Tribunal encuadró la evaluación de dichas circunstancias, afirmando que uno de los requisitos indispensables para la validación constitucional de los DNU es verificar que tengan "la finalidad de proteger los intereses generales de la sociedad y no de determinados individuos". Sostuvo además que "Corresponde a los poderes del Estado proveer todo lo conducente a la prosperidad del país y al bienestar de sus habitantes, lo que significa atender a la conservación del sistema político y del orden económico, sin los cuales no podría subsistir la organización jurídica sobre la que reposan los derechos y garantías individuales... se trata de no privar al Estado de las medidas de gobierno que conceptualice útiles para llevar un alivio a la comunidad...", frente a "situaciones que ponen en peligro la subsistencia misma de la organización social".

Finalmente, en el caso "Consumidores Argentinos" ("Consumidores Argentinos c. EN-PEN-DTO. 558/02-SS-LEY 20091 s/ amparo Ley 16.986", resuelto el 19/05/2010, Fallos: 333:633), la Corte Nacional ratificó la doctrina del fallo Verrochi, destacando que, si desde antiguo viene sosteniendo que le corresponde a los jueces evaluar la concurrencia de una genuina situación de emergencia contemplada por el legislador, con mayor razón debe hacerlo respecto de las circunstancias de excepción invocadas unilateralmente por el P.E. para dictar un DNU. Expresó además que, una vez admitido ello, "cabe descartar de plano los criterios de mera conveniencia del P.E. que, por ser siempre ajenas a circunstancias de mera necesidad, no justifican nunca la decisión de su titular de imponer un derecho excepcional a la Nación en circunstancias que no lo son. El texto de la Constitución Nacional no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos material por medio de un decreto" (Puede verse, entre muchos otros, comentario al fallo de Ibarlucía, Emilio A. Publicado en: LA LEY 02/06/2010, 02/06/2010, 8. Fallo comentado: Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS) CS - 2010-05-19 - Consumidores Argentinos c. EN - PEN - Dto. 558/02-SS - ley 20.091).

Sintetizando entonces la doctrina de la Corte de la Nación que surge de los fallos citados, las dos circunstancias que pueden considerarse excepcionales, habilitantes del dictado de DNU según el art. 99 inc. 3 de la CN son: 1) que sea imposible seguir el trámite ordinario de sanción de las leyes por no poder reunirse el Congreso por razones de fuerza mayor (acciones bélicas o circunstancias naturales); 2) que la situación sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente en un plazo incompatible con el que demanda dicho trámite.

Específicamente, tal cual lo manifestado por el juez Boggiano en los precedentes referidos, el dictado de DNU por el PEN resultaría admisible "en situaciones de grave trastorno que amenacen la existencia, la seguridad o el orden público o económico, que deban ser conjuradas sin dilaciones".

Sobre esa base, entiendo que el cuestionamiento realizado en este caso por los demandados no tiene andamiaje.

Ello así, por cuanto no resulta entonces determinante, como lo pretende la parte demandada, que la cuestión a regular se encontraba en debate en el Congreso, pues, salvo en supuestos de fuerza mayor como conflictos bélicos o desastres naturales, toda regulación normativa contenida en un DNU podría ser presentada al Congreso para su discusión. Lo que se debe evaluar es si los tiempos necesarios para el debate legislativo resultan incompatibles con los fines buscados, pues, como bien lo reconocen los accionados, estaba a estudio del Congreso un proyecto de ley sobre el régimen de la acción de extinción de dominio que llevaba más de dos años de trámite legislativo sin resolución.

Así las cosas, como se señaló en el precedente "Consumidores Argentinos" la cuestión pasa por "evaluar el presupuesto fáctico que justificaría la adopción de decretos de necesidad y urgencia y, en este sentido, corresponde descartar criterios de mera conveniencia ajenos a circunstancias extremas de necesidad".

En definitiva, lo que se debe verificar es que la necesidad y urgencia invocada no sea la del PEN en imponer su agenda —habitualmente de origen político circunstancial— sustituyendo al Congreso de la Nación en el ejercicio de la actividad legislativa que le es propia, sino la de la sociedad en su conjunto.

En ese sentido, no tengo duda alguna en cuanto a que en nuestro país y en nuestra provincia tanto la lucha contra el crimen organizado como contra la corrupción configuran gravedad institucional, en tanto excede el interés de las partes y atañe al de la comunidad, y es por ello que la sociedad toda exige del Estado acciones concretas tendientes a tal fin.

La corrupción ha sido definida por Transparency International siguiendo a Gianfranco Pasquino como: "el fenómeno por medio del cual un funcionario público es impulsado a actuar de modo distinto a los estándares normativos del sistema para favorecer intereses particulares a cambio de una recompensa. Corrupto es por lo tanto el comportamiento desviado de aquel que ocupa un papel en la estructura estatal" (Transparencia Internacional Latinoamericana y El Caribe, 1999).

Por su parte las Naciones Unidas consideran que la corrupción tiene efectos devastadores sobre las "economías que pasan por una situación difícil. La corrupción vacía las arcas de los Estados, arruina el libre comercio y ahuyenta a los inversionistas. Sin embargo, el mayor impacto de la corrupción es sobre los pobres, aquellos menos capaces de absorber los costos. (UNODC, 2005).

La corrupción afecta la calidad y el costo de los servicios básicos como la emisión de documentación oficial, educación, salud y transporte para la población que justamente más depende de su carácter público.

Se ha dicho al respecto que "Es una cuestión de sentido común advertir que mientras la ciudadanía ha asistido estupefacta al descubrimiento de los he-

chos de corrupción que tomaron estado público en los últimos tiempos, también está invadida por las faltas de respuesta de la justicia a los reclamos de sanción a los que resultaron culpables estos y al recupero del dinero saqueado" (Ver.: Gerome, Eduardo, " Régimen procesal de la acción civil de extinción de dominio", publicado en Revista Anales de Legislación Argentina, Edit. Thomson Reuters - LA LEY, Año LXXIX, marzo 2019, ps. 3/5).

Más allá de ello, no puede soslayarse que, como ya se señaló anteriormente en esta resolución, la República Argentina ha asumido compromisos internacionales que la obligan a adoptar herramientas eficaces para luchar de manera integral contra el flagelo del crimen organizado, al ratificar —como ya se ha visto— instrumentos internacionales como la Convención Internacional contra la Delincuencia Organizada Transnacional, en la cual los Estados parte acuerdan mecanismos de cooperación y herramientas para el recupero de los bienes y otros beneficios derivados del producto del delito (artículo 12); la Convención Interamericana contra el Terrorismo, que dispone que cada Estado parte adoptará las medidas necesarias para identificar, congelar, embargar y, en su caso proceder al decomiso de los fondos u otros bienes que constituyan el producto de la comisión o tengan como propósito financiar o hayan facilitado o financiado la comisión de cualquiera de los delitos vinculados al terrorismo (artículo 5°); o la Convención Interamericana contra la Corrupción, en la cual se establece que los Estados parte se prestarán mutuamente la más amplia asistencia posible en la identificación, el rastreo, la inmovilización, la confiscación y el decomiso de bienes obtenidos o derivados de la comisión de los delitos tipificados de conformidad con la citada convención, de los bienes utilizados en dicha comisión o del producto de dichos bienes (artículo 15).

Así, es responsabilidad de los tres poderes del Estado Argentino, enfrentar estos flagelos. Para ello, debe contarse con herramientas eficaces de carácter penal y no penal para luchar de manera integral contra el crimen organizado y la corrupción en todas sus variantes, pues está obligado a evitar que el delito otorgue ganancias, se expanda y afecte la paz social.

En definitiva, resulta evidente que dar respuestas a la sociedad en la lucha contra la corrupción y el crimen organizado configura una cuestión de atención necesaria, urgente y constante, en la que la inacción y el transcurso del tiempo ocasionan daños irreparables, tanto para las víctimas directas del accionar delictivo como para la sociedad en su conjunto.

Por tanto, y si bien es mi opinión que lo ideal hubiera sido que los representantes del Poder Legislativo aunaran esfuerzos para tratar y sancionar —con las modificaciones que creyeran necesarias para lograr el consenso— el proyecto de ley en trámite, al no ocurrir ello, no puedo menos que concluir que se encontraba el Poder Ejecutivo de la Nación habilitado para el dictado del DNU cuestionado, dado que —insisto— la lucha contra la corrupción y el crimen organizado (razones invocadas en los considerandos del DNU 62/2019) encuadran dentro de la excepcionalidad prevista por el art. 99, inc. 3°, tercer párrafo, de la Constitución Nacional y no obsta a ello el dictamen realizado por la Comisión Bilateral a la que aluden los demandados en su responde.

Recuerdo al efecto que, en julio de 2006, se sancionó la ley 26.122 (Boletín Oficial, 28/07/2006). Allí se estableció el régimen legal de los decretos de necesidad y urgencia (DNU), de delegación legislativa y de promulgación parcial de leyes, en cumplimiento de la obligación que dimana del último párrafo del inciso tercero del artículo 99 de nuestra Constitución Nacional, ya aludido.

La finalidad de la norma es "regular el trámite y los alcances de la intervención del Congreso" (artículo 1°) respecto de las denominadas atribuciones legislativas de excepción que —en principio y con carácter extraordinario— asisten al Poder Ejecutivo. De esta manera, se legisla el trámite de aprobación o rechazo para los DNU.

Al respecto, ha señalado la doctrina que la comisión prevista en el inciso 3 del artículo 99 de la Constitución —Comisión Bicameral Permanente de Trámite Legislativo de la ley 26.122— constituye un verdadero órgano constitucional de control político. Se trata del único mecanismo genuino de control político del ejercicio de estas potestades excepcionales del Presidente (Daniel Sabsay, "Paradojas del control ciudadano", La Nación, 14/10/2004).

Ahora bien, el artículo 24 de la ley 26.122 señala que: "El rechazo por ambas cámaras del Congreso del decreto de que se trate implica su derogación de acuerdo a lo que establece el artículo 2 del Cód. Civil, quedando a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia".

Es decir, que solo el rechazo de ambas Cámaras trae aparejado su derogación.

En su libelo, los demandados aducen que la Comisión Bicameral Permanente de trámite legislativo, prevista en el art. 99 inc. 3 de la CN, en el orden del día N° 992, declaró la invalidez del decreto 62/2019, dictaminando que "son los propios actos del Poder Ejecutivo los que descartan la existencia de la urgencia aludida, ya que convocó a sesiones extraordinarias en diciembre de 2018 para tratar otros 40 proyectos de

ley, sin incluir en dicho temario al proyecto relativo a la extinción de dominio que se encontraba plenamente vigente para ello. Más aún, cuando el mismo todavía sigue vigente, existiendo la posibilidad de convocar a sesiones extraordinarias a tal fin hasta el 28/02/2019 o aguardar su tratamiento en las inminentes sesiones ordinarias del año 2019" (emitido en fecha 19/02/2019).

No soslayo tal circunstancia. Sin embargo, dicho dictamen no fue convalidado por el voto de la mayoría absoluta del pleno de ambas Cámaras del Congreso de la Nación, en los términos del art. 24 de la Ley N° 26.122, por lo que el dictamen de rechazo no produjo ningún efecto jurídico, dicho DNU no fue derogado y tiene plena vigencia (arts. 17 de la citada ley y 2 del Cód. Civ. y Com. de la Nación). Es decir que el Congreso no ha convalidado el dictamen de rechazo votado por la mayoría de la Comisión, sino que, de manera tácita, ha adoptado el dictamen de minoría a favor de la validez del DNU.

En efecto, como señalé anteriormente, a partir del dictado de la Ley 26.122 fue el propio Congreso de la Nación el que estableció el criterio de interpretación que debe adoptarse frente a su silencio, como voluntad de convalidar la normativa dictada por el PEN.

Ello, además, coincide con lo establecido en el art. 82 de la CN, en cuanto dispone que "La voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente; se excluye, en todos los casos, la sanción tácita o ficta", y se fundamenta en el principio de seguridad jurídica que exige que se mantenga la vigencia de los DNU mientras no sean derogados formalmente por el Congreso. En el caso, ello no sucedió, habiendo transcurrido ya dos años desde su dictado.

Con este temperamento, puedo válidamente considerar que la necesidad y urgencia invocadas para el dictado del DNU 62/2019, fueron evaluadas por el Congreso e implícitamente convalidadas —conforme a la citada ley 26.122—, pese al dictamen de rechazo puesto a su consideración.

V.b) La naturaleza de la acción de extinción de dominio:

Como ya se ha visto, el artículo 99 inciso 3° del texto constitucional no deja lugar a dudas de que la admisión del ejercicio de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo se hace bajo condiciones de rigurosa excepcionalidad, exigiendo así el constituyente, para el ejercicio válido de esta facultad de excepción —además de la debida consideración por parte del Poder Legislativo— que la norma no regule materia penal, tributaria, electoral o del régimen de los partidos políticos. La regulación de tales materias se encuentra vedada al Poder Ejecutivo, siendo responsabilidad exclusiva del Poder Legislativo.

En la especie, los demandados han esgrimido también como fundamento de su planteo de inconstitucionalidad que el Decreto atacado, viola la división de poderes por legislar sobre materia penal, denunciando que aún cuando pretende darse a la presente apariencia civil, su naturaleza es penal o, en el mejor de los casos, mixta.

Si bien es una cuestión que ha generado debate doctrinario y jurisprudencial en Argentina como en los otros países que han legislado sobre la materia, por mi parte entiendo que se trata de una acción civil.

En efecto, de la lectura del DNU 62/2019 surge que el mismo introduce modificaciones al Cód. Civ. y Com. de la Nación, a la Ley de Concursos y Quiebras N° 24.522, a la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal N° 27.148 y aprueba el Régimen Procesal de la Acción Civil de Extinción de Dominio que como Anexo lo integra. El artículo 1° de dicho régimen establece la naturaleza civil de la acción judicial de extinción de dominio, aclarando que se tramita a través de un procedimiento autónomo e independiente de cualquier otro proceso judicial.

De la misma forma, el artículo 4 de la ley provincial N° 9151, modifica el artículo 210 del CPCCT de la provincia de Mendoza (Ley 9001), estableciendo la competencia de la justicia civil y comercial para entender en las acciones de extinción de dominio, que tramitarán de conformidad con las reglas del proceso de conocimiento.

De esta manera, se establece en el artículo 1907 del Cód. Civ. y Com. de la Nación una nueva causal de extinción del dominio de una persona sobre un bien y se regulan las normas procesales orientadas a tornarla viable.

Sin embargo, lo que realmente considero definitorio es que las normas cuestionadas no tipifican conductas ni definen delitos o faltas. Tampoco establecen penas o medidas de seguridad.

Se trata, por tanto, de una acción civil. La sanción que corresponda —o no— en sede penal es independiente del proceso de extinción de dominio y el hecho de que se trate de una consecuencia de un ilícito no lo torna penal, así como tampoco es penal la acción de resarcimiento por los daños y perjuicios derivados de actos ilícitos, que estamos acostumbrados a resolver en esta sede.

Que exista un proceso penal paralelo no la torna de ningún modo una acción penal, pues esta no está

dirigida a la persona sino a los bienes. No se juzga a una persona por la comisión de un hecho delictivo, sino que se cuestiona la vinculación de los bienes a un delito, que procede independientemente del juicio de culpabilidad de que sea susceptible el afectado.

En otras palabras, se trata de una acción orientada a discutir la licitud de la causa por la que un bien fue incorporado a un patrimonio y, en ese sentido, no representa una novedad dentro del régimen de derechos civiles en nuestro país (piénsese, a modo de ejemplo, en las acciones de enriquecimiento sin causa o de repetición por pago sin causa).

Por ello, el éxito de una acción de esta naturaleza no configura en absoluto una sanción ni una medida accesoria a la pena, no solo porque se tramita de forma independiente y contra personas que no se encuentran condenadas en sede penal, sino incluso porque se fundamenta en razones diversas.

Ello resulta evidente en cuanto se repare en el hecho de que el sujeto demandado puede no estar condenado (en el DNU ni si quiera se exige que esté imputado a diferencia del art. 210 del CPCyT que exige la imputación en sede penal) y la sentencia civil no establecerá responsabilidad penal para ninguna persona.

En términos semejantes, las legislaciones colombiana, costarricense y otras tantas se pronuncian por prever que se trata de una acción de carácter real (por ende, civil) y de contenido patrimonial (esto es correcto, pues, en buena parte viene a expresarse, de este modo particular, como hemos precisado, una suerte de reparación a la comunidad y de pérdida de derecho sobre bienes que se obtuvieron mediante actos de corrupción u otros delitos contra las Administraciones Públicas, narcotraficantes, terroristas, quienes cometen delitos vinculados a la trata de personas, etcétera).

Como ha señalado un autor colombiano, "La política criminal no se agota en la política penal, pues comprende un espectro estructural y funcional que desborda el marco del sistema penal ya que vincula a todas las ramas del poder público y a la sociedad en que tal poder se ejerce". Siguiendo este temperamento, queda claro que no solo el derecho penal, sino también el derecho civil sirve para enfrentar el delito y con mayor razón los ilícitos en general (Conf. Poveda Perdomo Alberto. La ley de extinción del derecho de dominio y su jurisprudencia. Librería ediciones del profesional ltda. Colombia. 2004. Pág. 72).

Por ello, insisto, el hecho de que tenga vinculación con un delito no la convierte en una acción penal, porque no se busca sancionar a la persona sino establecer el origen de los bienes.

En consecuencia, toda vez que a través de las normas cuestionadas se regula una acción judicial de carácter civil, que tramita ante dicho fuero bajo las normas que regulan ese tipo de procesos, no puede afirmarse que resulten violatorias de la división de poderes por regular, mediante DNU, materia penal expresamente excluida de dicho ámbito por el inciso 3° del artículo 99 de la CN.

Por todo lo expuesto, no puedo menos que concluir que el decreto en análisis cumple con los extremos exigidos por el art. 99 inciso 3 de la Carta Magna Nacional.

V.c) Extinción de dominio y decomiso penal:

Sentado lo precedente, creo necesario distinguir llegado este punto la figura del decomiso penal de la de la extinción de dominio.

Ambas figuras se erigen como herramientas esenciales en la lucha contra la delincuencia organizada, en cuanto impiden que los fondos se empleen para financiar otras actividades ilícitas.

El art. 23 del CP argentino establece que "En todos los casos en que recayese condena por delitos previstos en este Código o en leyes penales especiales, la misma decidirá el decomiso de las cosas que han servido para cometer el hecho y de las cosas o ganancias que son el producto o el provecho del delito, en favor del Estado nacional, de las provincias o de los municipios, salvo los derechos de restitución o indemnización del damnificado y de terceros...".

El decomiso, entonces, tiene carácter de pena accesoria a una pena principal, es inherente a esta, y procede para cualquiera de todas las posibles penas principales a las cuales hace alusión el art. 5° del CP, a modo ilustrativo: reclusión, prisión, multa e inhabilitación. En este sentido, el decomiso constituye una medida ‹in personam›, es decir que, en escenarios tales como: fallecimiento o rebeldía del imputado, este no sería factible.

En cambio, en la acción de extinción de dominio, al no tratarse de un proceso penal (donde se aplica el decomiso), no existe una condena para la persona propietaria del bien. Es decir que, lo que existe es una sentencia de un juez que declara que el bien de que set trata no tiene acreditado un origen lícito, pero no es necesario que un juez penal condene a la persona por el delito por el que se lo investiga para que se pueda recuperar el bien y disponer de él.

No queda duda acerca de que el decomiso del art. 23 del CPN, queda en cabeza pura, única y exclusivamente del juez que resuelva la sentencia condenatoria. En cambio, al tratarse de una acción independiente y de naturaleza civil, son competentes para tramitar y resolver las causas por extinción de dominio los jueces civiles y comerciales.

Ello, aclaro a todo evento, no afecta de ninguna manera la garantía del Juez natural, que implica que el órgano judicial haya sido designado previamente al hecho que motiva el proceso, de acuerdo al mecanismo constitucional para su nombramiento.

El principio del juez natural que capta nuestro ordenamiento constitucional, exige la constitución del tribunal y la designación del juez competente, de conformidad con la ley vigente, previa a la existencia del hecho que configura el conflicto entre la sociedad y el individuo. Así el art. 18 de la CN, brinda como garantías, entre otras, reprobándolo por resultar contrario a sus disposiciones el "ser sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa".

En el caso, al determinar tanto el DNU como la ley 9151 que son competentes los jueces civiles de la Provincia y no constituyendo una sanción de tipo penal, la garantía del juez natural queda totalmente resguardada.

V.d) La extinción de dominio y el art. 1775 del Cód. Civ. y Com. de la Nación:

Vinculado con lo anterior, otro de los cuestionamientos que hacen los accionados es que, según su modo de ver, la norma en análisis excluye la prejudicialidad prevista en materia de responsabilidad por daños en el art. 1775 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, permitiendo una confiscación relativa, puesto que para darle carácter definitivo a la sentencia, una vez liquidados los bienes y operado el daño posiblemente injustificado, somete la firmeza y ejecutoriedad de la sentencia civil a las resultas del proceso penal.

Esgrimen que la sentencia civil carecerá de virtualidad alguna, dependiendo su éxito de lo que se resuelva, a la postre, en el proceso penal. Ello, dicen, porque aun cuando la norma confiera a la sentencia el carácter de cosa juzgada, lo cierto es que tal extinción es relativa y se encuentra supeditada a las resultas del proceso penal.

Sobre este punto, me permito recordar que el art. 1° del Anexo al DNU 62/2019 dispone que "La extinción de dominio se declara a través de un procedimiento autónomo e independiente de cualquier otro proceso judicial, no pudiendo acumularse a ninguna pretensión".

Por su parte, el art. 17 ordena que "La suspensión del dictado de la sentencia civil prevista en el artículo 1775 del Cód. Civ. y Com. de la Nación no resulta de aplicación en el presente régimen".

El inc. IX del art. 210 del CPCCT de la provincia, y en similar sentido el art. 11 del Anexo al DNU 62/2019, establecen, en lo que aquí interesa, que la sentencia de extinción de dominio deberá contener: "(...) c) La declaración de extinción de dominio del bien o de los bienes identificados conforme al inciso b) sin contraprestación ni compensación alguna a favor del o de los demandados, así como de sus frutos y productos, en caso de resultar aplicable; (...) f) Las medidas de ejecución de la sentencia, conforme los medios previstos por este Código, y en especial, el plazo para la subasta de los bienes. Efectuada esta, y deducidos los gastos incurridos para el secuestro, administración y mantenimiento y demás costos procesales, su producido ingresará a Tesorería General de la Provincia (...)".

El inc. X del citado art. 210 y el art. 12 del Anexo al DNU 62/2019, disponen que "La sentencia firme hará cosa juzgada respecto de los bienes o derechos involucrados, con independencia del resultado de cualquier otra acción judicial".

Sin embargo, a continuación, establecen que "La sentencia firme de sobreseimiento o absolución dictada en sede penal, fundadas en la inexistencia del hecho investigado o en que dicho hecho no encuadra en una figura legal, obligará al Estado Provincial a restituir el bien o derecho a su anterior poseedor o titular o, de resultar imposible, entregarle un valor equivalente en dinero".

Lleva resuelto la CSJN que "Como no cabe suponer que el legislador haya actuado con inconsecuencia o imprevisión al dictar las leyes, estas deben interpretarse evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones destruyendo las unas por las otras, y adoptando como verdadero el que las concilie y las deje a todas con valor y efecto" ("Ramos Ernesto c. Ingenio Ledesma SAAI y otro s/ jub. x invalidez art. 252 lct - indemniz. art. 212, rta. el 24/04/2007, Fallos: 330:1910).

En consecuencia, debe interpretarse que la previsión incorporada al segundo párrafo del inc. X del art. 210 del CPCCT provincial y el art. 12 del Anexo al DNU 62/2019 no afecta la firmeza y ejecutoriedad de la sentencia, sino que establece un nuevo supuesto de acción autónoma de revisión de la cosa juzgada (arts. 231 del CPCCT de la provincia y 1780 del Cód. Civ. y Com. de la Nación).

Debe repararse en el hecho de que no cualquier sentencia de sobreseimiento o absolución da lugar a la restitución del bien o la entrega de un valor equivalente, sino únicamente aquellas que se fundan en la inexistencia del hecho o su atipicidad, lo que se justifica como causal de revisión toda vez que representaría un hecho nuevo que desacreditaría la verosimilitud respecto de la vinculación del bien a un delito, circunstancia que da origen al proceso civil de extinción de dominio y justifica la carga dinámica de la prueba.

Por ello, entiendo que el hecho de que aún no se ha llegado a sentencia en la causa penal, de ninguna manera constituye obstáculo para el dictado de la sentencia civil y que no resulta afectada la firmeza y ejecutoriedad de la misma.

V.e) La extinción de dominio y el principio constitucional de inocencia:

En su defensa, aducen también los Sres. L. y S. que el DNU y la ley provincial 9151 violan el principio constitucional de inocencia puesto que se presume que la persona imputada e investigada por los delitos que establece es culpable. Cuestionan fundamentalmente la inversión de la carga de la prueba, esgrimiendo que no es el Estado (MPF) quien debe derribar el estado de inocencia y probar que una persona es culpable, sino que el demandado debe probar su inocencia, acreditando el origen lícito de sus bienes, pues se presume que provienen de actividades delictivas.

Como ya dije, entiendo que la acción interpuesta es de naturaleza civil.

Por ello, dado que la acción civil de extinción de dominio no se orienta a establecer la responsabilidad penal del demandado ni a imponer sanciones de ningún tipo, no resulta violatoria de la presunción de inocencia establecida en los arts. 18 de la CN y 1° tanto del CPPN como del CPP de Mendoza.

El régimen de extinción de dominio prevé una condición de admisibilidad o procedencia de la demanda: que se hayan dictado en sede penal medidas cautelares sobre los bienes objeto de la demanda, en un proceso que se siga para la investigación de los delitos específicamente enumerados (art. 8 del Anexo al DNU 62/2019 e inc. V.a. del art. 210 del CPCCT —ley 9001—).

El último párrafo del artículo 23 del CP habilita al juez penal a dictar, desde el inicio de las actuaciones judiciales, "medidas cautelares destinadas a hacer cesar la comisión del delito o sus efectos, o a evitar que se consolide su provecho o a obstaculizar la impunidad de sus partícipes".

Recuerdo al efecto que uno de los presupuestos de las medidas cautelares es la verosimilitud del derecho invocado (Art. 112 del CPCCT), esto es, la exigencia de que el derecho del peticionario de la cautelar sea aparentemente verdadero, porque su certeza solo podría obtenerse eventualmente con el dictado del pronunciamiento definitivo.

Así, el dictado de medidas cautelares en sede penal otorga un estándar mínimo que permite partir de la premisa de que resulta verosímil que el bien se encuentre vinculado a la comisión de uno de los graves delitos enumerados. Esa evaluación es realizada por un juez, en el marco de un proceso judicial en el que el perjudicado cuenta con vías procesales de impugnación para discutir la decisión. En la especie, surge del expediente penal traído en calidad de AEV que dicha cautelar ha quedado firme.

A partir de allí, se inició este proceso civil por medio del cual el Ministerio Publico Fiscal cuestiona el dominio de los demandados sobre bienes determinados explicando los argumentos y las pruebas por las que pretende que se decrete la extinción; mientras que los demandados, que se encuentran en mejores condiciones conforme al principio de carga dinámica de la prueba, tendrán la posibilidad de acreditar el origen lícito de los fondos o que el bien se incorporó a su patrimonio con anterioridad al delito investigado, lo que desacreditaría la verosimilitud originariamente establecida.

La doctrina de las cargas probatorias dinámicas consiste en imponer el peso de la prueba en cabeza de aquella parte que por su situación se halla en mejores condiciones de acercar prueba a la causa, es decir, tenga mejor aptitud probatoria, sin importar si es actor o demandado (ver Peyrano, Jorge, "Doctrina de las cargas probatorias dinámicas", LA LEY, 1991-B, 1034).

Tanto el art. 1734 del Cód. Civ. y Com. de la Nación como el art. 166 de nuestro CPCyT admiten excepciones al principio onus probandi, según el cual incumbe la carga de la prueba a quien afirme la existencia de un hecho controvertido. El propio Cód. Civ. y Com. de la Nación aclara en el art. 1735 que "...No obstante, el juez puede distribuir la carga de la prueba... ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla...". El referido art. 166 del CPCyT señala también esta posibilidad.

La CSJN ha admitido, conforme al principio de colaboración, la posibilidad de establecer una "carga dinámica" o "prueba compartida" (CSJN, "Fallos" 324:2689, sent. del 04/09/2001 in re "Plá, Silvio R. y otros c. Clínica Bazterrica SA y otros").

Finalmente, conforme lo establecen el inciso a del artículo 11 del Anexo al DNU 62/2019 y el inc. IX a. del artículo 210 del CPCCT de la Provincia, Ley N° 9001, la sentencia civil deberá expresar "Los fundamentos específicos que llevaron al juzgador a formarse la convicción de que bienes o derechos de propiedad del o los demandados y/o de los terceros citados fueron incorporados sin una causa lícita a su patrimonio".

Así las cosas, considero que el debate en esta sede se limita a la legitimidad de la incorporación del bien al patrimonio del demandado, para determinar si corresponde —o no— disponer la extinción de su dominio, sin que la discusión alcance a otro tipo de responsabilidades —relativas a la culpabilidad de una persona—, ni se oriente a imponer sanciones de ningún tipo.

En dicho contexto, no advierto violación a la presunción de inocencia, que por definición resulta aplicable al ámbito penal (arts. 18 de la CN y 1° del CPP), y ajena al ámbito civil en el que se desarrolla la acción de extinción de dominio.

V.d) La extinción de dominio y el principio de legalidad:

Por otra parte, señalan los Sres. L. y S. que el decreto viola el principio de legalidad, puesto que se permite la aplicación retroactiva de la misma en perjuicio de los imputados. Entienden que, por ser la naturaleza de esta acción de carácter penal, no puede en forma alguna, aplicarse retroactivamente, puesto que ello violaría directamente lo dispuesto por el art. 18 de la ley fundamental. Aduce que aun cuando entendiera que la norma es de carácter mixto o de naturaleza civil, debe aplicarse los mismos derechos y garantías dispuestos para el derecho penal, por lo que la remisión al art. 18 ya citado es insoslayable, máxime porque el propio art. 7 del Cód. Civ. y Com. de la Nación remite a la misma.

Adelanto desde ya que tampoco comparto el criterio sostenido, por cuanto considero que la norma examinada no vulnera el principio de legalidad.

Sabido es que el Art. 18 de la Constitución Nacional dispone que "Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa".

Es lo que se denomina el principio de legalidad y significa que para que una conducta pueda ser considerada penalmente relevante, es decir, que se puedan realizar un juicio penal y condenarse a una persona, debe estar previamente tipificada en los códigos penales, o leyes penales. Se exige ley previa al hecho objeto del proceso. Esto se establece en el texto de la Constitución como "fundado en ley anterior al hecho del proceso".

No hay delito ni pena sin ley previa. Con esto se busca limitar el poder punitivo del Estado y garantizar la seguridad jurídica de la persona frente a este.

Este principio, que es la base fundamental por el cual se construye nuestro derecho penal, no solo queda plasmado en el artículo 18° de nuestra Constitución Nacional ya referido sino también en el artículo 19° de la misma, añadiendo que "ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.".

Ahora bien, como ya señalé en los puntos anteriores, considero que el régimen de extinción de dominio no regula materia penal, sino que se trata de una acción civil. No se tipifica conducta alguna como delito ni se impone una sanción penal.

Sumado a ello, entiendo que tampoco se está confiriendo efecto retroactivo a sanciones penales, por lo que de ningún modo se viola el principio de legalidad, como pretenden los demandados.

Ello así, por cuanto no anula la incorporación de un bien a un patrimonio desde su adquisición sino que declara la extinción del dominio a partir del dictado de la sentencia y con efectos hacia el futuro.

Incluso el régimen tiene la previsión de no afectar las situaciones jurídicas intermedias verificadas respecto de los adquirientes de buena fe y a título oneroso (inc. IX.e. del art. 210 del CPCCT provincial y arts. 11.e y 20 del Anexo al DNU 62/2019).

Por lo demás, al ser una acción civil, resulta aplicable el art. 7 del Cód. Civ. y Com. de la Nación que regula la eficacia temporal de las normas y prácticamente reproduce el art. 3 del Cód. Civil según la ley 17.711 (salvo en su párrafo final) estableciendo que "a partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo".

Moisset de Espanés, al referirse a la antigua normativa, arriba a las siguientes conclusiones: a) el primer párrafo del art. 3 establece el efecto inmediato de la

ley nueva, que será aplicable a las consecuencias "futuras de las situaciones jurídicas en curso de producir efectos; b) el segundo párrafo del art. 3 consagra como principio básico la irretroactividad de la ley; c) el principio de irretroactividad impide que se aplique la ley nueva para juzgar hechos anteriores, que ocasionaron la constitución, modificación o extinción de situaciones jurídicas; d) los efectos producidos por una situación jurídica, con anterioridad a la nueva ley, son regidos por la ley antigua, en virtud del principio de irretroactividad, que pone un límite al efecto inmediato (cfr. Moisset de Espanés, Luis, "La irretroactividad de la ley y el nuevo art. 3 del Cód. Civil (derecho transitorio)", p. 19. Universidad Nacional de Córdoba, Dirección General de Publicaciones, Córdoba, 1976).

Las situaciones o relaciones jurídicas totalmente agotadas caen bajo el imperio de la antigua norma, en tanto que las que nacen con posterioridad a la entrada en vigencia de la nueva, serán por ella reguladas.

En consecuencia, por aplicación directa del citado art. 7, tanto la acción de extinción de dominio como cualquier otra norma que regule régimen jurídico patrimonial, están llamadas a ser aplicada sobre todas las situaciones jurídicas preexistentes y las que en el futuro se verifiquen, es decir, sobre los bienes que tanto con anterioridad como con posterioridad a la sanción del DNU 62/2019, se incorporen al patrimonio del demandado, produciendo sus efectos hacia el futuro.

Ha dicho la doctrina al respecto que: "Tratándose de una norma de naturaleza civil, sus consecuencias no solo pueden aplicarse a partir de su entrada en vigencia sino también a las situaciones jurídicas preexistentes, quedando en claro que dichas consecuencias no resultan retroactivas, sino que producen efectos hacia el futuro. La retroactividad a que hace alusión la norma no lo es respecto de las consecuencias anteriores sino de incluir en su previsión a los bienes adquiridos ilícitamente con anterioridad. Esto, de haber sido una ley de naturaleza penal no habría sido posible en virtud de los principios constitucionales, lo que de esta manera queda zanjado" (Ver: Gerome, Eduardo, "Régimen procesal de la acción civil de extinción de dominio", publicado en Revista Anales de Legislación Argentina, Edit. Thomson Reuters, LA LEY, Año LXXIX, marzo 2019, ps. 3/5).

V.f) La extinción de dominio y el derecho de propiedad:

He dejado para el final el tratamiento del que creo es el argumento más fuerte planteado por los demandados y que mayor eco ha tenido en la doctrina que se ha pronunciado en contra del decreto de necesidad y urgencia N° 62/2019.

En su planteo, los demandados afirman que la norma atacada viola con el derecho constitucional de propiedad, previsto en el art. 14 y 17 de la CN y en el art. 16 de la Constitución Provincial, por cuanto, ambos artículos expresan que la propiedad privada es inviolable, que no puede ser confiscada, y que para el caso de expropiación corresponde la sanción de una ley que así lo disponga y el pago de una indemnización como reparación al daño que dicha ley causa. Entienden que, en el caso, se pretende una pena anticipada, por un delito cuya existencia y autoría no se encuentra, aún, determinada. Afirman que el pretendido decomiso civil, anticipado y sin condena genera un nivel de injusticia, inseguridad, indefensión y desventaja de carácter extraordinarios con respecto al Estado que lo acusa.

Tampoco comparto los argumentos vertidos en este punto. Explicaré por qué:

El art. 14 de la CN establece que todos los habitantes de la Nación gozan del derecho de "usar y disponer de su propiedad", "conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio".

Esto implica que el derecho de propiedad, al igual que todos los demás derechos constitucionales, no es absoluto, y que el Estado tiene la facultad de regularlo, estableciendo un adecuado régimen de restricciones y límites, máxime cuando es ejercido en forma irregular.

La propia CN, pese a afirmar que "propiedad es inviolable", aclara que las personas pueden ser privadas de su propiedad mediante una sentencia fundada en una ley (art. 17). En idénticos términos se pronuncia el art. 16 de la Constitución Provincial.

Como ya he sostenido, no tengo duda en cuanto a que la sentencia de extinción de dominio no implica una pena. La razón que fundamenta la sentencia es la comprobación de que los bienes objeto de la demanda fueron incorporados sin una causa lícita al patrimonio del demandado, toda vez que no se corresponden razonablemente a los ingresos declarados por su tenedor, poseedor o titular, o representan un incremento patrimonial injustificado (arts. 5 y 11, inc. a, del Anexo al DNU 62/2019 e inc. IX.a. del art. 210 del CPCCT provincial).

En consecuencia, la extinción de dominio no configura una confiscación ni un decomiso civil, como lo pretenden los Sres. L. y S., pues las razones que lo justifican son distintas.

Tampoco implica una expropiación por causa de utilidad pública y, toda vez que el bien fue incorporado al patrimonio del demandado sin causa lícita, no

produce un daño indemnizable y se declara "sin contraprestación ni compensación alguna a favor del o de los demandados" (inc. IX.c. del art. 210 del CPCCT Provincial y art. 11.c del Anexo al DNU 62/2019).

Sobre este punto, creo oportuno traer a colación que el decreto cuestionado tomó los lineamientos básicos de la ley modelo sobre extinción de dominio de Naciones Unidas a la que me referí al comienzo de esta resolución, que brinda pautas elementales para la aplicación del instituto en los diversos ordenamientos jurídicos de Latinoamérica y toma como punto de partida el ejercicio del derecho de propiedad, inherente a toda persona, y en esa medida, la extinción de dominio reafirma su aplicación y reconocimiento al entender que los bienes adquiridos con capital ilícito no adquieren legitimidad ni pueden gozar de protección alguna (Ver: "UNODC "https://www.unodc.org/documents/legaltools/Ley_Modelo_Sobre_Extinción_de_Dominio.pdf, con acceso al 12/04/2018).

"Nadie puede dentro del contexto de un orden republicano entender protegida, de igual manera, a la propiedad privada sobre bienes obtenidos con el trabajo, o ejerciendo cualquier industria lícita, como bien señala la Carta Magna en el apartado 14, que a la propiedad devenida de actividades relacionadas con el crimen organizado" (Conf. Paz, Roberto "La Extinción de dominio: el DNU 62/2019. Cuando lo teleológico /axiológico se enfrenta con la realidad jurídica", "Revista Código Civil y Comercial, LA LEY, Año V, Numero 06/ Julio 2019, ps. 3/23).

Siguiendo este temperamento, concluyo que la garantía constitucional de protección a la propiedad privada no opera frente a bienes obtenidos mediante la comisión de delitos como los mencionados en la norma.

Por tanto, no puede sostenerse en abstracto que el DNU vulnere el derecho de propiedad por cuanto el demandado tiene la posibilidad de acreditar en el juicio, con todas las garantías del debido proceso, que los bienes identificados en la demanda han sido adquiridos en virtud de su trabajo o actividad lícita y de eso justamente depende la suerte de la acción incoada.

Así, las únicas afectaciones al derecho de propiedad que resultarán admisibles en el proceso de extinción de dominio, son las que se determinen por sentencia fundada en el art. 1907 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, dictada en el marco establecido por las normas procedimentales respectivas, que garantizan el debido proceso y el derecho de defensa para demostrar que sus bienes no han sido mal habidos.

Por todo lo expuesto, concluyo que ni el decreto ley ni la ley provincial 9151 violan los arts. 14, 17 y 18 de la CN, lo que sella a mi juicio la suerte adversa del planteo de inconstitucionalidad formulado a su respecto.

VI. La acción interpuesta en autos respecto de los Sres. L. y S.

Determinada la constitucionalidad de las normas atacadas, corresponde ahora ingresar en el tratamiento de la acción incoada en autos contra los Sres. L. A. L. y C. V. S. y la contestación de demanda.

Aclaro a todo evento que no me detendré a analizar en este punto planteos o defensas que hayan sido introducidos en los alegatos, limitándome al tratamiento de la litis tal cual quedo trabada con los escritos introductorios.

Como es sabido, dentro de los numerosos principios que regulan y configuran la base del proceso civil se encuentra el principio de congruencia, por el cual se pretende que exista correlación entre la pretensión deducida, su contestación y lo decidido por el tribunal en la sentencia. Se basa en la garantía constitucional de "defensa en juicio" (art. 18, CN), y constituye un límite para el juez al momento de fallar, quien no podrá apartarse de los hechos expuestos por las partes al trabarse la litis. (Ferreyra, María Inés, "La ruptura del nexo causal, entre el principio de congruencia y de iura novit curia. Los fines de la ley y los límites de la aplicación judicial del derecho"; La Ley Online; Publicado en: LA LEY, C 2014 (octubre), 969; Cita Online: AR/DOC/2962/2014).

Tal solución, aclaro a todo evento, no afecta el derecho de defensa de las partes sino que, por el contrario, respeta el debido proceso legal, impidiendo sorprender a alguna de las partes con el tratamiento de cuestiones sobre las cuales no hayan podido defenderse.

Por ello, la jurisprudencia desde larga data ha señalado que: "No es el alegato oportunidad de introducir cuestiones no comprendidas en la relación procesal. Dicho acto consiste en la enunciación de alegaciones críticas, razón por la cual resulta inadmisible que en él se introduzcan cuestiones o defensas no propuestas en oportunidad de la demanda, reconvención o contestación de ambas, debiendo las partes limitarse a destacar el poder de convicción o la suficiencia de los actos probatorios, pero siempre en función de los hechos que fueron objeto de las alegaciones introductorias, cuyos términos, sin perjuicio de los hechos nuevos, quedaron definitivamente fijados en aquellas oportunidades (Conf. CC4°, Expte. N° 7875 - "Porcari, Amado c. José M. Sinatra y Municipalidad de la Capital p/ daños y perjuicios", 25/04/1989, LS115-275. En el mismo sentido, ver: SCJM, causa N° 13-03651529-

9/1, caratulada: "Pérez, Rodrigo en J° 400/50.969 Macsimowicz, Carlos A. y ots. c. Pérez, Rodrigo p/ reivindicación s/ inc. cas.", 18/11/2015).

Así las cosas, constato que en la demanda, la parte actora requiere se declare la extinción de dominio respecto de los siguientes bienes: a) un inmueble anotado en la matrícula N° ..., Guaymallén, Dto. El Sauce, ubicado en pasillo comunero con salida a calle ..., superficie 1666,06 m2, de titularidad de L. A. L., DNI ..., por adquisición de fecha 17/11/2008; b) un inmueble anotado en la matrícula N° ..., Unidad 2, Planta Baja, Villa Nueva, Guaymallén, con frente a calle ..., superficie cubierta propia 69,13 m2, de titularidad de C. V. S., DNI ..., por adquisición de fecha 12/10/2011; c) un automotor pick up, marca Volkswagen, modelo Amarok 2.0 TDI, dominio ..., modelo 2011, de cotitularidad de los Sres. L. A. L. y C. V. S., por adquisición de fecha 06/05/2011; d) un automotor Sedan 5 puertas, marca Peugeot, modelo 308 Feline 2.0, dominio ..., modelo 2012, de cotitularidad de los Sres. L. A. L. y C. V. S., por adquisición de fecha 30/10/2012, e) un cuatriciclo marca Can-Am, modelo Outlander Max 800 R, dominio ..., de cotitularidad de los Sres. L. A. L. y C. V. S., por adquisición de fecha 11/01/2013 y f) un inmueble anotado en el Asiento A-27, matrícula N° ..., pasillo comunero de indivisión forzosa, calle ..., Guaymallén, Mendoza, en el porcentaje del 5% que resulta de titularidad del Sr. L.

Al contestar demanda, los accionados se limitaron a negar el origen ilícito de cada uno de los bienes que son objeto de la presente extinción de dominio y esgrimieron que los mismos han sido obtenidos por fondos lícitamente incorporados al patrimonio de sus mandantes.

En ese marco, recuerdo que, según lo ya visto, no corresponde en esta sentencia emitir ninguna valoración respecto de las imputaciones penales que pesan sobre los demandados. Esta resolución en nada decide sobre los delitos que allí se investigan y solo corresponde analizar entonces si se dan —o no— los requisitos legales para la procedencia de la acción civil de extinción de dominio incoada respecto de los bienes señalados, de conformidad con lo dispuesto por el DNU 62/2019 y la ley provincial 9151.

En esa tarea, verifico inicialmente que la acción ha sido interpuesta por los representantes del Ministerio Público Fiscal, quienes resultan los legitimados activos de acuerdo al art. 210 del CPCyT modificado por ley 9151.

Con respecto a los legitimados pasivos, surge de las probanzas rendidas y tampoco hay controversia en cuanto a que los demandados Sres. L. L. y C. S. son los titulares registrales de los bienes individualizados en esta resolución, a saber:

C. S.:

El vehículo Peugeot 308 dominio ... con titularidad del 50% (condómino con el Sr. L.).

La camioneta Volkswagen Amarok 2.0 dominio ... titularidad del 50% (condómino con el Sr. L.).

El cuatriciclo Can-Am dominio ... titularidad del 50% (condómino con el Sr. L.).

El inmueble identificado con la matrícula ... unidad 2 PB de calle ... titularidad del 100%.

L. L.:

El inmueble identificado con la matrícula ... de Calle ... titularidad del 100%.

El inmueble identificado con la matrícula ... pasillo comunero de calle ... titularidad del 100%.

El vehículo Peugeot 308 dominio ... titularidad del 50% (condómino con la Sra. C. S.).

La camioneta Volksvagen Amarok 2.0 dominio ... titularidad del 50% (condómino con la Sra. C. S.).

El cuatriciclo Can-Am dominio ... titularidad del 50% (condómino con la Sra. C. S.).

Por otra parte, los presuntos hechos delictivos que dieron origen a la acción de extinción de dominio, son aquellos ventilados en la causa penal N° P-130.105/14 instruida por la Unidad Fiscal de Delitos Económicos N° 3 y los mismos habrían ocurrido en relación a la imputada C. S. desde el año 2000 hasta el año 2015 y en relación al imputado L. A. L. desde el año 2003 al año 2015 (datos que surgen tanto de la causa penal como de la demanda).

En efecto, surge del AEV penal individualizado y pieza incidental P-32419/19 —(según constancia de recepción obra a fs. 219 y ss.)— que los aquí demandados se encuentran imputados en la investigación penal por enriquecimiento ilícito previsto en el art. 268 (2) del CP, delito mencionado en el artículo 6 inciso f) del DNU 62/2019 y el artículo 1 inciso c) de la Ley 9151. No solo se encuentran imputados, sino que incluso ha avanzado más la causa, encontrándose firme el requerimiento de elevación a juicio.

De la compulsa de tales actuaciones surge que a fojas 3378/3395 la Sra. Fiscal de instrucción Dra. Susana Muscianisi requirió la citación a juicio en contra de

los imputados L. A. L. Gras y C. V. S. por los argumentos allí vertidos.

Esa no es, sin embargo, la única causa en la que han sido imputados los demandados.

En efecto, en los autos p-19702/15 con fecha 13/11/2015 el Sr. L. L. fue imputado por el delito de fraude a la administración pública en la modalidad de administración fraudulenta, previsto y sancionado por los arts. 174 inc. 5 y 173 inc. 7 del CP.

En los Autos P-19701/15 con fecha 22/11/2018 el Sr. L. L. fue imputado como coautor penalmente responsable de Defraudación por administración fraudulenta en perjuicio de la Administración Pública (previsto y sancionado por el art. 173 inciso 7 y 174 inc. 5 del Cód. Penal).

Finalmente, no es posible soslayar que en los Autos P-5041/16 en fecha 09/05/2016 el Tribunal Penal Colegiado N° 2 condenó a los aquí demandados Sres. L. A. L. y C. V. S. como autor penalmente responsable y partícipe primaria respectivamente del delito de defraudación en perjuicio de la Administración Publica en la modalidad de Administración infiel, previsto en el art. 174 inc. 5 y 173 inc. 7, 12 y 29 del CP.

En la sentencia, el Sr. L. L. fue condenado a cuatro años y medio de prisión y la Sra. C. S., a 3 años y medio como partícipe primaria del delito. Ambos con inhabilitación perpetua para ejercer cargos públicos.

Esta resolución fue recurrida ante la Corte Provincial, pero no se ha dictado sentencia en esa instancia.

Se trata en todos los casos de presuntos delitos previstos en el art. 1 de la ley 9151, por lo que las constancias de todas las causas penales referidas alcanzan para tener por cumplido el recaudo legal.

Sentado ello, tengo presente que, conforme señala el art. 210 inc. e del CPCT, "La parte demandada tiene la carga de probar que los bienes y derechos objeto de la acción de extinción de dominio, se incorporaron a su patrimonio con anterioridad a la fecha de presunta comisión del delito investigado o el origen lícito de los fondos con los que los hubiera adquirido".

En la especie, aún conociendo la norma en cuestión, solo ofrecieron como prueba instrumental los autos N° 130.105/19 y su pieza incidental P-32419/19 originarios de la Unidad Fiscal de Delitos Económicos y radicados en Tribunal Penal Colegiado N° 1.

Todos sus esfuerzos defensivos estuvieron orientados a la declaración de inconstitucionalidad, omitiendo explicar el origen de los bienes objeto de este proceso y sin ofrecer más prueba que el expediente penal mencionado, más allá de la argumentación extemporánea realizada en sus alegatos que, como ya dije, no corresponde analizar en esta resolución.

Sobre esa base, advierto que surge de las pruebas aportadas que ninguno de los bienes objeto de la presente acción fue incorporado al patrimonio de los demandados con anterioridad a la fecha en que ingresaron a la función pública los mismos; es decir, entre el 1 de octubre del año 2000 y el 23 de noviembre del año 2015 —para la Sra. S.— y entre el 28 de noviembre de 2003 y el 26 de noviembre de 2015 —para el Sr. L.—.

Con lo cual, la suerte de la pretensión depende de que surja —o no— del expediente penal referido N° P-130.105/14 (única prueba ofrecida por la demandada) el origen lícito de cada uno de esos bienes.

En esa tarea, y tras haber revisado minuciosamente tales actuaciones, verifico que se desprende de las mismas que entre el 1 de octubre del año 2000 y el 23 de noviembre del año 2015 la señora C. V. S. trabajó y se desempeñó en distintos cargos dentro de la Municipalidad de Guaymallén bajo el número de legajo 6159, planta permanente, siendo su última categoría clase 1 con prestación de servicios en la Dirección de Turismo y obrando a fs. 1717/1732 del AEV detalle remitido por la Municipalidad de Guaymallén de las diversas funciones y actos administrativos de designación en ese lapso.

A su vez, glosan a fs. 1816/1997 las constancias de liquidación de haberes de la accionada.

Sumado a ello, del informe pericial de fs. 2877/2881 y sus anexos surge el detalle de los sueldos netos percibidos del Municipio de Guaymallén desde el mes de octubre del año 2000 hasta noviembre del 2015 (ver cuadro fs. 2889).

Asimismo, del cuadro de fs. 2991 emerge el detalle de los inmuebles y rodados adquiridos por la Sra. S. en ese lapso, siendo el primero de ellos un vehículo VW Polo, matrícula ... adquirido en el año 2006 por la suma de $10,000 y en el 2009 un Ford Focus, matrícula ... por la suma de $65,000. En el año 2011 adquirió el 50% de la camioneta Amarok junto con el Sr. L. por la suma de $79,000. Luego, en el año 2012 surge que adquirió el Peugeot 208 matrícula ..., del cual es titular del 50% también, y habiendo vendido los rodados Polo y Ford Focus. Finalmente, surge que en el año 2013 adquirieron el cuatriciclo matrícula ..., también en condominio con el codemandado.

En cuanto a los inmuebles se colige de dicho cuadro que en el año 2010 adquirió un lote en Lote Náutico Mendoza por la suma de $30.000 y en el 2012 otro en Barrio Sol Andino por la suma de $21.000. En el

año 2012 adquirió el inmueble de calle ... por la suma de $100,000.

Con respecto al Sr. L. A. L., surge de la pericia contable realizada en el expediente penal por los peritos Natalia Sottile, Jorge Bargero y Oscar Martín (fs. 1186/1212 y fs. 2882), que ingresó a la planta del Personal de la Municipalidad de Guaymallén el día 01/03/1988 en clase 05 en la Dirección de Acción Social y fue dado de baja el 01/09/1988. Desde el 01/09/1992 fue designado clase 06 Administrativo, Bloque Justicialista (Res. HCD 120/92). El 28/11/2003 asumió como Concejal y el 28/11/2007 fue designado Presidente del HCD manteniendo esa categoría hasta finalizar el mandato el 30/11/2015 (Dec. 3135/2013).

El 13/12/2013 asumió como Intendente en su carácter de Presidente del Concejo Deliberante en reemplazo del intendente electo Alejandro Abraham hasta el 23/11/2015 que fue reemplazado por la concejal Evelin Giselle Pérez.

Desde el 30/11/2015 al finalizar su mandato como Concejal, se reintegró a la Categoría de Planta I hasta el 16/05/2016 que fue declarado cesante que entre el 28 de noviembre de 2003 y el 26 de noviembre de 2015 se desempeñó también en distintos cargos en la Municipalidad de Guaymallén.

Del informe pericial contable ya referido surge que el Sr. L., de acuerdo a la documentación relevada y conforme lo expuesto en el cuadro de fs. 2883, percibió fondos por su actividad independiente en el año 2009 ($2800), 2010 ($105.610), 2011 ($164.431), 2012 ($197.000), 2013 ($218.000) y 2014 ($52.000).

Asimismo, consta el detalle de los sueldos netos percibidos por el Sr. L. en los distintos cargos en la Municipalidad de Guaymallén, en el cuadro de fs. 2884, comenzando en diciembre de 2003 con una remuneración neta de $1668,30 hasta noviembre de 2015 con un salario neto de $32.924,50.

Además de ello, del cuadro de fs. 2886 surge el detalle de los inmuebles y rodados adquiridos por el Sr. L. en ese lapso. Surge que en el año de su ingreso ya tenía un vehículo Renault 21 matrícula ... que tuvo hasta el 2007. En el 2008 adquirió un Ford Taunus matrícula ... y un Chevrolet Classic matrícula ... Al año siguiente, cambió esos rodados por un Chevrolet Vectra ... que lo tuvo hasta el 2011, cuando adquirió junto con la Sra. S. la camioneta Amarok por la suma de $79,000. Luego, en el año 2012 surge que adquirió el Peugeot 208 matrícula ..., del cual es titular del 50% también, y en el año 2013 el cuatriciclo matrícula ..., también en condominio con la Sra. S..

Con respecto a los inmuebles, en el año 2008 adquirió el terreno donde luego en el año 2012 construyó la vivienda habitación objeto de estos autos. En el año 2010 compró el inmueble de calle ...

También de ese anexo surge una deuda con Markuin SA en el año 2012 por la suma de $308.334.

En definitiva, de la pericia contable analizada (obrante a fs. 1186/1212 y 2877/2893) surge que el señor L. A. L. no pudo justificar un enriquecimiento patrimonial de $3.923.099 y la Sra. C. V. S. no pudo justificar un enriquecimiento patrimonial de $1.018.837.

Pondero también el AEV 4996 recibido digitalmente de Fiscalía de Estado, individualizado como Autos N° 1611-D-2017-05179, de los que se desprende que con fecha 07 de junio de 2017 se intimó a los demandados a justificar la procedencia de su patrimonio y que, notificados de la misma, no cumplieron la intimación, dando cuenta de ello en la resolución de fecha 05 de julio de 2017.

En el expediente AEV 4997 también de Fiscalía de Estado consta que con fecha 07/07/2017 la Sra. C. S., en forma extemporánea al requerimiento realizado recibido presentó declaraciones juradas ante la AFIP desde el 2010 al 2016 inclusive, dando lugar a los autos 2147-D 2017-05179.

Aun así, entiendo que tales declaraciones tributarias no resultan suficientes a los fines propuestos, toda vez que no logran acreditar el origen lícito de los bienes en cuestión. Una cosa es el blanqueo a los fines tributarios y otra muy distinta el origen de los fondos con que se adquirieron los bienes. Nada dicen tales declaraciones juradas al respecto porque no van orientadas a ello.

Asimismo, no soslayo que en el AEV 4996, a fs. 3 vta. y 4 del expediente administrativo (p. 8 y 9 del PDF), del informe emitido por Fiscalía Administrativa, surge que el Sr. L. L. presentó su declaración jurada de bienes para diciembre del 2012, es decir, antes de asumir la intendencia. Sin embargo, no es el lapso en el que duró como intendente el que debe ser tenido en cuenta, sino que debía acreditar que los bienes en cuestión fueron adquiridos antes de su ingreso como funcionario público (en el año 2003 cuando asumió como concejal) o bien el origen lícito de los mismos.

Por todo lo expuesto, y tras haber analizadas minuciosamente todas las pruebas y los expedientes traídos como AEV, constato que se han acreditado ingresos formales de ambos demandados pero ello no resulta suficiente para tener por probado el origen lícito de todos los bienes denunciados.

En efecto, tengo en consideración que tanto el Sr. L. como la Sra. S. tuvieron ingresos como funcionarios de la Municipalidad durante un lapso importante de tiempo (desde el 2000 al 2015 la Sra. S. y desde el 2003 al 2015 el Sr. L.). Ello les permitió percibir, por sus distintos cargos, ingresos fijos con los que puedo válidamente presumir pudieron adquirir los rodados denunciados; máxime teniendo en cuenta que se trata de vehículos que si bien son de gama media-alta no resultan suntuosos. Por ello, entiendo que pueden perfectamente haber sido adquiridos por los demandados con sus ingresos formales.

También vislumbro que ha habido una evolución respecto de los rodados, por subrogación de unos a otros. Por ejemplo, la camioneta Amarok dominio ... de titularidad del 50% de cada uno, que es el rodado de mayor valor e ingresa al patrimonio del Sr. L. y la Sra. S. en el año 2011, fue como consecuencia de una subrogación real del vehículo dominio ... Es decir, que de un rodado menor pasaron a otro mayor, lo que no resulta excesivo atento los ingresos que percibían y la estabilidad con la que contaban.

Lo mismo cabe decir del Peugeot que fue adquirido tras la venta de los rodados Polo ... y Focus ...

Con respecto al cuatriciclo, surge de los salarios acreditados fondos suficientes para su adquisición en el año 2013.

En base a ello, concluyo que se ha acreditado con las constancias del expediente penal el origen lícito de los rodados denunciados, correspondiendo el rechazo de la acción a su respecto.

Distinto es, en cambio, la situación respecto de los inmuebles denunciados.

En cuanto a los inmuebles se desprende de la pericia contable que en el año 2010 la demandada Sra. S. adquirió un lote en Lote Náutico Mendoza por la suma de $30.000 y en el 2012 otro en Barrio Sol Andino por la suma de $21.000. En el año 2012 adquirió el inmueble de calle ... por la suma de $100.000.

En los alegatos, la demandada expuso que había adquirido este ultimo inmueble con fondos de la venta de otro. Sin embargo, y más allá de la extemporaneidad de la alegación, lo cierto es que no surge acreditado con los elementos aportados que ese primer inmueble haya sido adquirido antes del año 2000 o, en su caso, el origen lícito del mismo.

En conclusión: no ha cumplido la demandada con la carga procesal impuesta de acreditar el origen licito de inmueble, dicho anotado en la matrícula N° ..., Unidad 2, Planta Baja, Villa Nueva, Guaymallén, con frente a calle ...

Lo mismo ocurre con el inmueble identificado con la matrícula ... de Calle ... y pasillo comunero del inmueble identificado con la matrícula ..., ambos de titularidad del 100% del Sr. L..

Surge de la declaración jurada efectuada en el año 2012 por el propio Sr. L. que el lote fue adquirido en el año 2008, cuando ya se encontraba trabajando en la Municipalidad.

El lote fue adquirido primero y luego construida la vivienda, siendo tasada en sede penal en la suma de $3680,000 (fs. 2256/2261). Según el demandado, los fondos habrían provenido de un mutuo celebrado el 27/01/2012 con la sociedad Makuin SA por la suma de $400,000 y la suma de U$S 200,000 que habría traído de Canadá. Sin embargo, no surge acreditada estos fondos denunciados y ello no fue avalado por la declaración testimonial de la ex esposa del demandado, Sra. G. V. C. obrante a fojas 2325 y su ampliación a fs. 3289 (con fecha 14 de agosto de 2019), que desconocía que el Sr. L. haya traído de Canadá la suma referida.

Tampoco está acreditado el mutuo de referencia, toda vez que solo surge de la pericia contable que fue declarada una deuda por la suma de $308.334 pero no se ha acompañado ni en sede penal ni en estos obrados ningún instrumento ni otra prueba que avale esa declaración.

Aclaro a todo evento que no se trataba de ninguna prueba imposible, bastando con haber acompañado el instrumento correspondiente, haber ofrecido prueba contable o incluso haber citado a los representantes de Makuin SA para que avalaran lo manifestado. Nada de ello hizo la parte interesada.

Luego, de las declaraciones de bienes personales presentados ante la AFIP, en la categoría inmuebles se declara a fs. 131 (PDF) un valor de $70.000 y para el año 2012 se incrementa a $1.804.524,53, declaración que se mantiene para el año 2013, sin aclarar de forma alguna de donde surgieron los fondos para ese incremento patrimonial.

Es decir que, aún cuando tuviera en consideración dicho mutuo, no alcanza el mismo para acreditar el origen de los fondos para la construcción de la vivienda.

Por tanto, concluyo que no se ha probado el origen licito de los fondos con que se adquirió ninguno de los dos inmuebles de referencia, correspondiendo admitir la acción incoada a su respecto.

VII. Conclusión:

Como ya se ha visto, juzgo que los demandados han acreditado solo parcialmente el origen lícito de los bienes objeto de la presente acción.

Por tanto, corresponde admitir parcialmente la demanda incoada en autos y declarar extinguido el dominio respecto de los bienes inmuebles ya identificados en autos, a partir de la firmeza de esta resolución y rechazar la misma, respecto de los rodados, objeto de esta acción.

Firme el presente, deberá oficiarse al Tribunal Colegiado N° 1 y a los registros respectivos para su toma de razón y proceder a la subasta de los bienes cuyo dominio se declara extinguido, de conformidad con el procedimiento previsto por los arts. 263 y ss. del CPCCT.

Finalmente, y tal como lo dispone el art. 210 según ley 9151, efectuada la subasta, y deducidos los gastos incurridos para el secuestro, administración y mantenimiento y demás costos procesales, su producido ingresará a Tesorería General de la Provincia.

VIII. Costas:

Atento la solución dada, las costas se imponen en el orden causado (arts. 35 y 36 del CPCT), correspondiendo diferir regulación de honorarios hasta su oportunidad.

Por todo lo expuesto, resuelvo: I. Admitir parcialmente la acción de extinción de dominio incoada en autos por el Ministerio Público Fiscal de la Provincia de Mendoza y, en consecuencia, declarar extinguido el dominio de los Sres. L. A. L. y C. V. S. respecto de los siguientes bienes: a) Inmueble identificado con la matrícula ... unidad 2 PB de calle ... titularidad del 100% de la Sra. S. y b) Inmueble identificado con la matrícula ... de Calle ... y c) inmueble identificado con la matrícula ... pasillo comunero de calle ..., estos ultimo titularidad del 100% del Sr. L., sin contraprestación ni compensación alguna a favor de los demandados, así como de sus frutos y productos, en caso de resultar aplicable. II. Desestimar la acción de extinción de dominio respecto de los siguientes bienes: a) Vehículo Peugeot 308 dominio ... con titularidad del 50% de cada uno de los demandados, b) Rodado Volkswagen Amarok 2.0 dominio ... con titularidad del 50% de cada uno de los demandados y c) cuatriciclo Can-Am dominio ... con titularidad del 50% de cada uno de los demandados. III. Imponer las costas en el orden causado. IV. Diferir regulación de honorarios hasta tanto existan elementos para su determinación. IV. Firme el presente, ofíciese al Tribunal Colegiado N° 1 y a los registros respectivos para su toma de razón y procédase a la subasta de los bienes identificados en el resolutivo I, de conformidad con el procedimiento previsto por los arts. 263 y ss. del CPCCT. Efectuada esta, y deducidos los gastos incurridos para el secuestro, administración y mantenimiento y demás costos procesales, transfiérase su producido a Tesorería General de la Provincia. Regístrese. Notifíquese.— *María Paz Gallardo.*

THOMSON REUTERS
LA LEY™

Información confiable
que avala sus argumentos.

MANUAL DE PAGARÉ CAMBIARIO

Osvaldo R. Gómez Leo

2021

1 Tomo
Disponible en
papel y *eBook*.

Presentamos una obra que contiene las ideas y los elementos esenciales para el estudio y el ejercicio profesional del pagaré cambiario. El libro resume lo esencial de la materia cambiaria, con el objetivo de que sea de gran utilidad para aprender y ejercer la profesión de abogado. Se brinda al lector un manual sobre la materia que abarca los antecedentes históricos y legislativos específicos, con especial referencia a las normas consagradas en el nuevo Código Civil y Comercial.

Se lo aborda desde un punto de vista histórico y genérico y se persiste en reivindicar la primacía en el tiempo del pagaré sobre la letra de cambio; se describen las causales de su declinación hasta su casi desaparición, considerando los antecedentes y las referencias actuales de los ordenamientos cambiarios español, francés y alemán. Se ha tenido en cuenta la doctrina nacional y el derecho comparado de excelencia, así como también la jurisprudencia dictada sobre la materia en las cuestiones básicas del derecho cambiario, que ha sido enriquecida mediante la exposición temática y sistemática de los fallos reseñados.

Adquirí la obra llamando al
0810-266-4444 o ingresando en
www.tienda.thomsonreuters.com.ar

THOMSON REUTERS®

Seguí nuestra página
de **Linkedin** con contenido
específico para abogados.

ThomsonReutersLaLey
@TRLaLey
ThomsonReutersLatam
ThomsonReutersLatam

ABELEDOPERROT

Información confiable
que avala sus argumentos.

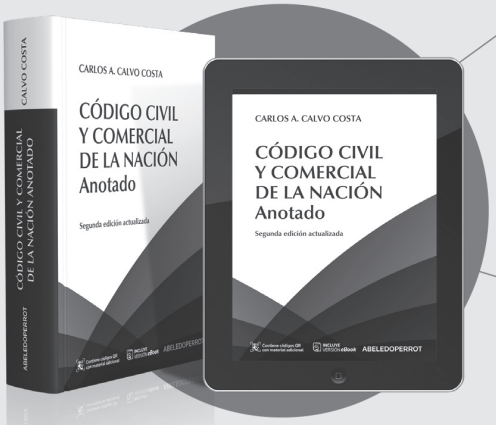
CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

ANOTADO

Segunda edición actualizada

Carlos A. Calvo Costa

2021



Esta obra **contiene Códigos QR** con material adicional.

1 Tomo
Disponible en papel y *eBook*.

La finalidad de esta obra es brindarle al ámbito universitario un Código Civil y Comercial breve, de un solo tomo, actualizado y comentado artículo por artículo. Su objetivo es permitirle al lector apreciar, con la simple lectura de los comentarios, de manera sencilla y objetiva, los cambios más relevantes que se han producido en los institutos comprendidos en este nuevo Código Civil y Comercial a partir de su entrada en vigencia.

La primera edición de este Código denota, los cambios relevantes que se produjeron junto con la reforma integral del ordenamiento jurídico en el Derecho privado. Debido a las diversas reformas que ha sufrido el texto original del Código Civil y Comercial desde 2015, en esta segunda edición la obra se ha actualizado y se han modificado más de veinte artículos con relación a su texto originario.

Adquirí la obra llamando al
0810-266-4444 o ingresando en
www.tienda.thomsonreuters.com.ar

THOMSON REUTERS®

Seguí nuestra página
de **Linkedin** con contenido
específico para abogados.

ThomsonReutersLaLey
@TRLaLey
ThomsonReutersLatam
ThomsonReutersLatam

ABELEDOPERROT

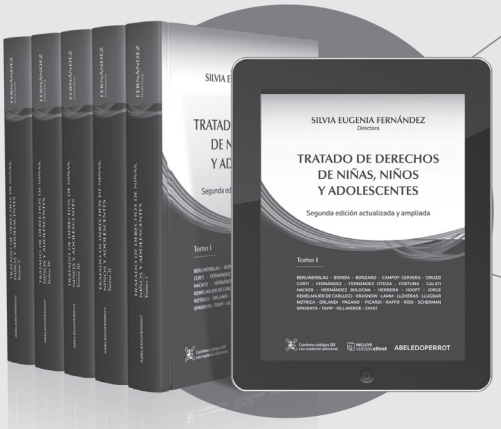
Información confiable
que avala sus argumentos.

TRATADO DE DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

2021

Segunda edición ampliada y actualizada

Silvia Eugenia Fernández *(Directora)*



Esta obra **contiene Códigos QR** con material adicional.

5 Tomos
Disponibles en papel y *eBook*.

Obra colectiva en la que se aborda el régimen de niñas, niños y adolescentes de forma integral, desde lo civil, penal, constitucional, comercial, etc. Estudia también las intersecciones como niñez-género y niñez-violencia, dando suma importancia a los derechos humanos.

A diferencia de sus tres tomos originales, este Tratado se ha ampliado a 5 tomos debido al desarrollo que han tenido las diferentes cuestiones reguladas en el CCyC, fundamentalmente aquellas que involucran el desarrollo evolutivo de los derechos humanos. Es por ese motivo que el material fue reanalizado, reinterpelado y repensado a la luz de los nuevos paradigmas. Incluye un análisis comparativo del régimen en las distintas provincias del territorio nacional.

Adquirí la obra llamando al
0810-266-4444 o ingresando en
www.tienda.thomsonreuters.com.ar

THOMSON REUTERS®

Seguí nuestra página
de **Linkedin** con contenido
específico para abogados.

ThomsonReutersLaLey
@TRLaLey
ThomsonReutersLatam
ThomsonReutersLatam